



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

MAESTRÍA EN DERECHO CON OPCIONES TERMINALES

***EL CONTROL JUDICIAL DE LAS RESTRICCIONES
CONSTITUCIONALES EXPRESAS A LOS DERECHOS
HUMANOS***

**Tesis que para obtener el grado de
Maestro en Derecho con Opción en Derecho Procesal Constitucional**

Presenta:

LICENCIADO MARTE GUIA FERRER

Director de tesis:

DOCTOR EN DERECHO GUMESINDO GARCÍA MORELOS

MORELIA, MICHOACÁN, FEBRERO DE 2017

DEDICATORIA

A mis padres, Herminia Ferrer Benítez y José Marte Guia Rosas, quienes me han formado con los valores y principios que son la base de lo que soy. Por su amor, impulso, motivación y creer siempre en mí, porque sin ellos, nada de lo que logrado hubiere sido posible. Gracias por inculcarme la pasión a esta carrera y jamás desistir de mis objetivos, los amo y admiro.

A mis hermanas, Eгна Nayeli y Claudia Berenice Guia Ferrer, por ser además mis amigas de toda la vida, en quienes siempre he encontrado un hombro en donde contar mis penas y unas manos que están siempre dispuestas a ayudar. Me han demostrado que con la unión familiar se pueden lograr grandes cosas. Gracias por estar ahí cuando más les necesito. A mi sobrina Nabila Monserrat, por sacarme siempre sonrisas y recordarme que nuestro niño interior nunca muere. No olviden que las amo y que siempre podrán contar conmigo.

A Nadia, por el infinito amor y apoyo en todo sentido que me ha demostrado, por hacer de mí, una mejor persona al avivar mi aliento de seguir adelante no importando el obstáculo. Te amo, te admiro, te respeto y agradezco tu presencia en este camino. Sé que lograrás grandes cosas, pues tienes la capacidad para hacerlo. Nunca retrocedas por nada y conquista el mundo.

A mi asesor de tesis, Doctor Gumesindo García Morelos, por ser un ejemplo de superación personal, de capacidad intelectual y luchador incansable por la justicia.

AGRADECIMIENTOS

Al Gran Arquitecto del Universo, porque me ha enseñado que todo en esta vida tiene siempre un propósito.

A la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y a su División de Estudios de Posgrado, porque en sus aulas me formé y les debo lo que soy profesionalmente. A donde quiera que vaya diré que soy orgullosamente nicolaita y trataré siempre de poner su nombre en alto.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), por dar la oportunidad económica de impulsar a la ciencia, en este caso la jurídica, en pos de construir un México mejor.

A mis Maestros de la Maestría, faros de conocimiento en donde siempre pude abreviar y ampliar mi aún limitada visión jurídica y humana. En especial a los Doctores Héctor Chávez Gutiérrez, Carlos Salvador Rodríguez Camarena y Marco Antonio Nambo Pérez, por su aliento, motivación y apoyar en todo momento a sus estudiantes.

A mis compañeros y amigos de Maestría, gracias por compartir sus conocimientos y hacer más amena la estadía en este tiempo y lugar.

A mi familia en general y en especial a mis tres abuelitos que están en el cielo.

ÍNDICE

RESUMEN/PALABRAS CLAVE	V
ABSTRACT/KEY WORDS	V
INTRODUCCIÓN	VI

CAPÍTULO 1

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011

1.1 La formación de la Constitución de 1917	1
1.2 La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011	9
1.3 El reconocimiento expreso del control de convencionalidad en México	22
1.4 El bloque de constitucionalidad	24
1.5 Control de constitucionalidad y control de convencionalidad	26
1.6 La interpretación conforme.....	28
1.7 El principio pro persona.....	30
1.8 Las restricciones a derechos y supremacía constitucional.....	32

CAPÍTULO 2

LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EXPRESAS A LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 La soberanía del Estado frente al Derecho Internacional.....	36
2.2 El artículo 133 constitucional y la evolución jerárquica normativa de los Tratados Internacionales en México	38
2.3 Acción de inconstitucionalidad 155/2007	41
2.4 Contradicción de tesis 293/2011	49
2.5 Contradicción de tesis 299/2013	59
2.6 La consolidación de las restricciones constitucionales expresas: Expediente Varios 1396/2011	66

CAPÍTULO 3
LAS RESTRICCIONES A DERECHOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS

3.1 El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	69
3.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad	77
3.3 El margen de apreciación nacional y las restricciones a derechos en la Convención Americana	86
3.4 Margen de apreciación nacional: Castañeda Gutman vs. México	95
3.5 La Constitución nacional frente a la Convención Americana: Olmedo Bustos vs. Chile	99
3.6 El juicio de ponderación interamericano: Kimel vs. Argentina	102

CAPÍTULO 4
EL CONTROL JUDICIAL DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES
EXPRESAS A LOS DERECHOS HUMANOS

4.1 La reserva de Ley y la protección del contenido esencial para la restricción de derechos	107
4.2 Interpretación conforme	114
4.3 El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad	124
4.4 Las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos deben someterse a un control de convencionalidad	136
CONCLUSIONES	139
FUENTES DE INFORMACION	141

RESUMEN/PALABRAS CLAVE

México está en un nuevo paradigma con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, al elevar a rango constitucional los derechos contenidos en tratados internacionales. La interpretación conforme y el principio pro persona constituyen la columna vertebral del cambio constitucional.

No obstante, la Suprema Corte como último intérprete de la Constitución, se ha encargado de colocar un dique al faro de los tratados y las convenciones, con la construcción de las restricciones constitucionales expresas. A pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza métodos interpretativos para dilucidar estas cuestiones, aun con normas de carácter constitucional, el Tribunal mexicano ha limitado su control judicial.

PALABRAS CLAVE: Reforma constitucional, restricciones constitucionales, control de convencionalidad, test de proporcionalidad, interpretación conforme.

ABSTRACT-KEY WORDS

Mexico is in a new paradigm with the constitutional reform in human rights of 2011, raising the rights contained in international treaties to constitutional rank. According interpretation and the pro person principle constitute the backbone of constitutional change.

Nevertheless, the Supreme Court, as the last interpreter of the Constitution, has been charged with putting a dam on the beacon of treaties and conventions, with the construction of express constitutional restrictions. Although the Inter-American Court of Human Rights uses interpretive methods to elucidate these issues, even with constitutional rules, the Mexican Court has limited its judicial control.

KEYWORDS: *Constitutional reform, constitutional restrictions, conventionality control, proportionality test, according interpretation.*

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, impactó enormemente en todos los poderes públicos del Estado mexicano al ampliar sustantivamente el rango de su protección. La apertura expresa a los tratados y convenciones que ha signado y ratificado nuestro país, significa una recompensa a la demanda social de una mejor justicia.

El centro gravitatorio de la reforma lo fue el artículo primero constitucional, que establece una serie de pautas de referencia e interpretación a los derechos humanos consignados en ordenamientos internacionales vinculantes por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión, conformando lo que se denomina bloque de constitucionalidad, fortalecido con el principio *pro persona*.

La supremacía constitucional está dando paso no solamente a la supremacía convencional, sino a la supremacía integral de los derechos humanos, sean de fuente internacional o nacional en todos sus niveles. No obstante, la incardinación de las restricciones constituye el reducto por el que se pretende salvaguardar una soberanía que ha sido malinterpretada.

La Suprema Corte de Justicia, como último intérprete de la Constitución, ha configurado poco a poco las restricciones constitucionales expresadas a los derechos humanos, como el freno a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, en sendas resoluciones sobre su integración, jurisprudencia nacional y jurisprudencia interamericana.

La consolidación de la supremacía relativa constitucional mediante estas figuras, no significa que siempre y en todo momento estén deslegitimadas, sino que por el contrario, están justificadas dentro de un marco legal, histórico, presupuestario, etcétera. Empero, existen otras que por su propia naturaleza, impiden que coexistan con otra serie de derechos y garantías contrarios a sus limitantes, dentro de un Estado que se jacta de ser democrático.

El Poder Público muchas veces actúa en un marco de ilegalidad, que puede ser zanjado con los medios de control que nuestra propia Constitución establece. La problemática estriba cuando actúan en un marco que es legal, pero no legítimo

y sus actuaciones y resoluciones no son conforme a los lineamientos que ofrece el derecho en su conjunto, preponderantemente el convencional. Elevar a rango constitucional una limitante a las libertades, debe estar permitido. Lo que no debería estar permitido es mantener una restricción que evidentemente viola desproporcionada e injustificadamente un conjunto de derechos.

Nuestro sistema jurídico ha adoptado diversos métodos de interpretación normativos, tales como el sistemático, teleológico, literal, etcétera. A pesar de eso, no son suficientes para determinar el contenido y alcance de los derechos. Existen otros métodos y pautas hermenéuticas que pueden auxiliar eficazmente a esta cuestión, sin embargo ¿Puede haber un control judicial frente a una restricción constitucional expresa?

La anterior interrogante fue moldeando la inquietud por investigar sobre este tópico, pues en muchos foros se habla de los beneficios de la citada reforma, pero no de sus alcances reales y puntos negativos, como lo es el tema en comentario. Para eso, se profundiza en los orígenes y causas de la Constitución que rige actualmente, sus aciertos y los desafíos que enfrentó; el cómo el Máximo Tribunal del país fue modelando el parámetro de regularidad constitucional; cómo resuelve la Corte Interamericana las restricciones a derechos y finalmente, dilucidar si existe algún tipo de control interno aplicable a estas figuras en el estado mexicano.

No hay que olvidar que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, también están obligadas constitucionalmente, a efectuar un control de compatibilidad entre las normas internas con las internacionales con el objeto de cumplir sus obligaciones contraídas al momento de la firma del tratado o convención.

El tópico está indudablemente dentro del campo del derecho procesal constitucional, pues no hay que olvidar que históricamente, la Constitución solamente tenía valor cuando su contenido estaba desarrollado en leyes secundarias que encauzaran y dieran una ruta al operador jurídico y a la sociedad en general, para dar plena observancia a sus postulados. No obstante, la

interpretación y aplicación directa de su articulado, es una característica de los estados modernos con democracia constitucional.

El reto que tiene México para salvaguardar debidamente los derechos humanos es una tarea titánica, sobre todo con las constantes conculcaciones a derechos que ha tenido en los últimos años en todos los ámbitos, por eso la importancia de la constante actualización, aplicación y debate en materia jurídica.

En las páginas siguientes podremos advertir breves pinceladas del arquetipo jurídico actual, su desafío concreto en el caso de las restricciones a derechos elevadas a rango constitucional y sus implicaciones en todo el entramado de los poderes públicos. No olvidemos que el paradigma de hoy mañana puede ser reformado, abrogado o derogado en parte. Que el sistema actual impida o permita una figura no significa que siempre será así. El derecho fluye y cambia como el agua, negar eso sería negar la esencia de todo jurista: la búsqueda perenne de la justicia.

CAPÍTULO 1

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011

SUMARIO: 1.1 *La formación de la Constitución de 1917.* 1.2 *La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011.* 1.3 *El reconocimiento expreso del control de convencionalidad en México.* 1.4 *El bloque de constitucionalidad.* 1.5 *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.* 1.6 *La interpretación conforme.* 1.7 *El principio pro persona.* 1.8 *Las restricciones a derechos y supremacía constitucional.*

1.1 *La formación de la Constitución de 1917*

Al referirnos a las garantías individuales, es necesario remitirnos al pasado, específicamente a la revolución mexicana, que dicho sea de paso fue el germen para que se nos dotara del texto constitucional que actualmente nos rige. Dado que el devenir político y social de México en el siglo XX contiene un giro que genera y funda un nuevo régimen de vida para todos los mexicanos. Con la revolución mexicana como la primera revuelta de carácter social del siglo, la idea de la justicia popular como parte de los derechos humanos, se inserta al derecho constitucional como una aportación original del país al mundo.¹

Antes de la revolución mexicana, la Constitución vigente era la que se había promulgado en 1857, que no tenía una aplicación práctica eficaz, en razón que un hombre se había resistido a dejar la presidencia de la república, su nombre: Porfirio Díaz². Tuvo su primer período presidencial en 1876 y entre ese año y hasta 1910 no dejó la silla máxima, salvo de 1880 a 1884 a favor de uno de sus

¹ Lara Ponte, Rafael, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 115.

² Carbonell Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, 2a. ed., México, Porrúa, 2015, p.74.

hombres de confianza, Manuel González, lapso que se conoce como porfirismo y que duró poco más de 34 años.³

El siglo XX tuvo su apertura con la expedición de leyes de trabajo en los estados de México (1904) y Nuevo León (1906); con las huelgas de Cananea y Río Blanco (1906) que tuvieron trágico final; con el manifiesto a la Nación del Partido Liberal Mexicano de 1906 en el que se demandaron derechos sociales a favor de los obreros y que con el plan de San Luis, de 1910 con el lema “sufragio efectivo, no reelección”, se emprendió la revolución mexicana.⁴

Paradójicamente, en la etapa porfirista es donde el capitalismo había alcanzado un desarrollo importante por el uso de la técnica mecanizada de producción; por las leyes protectoras que la reforma liberal primero y el porfirismo después, confirieron a las empresas para la explotación fabril y además a la “paz” dictatorial proveniente de la represión, para negar derechos a los trabajadores mexicanos.⁵

La minería fue una de las grandes industrias para la economía del país, transformándose aceleradamente desde 1881 con la construcción de ferrocarriles. Sin embargo, en el período de Manuel González se adjudicó la propiedad del subsuelo a quienes eran dueños del suelo en las grandes exportaciones minerales y petroleras, que si bien intensificó la producción, trajo graves consecuencias. Los yaquis fueron despojados de sus tierras por los sonorenses y tras ser vencidos por la fuerza, se les deportó a Yucatán, en donde los mayas se estaban rebelando por los constantes abusos de los hacendados.⁶

La repartición de las tierras no era en absoluto equitativa, prueba de ello es que para 1910 había 840 hacendados, dueños de prácticamente la mayor parte del país. Para comprender semejante magnitud, el latifundio del general Terrazas en Chihuahua era más grande que Holanda, Dinamarca y Suiza, tan así que

³ González Blackaller, Ciro y Guevara Ramírez, Luis, *Síntesis de historia de México*, 11a. ed., México, Editorial Herrero S.A., 1972, pp. 393 y 394.

⁴ Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional mexicano*, 12a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 100.

⁵ González Blackaller, Ciro y Guevara Ramírez, Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 401.

⁶ *Ibidem*, p. 402.

cuando se preguntaba si dicho general era de Chihuahua, la respuesta era: “no, Chihuahua es de Terrazas”.⁷

Las tres décadas que duró el porfirismo con las profundas desigualdades que se han manifestado, generaron un panorama sellado por privilegios para una minoría y la consecuente pauperización de la mayoría de los mexicanos. Las constantes violaciones a la Carta Constitucional de 1857 y situaciones teñidas por la sangre y la injusticia, como las citadas huelgas de Cananea y Río Blanco, tuvieron su pináculo de tolerancia hasta el 20 de noviembre de 1910, fecha en la que finalmente estalla la revolución, que a la postre nos daría la Constitución que actualmente nos rige⁸.

El movimiento magonista fue el precursor del levantamiento de Madero, ya que a través de su corriente ideológica, el Partido Liberal como organización y las emisiones del periódico *Regeneración* confluyeron en el hartazgo social de la primera década del siglo XX. Se trataba de regresar al ideario de la Constitución de 1857 para la protección de las libertades de pensamiento, de expresión, de trabajo, de tránsito, de igualdad y la seguridad.⁹

Por su parte, la esencia del maderismo consistía en un cambio político, pues Díaz se negaba a dejar el poder. Su pensamiento estaba encaminado a la protección de tres derechos fundamentales: la libertad, la propiedad, y la seguridad, incluso en su campaña política manifestaba que la clase trabajadora, antes que pan, deseaba libertad. Además en esta concepción, ser ciudadano era la base para que una persona pudiera desenvolver cualquier otro papel en la vida social, era preciso que se les reconociera como hombres libres, cuyo carácter se pondría de relieve en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de deberes, previamente establecidos y garantizados por el Poder Público.¹⁰

Además, Zapata y Villa tienen un involucramiento categórico en los hechos de la revolución, por los postulados del primero y la fuerza militar del segundo, tan así que podría considerarse fueron la causa por la que la lucha armada finalmente

⁷ *Ibidem*, p. 401.

⁸ Lara Ponte, Rafael, *op. cit.*, nota 1, pp. 118.

⁹ *Ibidem*, pp. 118 y 119.

¹⁰ *Ibidem*, pp.120 y 121.

tuvo tintes sociales.¹¹ El campesinado de Morelos fue llamado al movimiento exigiendo una demanda en contra del despojo de las tierras comunales y de pueblos que habían sido invadidos por los latifundistas.¹²

La revolución no terminó con el ascenso de Madero y la huída de Díaz, sino que a este hecho, sucedió la traición de Huerta a Francisco I. Madero, el nuevo levantamiento de Villa por el llamado de Carranza contra el usurpador, en su Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913.¹³ “Aun cuando el villismo no anunció de manera explícita los motivos de su lucha, como lo hizo el campesinado del centro-sur, una idea estuvo presente: el reparto de tierras”.¹⁴

Por otro lado, los motivos del movimiento constitucionalista pugnados por Carranza se podrían resumir en el siguiente extracto de lo que disertó el 24 de septiembre de 1913:

Durante los 30 años de paz que disfrutó el país bajo la administración del general don Porfirio Díaz, no hizo el país sino estar en una calma desesperante y en un atraso más grande que el de los países similares de nuestra vasta América indoespañola, sin progreso material ni social; el pueblo se encontró durante esos 30 años sin escuela, sin higiene, sin alimentación, y lo que es peor, sin libertad. Los periódicos diarios engañaban constantemente al público hablándole de los progresos educativos, del crédito de la república, de la consolidación de nuestra moneda, de nuestra balanza bursátil con los mercados extranjeros, de nuestras vías de comunicación, de nuestras relaciones con las demás naciones civilizadas, pero lo cierto es que lo único que se hacía era robustecer cada día más la tiranía.¹⁵

La idea del reparto agrario, a la que se oponía Carranza, se fue incluyendo en el ideario constitucionalista, al grado de que el Plan de Guadalupe en el que se desconocía al gobierno de Huerta, se tuvo que agregar en su numeral segundo lo siguiente:

¹¹ *Ibidem*, p. 122.

¹² *Ibidem*, p. 123.

¹³ *Ibidem*, p. 124.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 128.

Artículo 2º. El primer Jefe de la Revolución y encargado del Poder Ejecutivo expedirá y pondrá en vigor, durante la lucha, todas las leyes, disposiciones y medidas encaminadas, a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país, efectuando las reformas que la opinión pública exige como indispensables para restablecer el régimen que garantice la igualdad de los mexicanos entre sí; leyes agrarias que favorezcan la formación de la pequeña propiedad, disolviendo los latifundios y restituyendo a los pueblos las tierras de que fueron injustamente privados; leyes fiscales encaminadas a obtener un sistema equitativo de impuestos a la propiedad raíz; legislación para mejorar la condición del peón rural, del obrero, del minero y, en general, de las clases proletarias; establecimiento de la libertad municipal como institución constitucional; bases para un nuevo sistema de organización del Poder Judicial independiente, tanto en la Federación como en los estados, revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas; disposiciones que garanticen el estricto cumplimiento de las Leyes de Reforma; revisión de los códigos Civil y Penal y de Comercio; reformas de procedimiento judicial, con el propósito de hacer expedita y efectiva la administración de justicia; revisión de las leyes relativas a la explotación de minas, petróleo, aguas, bosques y demás recursos naturales de país, y evitar que se formen otros en lo futuro; y reformas políticas que garanticen la verdadera aplicación de la Constitución de la República, y en general todas las demás leyes que se estimen necesarias para asegurar a todos los habitantes del país la efectividad y el pleno goce de sus derechos, y la igualdad ante la ley.¹⁶

Es ese contexto, el movimiento revolucionario se desarrolló, y a la postre culminaría con la expedición de la nueva Carta Magna de 1917 junto con el surgimiento de una disposición de los derechos fundamentales que irradiaría un nuevo paradigma, o al menos una nueva forma de concebirlos.¹⁷

El 1º de diciembre de 1916 fue declarado abierto el período único de sesiones para el Congreso Constituyente.¹⁸ A dicho acto acudió Venustiano Carranza para presentar su discurso en el que refirió respecto a la libertad

¹⁶ *Ibidem*, p. 129.

¹⁷ Carbonell Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 74.

¹⁸ Lara Ponte, Rafael, *op. cit.*, nota 1, p. 135.

humana que lo primero que debe hacer una Constitución es asegurarla para evitar los abusos del gobierno a pretexto de la paz u orden social. Criticó a la Constitución de 1857 al reseñar que si bien hizo una declaración de los derechos del hombre como base y objeto de todas las instituciones sociales, no otorgó a esos derechos las garantías debidas, quedando la libertad individual a merced de los gobernantes.¹⁹

Serían muchas las novedades que serían impresas en el referido Congreso, primordialmente las serían a través de la ampliación de los derechos fundamentales, la inclusión de los derechos sociales y el cambio de la visión iusnaturalista, impregnada en la Constitución de 1857, por una que estaba matizada por la corriente positivista.²⁰

Respecto a los derechos, se abordaron bajo una concepción individual, ya no quedarían simplemente como declaración traspuesta, sino de derechos garantizados por la Constitución.²¹ Además, como la revolución había sido empujada en su mayoría, por campesinos y obreros, sus reivindicaciones no podían quedar de lado, por lo que la declaración de derechos de la Constitución de 1857 ya no era suficiente.²²

En ese sentido y a fin de tener la concepción de que las luchas libertarias en la Revolución iban a estar de algún modo avaladas, es que se tomó la decisión de llamarles garantías individuales. José N. Macías reseñó que “Las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta todas las manifestaciones de la libertad; por eso deben otorgarse las garantías individuales”.²³

Así, mientras que la Constitución de 1857 denominaba la sección dedicada a los derechos “De los derechos del hombre”, el proyecto de Carranza –finalmente aprobado- proponía llamarlos “De las garantías individuales”, inaugurando de esa

¹⁹ LXI Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, t. II, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 13.

²⁰ Carbonell Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 76.

²¹ Lara Ponte, Rafael, *op. cit.*, nota 1, p. 138.

²² Carbonell Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 76.

²³ Lara Ponte, Rafael, *op. cit.*, nota 1, p. 138.

manera un largo período de confusión entre “derechos” y garantías”, que perduró hasta el 2011.²⁴

Sobre propiedad y la cuestión agraria, específicamente por la lucha que se dio contra los latifundios que se expandieron durante el porfiriato, se plasmó en el numeral 27, la propiedad comunal de la tierra bajo la institución jurídica denominada como “ejido”.²⁵ La propiedad privada estaría limitada por el poder público, así los latifundios forzosamente deberían ser fraccionados y entregados a los campesinos mediante un sistema de dotación, cuya realización correspondía al Presidente de la República. Naturalmente, esta prerrogativa fue usada para obtener ganancias políticas al Ejecutivo Federal y al partido dominante por la gran parte en que estuvieron en el poder.²⁶

En materia laboral se enclavó un apartado titulado “Del trabajo y la previsión social”, en el que se establecieron disposiciones muy novedosas para su tiempo, como lo fue la jornada laboral máxima de de ocho o siete horas (correspondientes a la jornada diurna o nocturna, respectivamente), se prohibió el trabajo infantil, se le dio protección a las mujeres embarazadas, se instituyó un día semanal de descanso así como el salario mínimo que se debía pagar a los trabajadores.²⁷

En cuanto a la educación se abandonó la concepción que se tenía en el texto de 1857, aunque en un primer momento de manera muy radical, ya que el dictamen que se proponía refería:

Habrá libertad de enseñanza, pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares.

Ninguna corporación religiosa, ministro de culto o persona perteneciente a alguna asociación semejante podrá establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria ni impartir enseñanza personalmente en ningún colegio. Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia del gobierno. La

²⁴ Carbonell Miguel, *op. cit.*, nota 2, pp. 76 y 77.

²⁵ *Ibidem*, p. 79.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 78.

enseñanza primaria será obligatoria para todos los mexicanos, y en los establecimientos oficiales será impartida gratuitamente.²⁸

Sin embargo finalmente quedó relatado de la siguiente manera:

La enseñanza es libre, pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria, elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares. Ninguna corporación religiosa, ni ministro e ningún culto podrán establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria. Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial. En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria.²⁹

Lo anterior coloca de relieve que lo que significó la reforma a la Constitución de 1857, denominada Constitución de 1917, es que se desniveló del iusnaturalismo al positivismo jurídico³⁰. La constitución de 1857 titulaba a los derechos como “De los derechos del hombre”, y en su primer numeral refería que “El pueblo reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.³¹

Por su parte, la Constitución de 1917 denominaba al capítulo inicial como “De las garantías individuales”, cambiando además el artículo primero que a la letra dictaba “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.³²

Lo interesante es, como veremos a continuación, que existe un cambio respecto a la fuente de los derechos. En la Constitución de 1857 se refería al reconocimiento de derechos, la de 1917 establece que se otorgan, lo que refleja que los constituyentes de 1857 tenían una visión iusnaturalista, basados en el

²⁸ Lara Ponte, Rafael, *op. cit.*, nota 1, p. 139.

²⁹ *Ibidem*, p. 140.

³⁰ *Supra*, nota 20.

³¹ Constitución de 1857, disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>

³² Carbonell Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 80.

pensamiento europeo del siglo XVIII, mientras que en el texto de 1917 se pugnaba por una corriente estatalista, propiamente del iuspositivismo, el cual sería abandonado y recuperada en alguna manera, la esencia del texto de 1857.³³

1.2 La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011

Como se ha podido observar, toda reforma constitucional tiene como propósito adecuar el texto normativo fundamental de cualquier país, a la realidad existente. Desde el 27 de abril de 2004, el Poder Ejecutivo había presentado una iniciativa para dar forma constitucional a los derechos fundamentales.³⁴ En dicho documento se establecía que “la concepción actual del Estado Democrático de Derecho ha dado origen a la protección de los derechos humanos, lo que constituye la razón de existencia de instituciones públicas como la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Este principio se ha consolidado a nivel internacional y su promoción es una tarea fundamental del Estado que debe encontrar su fundamento en el orden jurídico interno”.³⁵

Posterior a hacer un recuento de la evolución de los derechos humanos tanto nacional como internacionalmente, se reseña que el texto constitucional no reconocía de manera expresa y categórica los derechos humanos, lo que originaba que los servidores públicos no los adoptaran como fuente directa de derechos y obligaciones ni como criterios orientadores de su actuación. Además, que los derechos humanos incorporados de fuente internacional, a través de firma y ratificación de tratados, tuvieran una protección limitada.³⁶

Lo interesante de la iniciativa en comento, era que ya se refería que el reconocimiento y protección constitucional de los derechos humanos abarcaría las

³³ *Ibidem*, p. 81.

³⁴ Gaceta del Senado, *Segundo Receso Comisión Permanente*, No. Gaceta: 1, 05 de mayo de 2004, disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=2126&lg=59>

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

garantías individuales contenidas en la propia Constitución, así como además los recogidos en los tratados internacionales, y aquellos que se encontraran establecidos en alguna otra disposición del ordenamiento jurídico mexicano, junto a los que, por el carácter progresivo que les corresponde a esos derechos, llegaran a formar parte del orden jurídico nacional.³⁷

Es decir, ya desde antes de entrar a la segunda parte de la década del año 2000, se estimaba necesario una reforma a nivel constitucional con la finalidad de dotar con mayor fuerza cualitativa y cuantitativamente, el sistema jurídico del país. Sin embargo, no prosperó, aunque indirectamente influyó en otros avances, como la supresión de la pena de muerte, pues en la misma iniciativa, se pugnaba por su eliminación.³⁸

El camino a la reforma en materia de derechos humanos de 2011, inició formalmente su camino en la Cámara de Diputados, en la que surgió a raíz de una pluralidad de iniciativas y en donde se elaboró y aprobó el primer dictamen el 23 de abril de 2009.³⁹ En el precitado documento⁴⁰ se hace un análisis –entre otras– de la iniciativa de la diputada Alliet Mariana Bautista, en la que se relata que “los compromisos internacionales son la base sólida para el sustento de una ética legislativa que promueva el equilibrio entre el ejercicio del poder y las libertades ciudadanas”.⁴¹

En el mismo sentido, se hace patente la necesidad de armonizar los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con la legislación doméstica, en concreto, con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dado que la garantía de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos se tiene que dar por medio de su incorporación como

³⁷ *Idem*.

³⁸ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, 4ª. ed., México, Porrúa, 2015, p. 53.

³⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁰ Gaceta Parlamentaria, año XII, No. 2743-XVI, 23 de abril de 2009, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

⁴¹ *Ibidem*, p. 17.

normas constitucionales que regulen la actuación de los órganos del poder y no limitarlas como normas aplicables en el ámbito interno de forma secundaria.⁴²

La propuesta central fue que debía modificarse la denominación del Capítulo I del Título primero de la Constitución General para que se denominara “De los Derechos Humanos y las Garantías Individuales”, con el objetivo de incluir tanto el reconocimiento como la protección de los derechos humanos, para ampliar los derechos que la propia Constitución ya reconocía bajo el término de “Garantías Individuales”.⁴³

En consonancia con lo vertido, la iniciativa del Diputado Adolfo Mota Hernández, describió que desde la promulgación de la Carta Magna se ha concebido el tema de los derechos fundamentales del hombre bajo la locución “Garantías Individuales”, sin embargo, y más allá de las cuestiones semánticas, dicho concepto, requería de ser conciliado con el desarrollo universal de la materia. Proponía que el Capítulo Primero del Primer Título de la Constitución, se titulara “De los Derechos Humanos”.

Por otro lado, se estipulaba que al hablarse de derechos humanos, se involucrarían muchos otros aspectos, entre ellos, de orden económico, social, cultural, civil y político, además de que pugnaba que los derechos humanos no debían ser otorgados por la Constitución, sino que debían ser reconocidos por ésta, con la finalidad de que se retomara la idea de que son inherentes al ser humano.⁴⁴

En cuanto a la iniciativa del Diputado Leonardo Magallón Arceo, se concertaba que si el Estado estaba al servicio de la persona humana y su finalidad era promover el bien común, se necesitaba edificar las condiciones sociales que permitieran a los integrantes de la comunidad nacional su realización espiritual y material. Por tanto, era menester reconocer de manera expresa y categórica a los derechos humanos e incorporar mecanismos constitucionales para su protección,

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Ibidem*, p.p. 35 y 36.

lo cual conllevaría a que fueran el eje rector de los servidores públicos en sus funciones.⁴⁵

Dentro de las consideraciones de la Comisión, en su parte general, se menciona algo sumamente importante, que motivó la reforma en comento, es decir, la recomendación que formuló la Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ya que señala que si bien desde 1917 México fue precursor en el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, en específico en los sociales, lo era también que la Constitución tenía deficiencias estructurales que limitaban la plena eficacia de los derechos.⁴⁶

El proyecto instaurado en la Cámara de Diputados en relación a la modificación del Capítulo I de la Constitución⁴⁷, establecía respecto al numeral primero del texto fundamental que:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la misma Constitución establece. Las garantías para su protección serán las que establezcan la Constitución y las leyes que de ella emanen.

Tratándose de normas de derechos humanos, éstas se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte. En su aplicación, bajo el principio de no contradicción con esta Constitución, se observarán aquellas que resulten más favorables a los derechos de las personas. (...)

En este primer proyecto, el principio *pro persona* se unió al de la interpretación conforme, caracterizándose por los siguientes dos aspectos⁴⁸:

⁴⁵ *Ibidem*, p.p. 37 y 38.

⁴⁶ Recomendación de Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos.

⁴⁷ Gaceta Parlamentaria, año XII, No. 2743-XVI, 23 de abril de 2009, p. 48, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

- a) Se inaugura una doble vía interpretativa, una hacia la Constitución General y otra a los Tratados Internacionales en la materia de derechos humanos, limitándose la hermenéutica constitucional a efecto de no remitirse a dichos instrumentos signados por el Estado mexicano.
- b) En consecuencia, el principio *pro persona* estaría supeditado al de no contradicción con la Constitución.

La reserva de no contradicción de los instrumentos internacionales con el texto fundamental, sería el origen de la interpretación limitativa que finalmente quedaría enclavada en la redacción del artículo primero constitucional respecto a las restricciones frente al citado principio *pro persona*.

Al recibirse la minuta en la Cámara de Senadores, se turnó para su correspondiente dictamen el 28 de abril de 2009 a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos. Posteriormente, el 18 de marzo de 2010 quedaría incorporada en el proceso la Comisión de Reforma del Estado para que expresara su opinión. Finalmente las comisiones de estudio confeccionarían el Dictamen de la Cámara de Senadores el 7 de abril de 2010⁴⁹.

En el dictamen que se trata, balancearon los antecedentes de la cuestión a prueba y se refirió a catorce iniciativas presentadas al Senado respecto a Derechos Humanos, naturalmente con bosquejos de distinta naturaleza y proyección⁵⁰. En síntesis, se atendieron diversas reformas analizadas por la Cámara de Diputados y se desestimaron algunas otras. Respecto a las que fueron tomadas en cuenta, resultaron las que atañen a los artículos 1º, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89 fracción X, 97, 102 apartado B, y 105⁵¹.

Respecto a la sustancia de este capítulo, las comisiones unidas en el dictamen en tratamiento, coincidieron con la propuesta de transformar la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, “De los

⁴⁸ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme, el modelo constitucional ante los Tratados Internacionales sobre los derechos humanos y el control de convencionalidad*, 2a. ed., México, Porrúa, 2014, p. p. 7 y 8.

⁴⁹ *Gaceta del Senado*, No. 114, 8 de abril de 2010, disponible en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=2801&lg=61>

⁵⁰ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, nota 28, p. 62.

⁵¹ *Idem*.

Derechos Humanos”, ya que robustece la connotación jurídica del término y beneficia la armonía con el derecho internacional. No obstante, valoraron conveniente que a dicha denominación se debería mantener a las garantías, por lo que propusieron que se designara “De los Derechos Humanos y sus garantías”.⁵²

En el mismo sentido, refirieron que “al analizar lo que se refiere al artículo 1º constitucional, queda claro que ahí se encuentra el corazón de la reforma, pues de aprobarse en los términos del proyecto de decreto que se somete a consideración de esta Soberanía, se reconocerán explícitamente los derechos humanos como derechos inherentes al ser humano...”⁵³

Un punto fundamental fue que se implantó que con el reconocimiento de derechos humanos de fuente internacional, se evitaba crear derechos de primera y segunda generación, es decir, según estén o no en la Constitución General, pues hasta ese año (2010), los derechos contenidos en las garantías individuales, gozaban de una protección más amplia y directa que los que se encontraban tutelados en los tratados internacionales, concordando con las doctrinas constitucionales modernas, en la cual, autores como Luigi Ferrajoli, Robert Alexy o Riccardo Guastini, refieren que el reconocimiento de los derechos humanos es el criterio que legitima a la norma constitucional y a su contenido básico⁵⁴.

El gran avance lo representó la incorporación de la interpretación conforme⁵⁵, pues en el texto a estudio, se evidenció que:

Una de las consecuencias de hacer esta modificación al primer párrafo del artículo 1º constitucional es que las normas de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales adquirirían reconocimiento y protección constitucional. Es tarea del legislador constituyente resolver el mecanismo conforme el que se resolverán los posibles conflictos de normas y en general, el sistema de aplicación.

⁵² *Gaceta del Senado*, No. 114, 8 de abril de 2010, p. 12, disponible en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=2801&lg=61>

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Ibidem*. p.p. 12 y 13.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 14.

Por ello, se propone adoptar el principio de “interpretación conforme” que se ha establecido y aplicado en otros sistemas garantistas, destacadamente el español, con óptimos resultados.

El argumento estriba en que, tomando en cuenta nuestros antecedentes constitucionales, este principio resulta el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales. En virtud del principio de interpretación conforme se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las algunas existentes, sin que esto signifique, en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna.

Nuevamente desde el dictamen de la Cámara de Senadores, se hizo manifiesta la resistencia hacia el derecho internacional de los derechos humanos. En concreto, si bien se invocó un pretendido carácter accesorio de la interpretación conforme, lo cierto es que con ello, se aleja de un verdadero sistema interpretativo sobre derechos humanos, pues su fin último es la integración de normas⁵⁶.

Por otro lado, se ignoró la inscripción del principio *pro persona* dado que la propuesta de la Cámara de Senadores era la siguiente respecto al párrafo segundo del artículo primero constitucional: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados”.⁵⁷

Lo anterior se entiende en razón de que se decidió eliminar el principio de no contradicción con la Constitución, frente a una proyectada cláusula neutra, que más bien debería decantarse hacia el sentido más favorecedor, el cual se señaló en el dictamen en cita, al clamar a un sentido pertinente de la cláusula de interpretación conforme y el sentido teleológico de ampliar a los derechos humanos.⁵⁸

⁵⁶ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 48, p. 10.

⁵⁷ *Gaceta del Senado*, No. 114, 8 de abril de 2010, p. 15, disponible en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=2801&lg=61>

⁵⁸ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 38, p. 12.

La Cámara de Senadores aprobó la redacción del numeral primero constitucional, referido en líneas precedentes y devolvió nuevamente el dictamen a la Cámara de Diputados para su aprobación. En el dictamen de la Cámara de Diputados del 13 de diciembre de 2010⁵⁹ se modificaría el contenido del artículo primero constitucional a efecto de quedar como actualmente nos rige, ya que a pesar de que en los meses de febrero y marzo de 2011, la propuesta de reforma constitucional fue remitida nuevamente a la Cámara de Senadores, el numeral primero constitucional ya no fue rectificado.

La Cámara de Diputados argumentó que la modificación propuesta al artículo 1º de la Constitución, obedecía a la intención de ampliar la protección de los derechos humanos que pudieran derivar de cualquier tratado internacional del que el Estado mexicano fuere parte, sin que necesariamente tuviera por objeto la protección de los derechos humanos.⁶⁰

Además, la intención de la propuesta en el primer párrafo del artículo 1º, tenía como reflejo en la redacción apuntada en el segundo párrafo del citado artículo constitucional, ya que al adicionar la protección que beneficiara de forma más amplia a las personas, representaba la consolidación de las prerrogativas que las dignifiquen.⁶¹

Respecto al punto neural de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, García Ramírez y Morales Sánchez⁶² nos ofrecen un cuadro sumamente ilustrativo del camino en la evolución de la piedra angular de la parte sustancial de nuestra Constitución General:

⁵⁹*Gaceta Parlamentaria*, Año XIV, No. 3162-IV, 15 de diciembre de 2010, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

⁶⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Op. cit.*, nota 38, p.p. 218 y 219.

TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA 2011	DICTAMEN CÁMARA DE DIPUTADOS (ABRIL DE 2009)	DICTAMEN CÁMARA DE SENADORES (ABRIL DE 2010)	DICTAMEN CÁMARA DE DIPUTADOS (DICIEMBRE DE 2010)	DICTAMEN CÁMARA DE SENADORES A DIPUTADOS (MARZO DE 2011)
TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO I De las Garantías Individuales	TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO I De los Derechos Humanos	TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO I De los Derechos Humanos y sus garantías	TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO I De los Derechos Humanos y sus garantías	TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO I De los Derechos Humanos y sus garantías
Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.	Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado Mexicano, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la misma Constitución establece. Las garantías para su protección serán las que establezcan la Constitución y las leyes que de ella emanen. Tratándose de normas de derechos humanos, éstas se interpretarán de conformidad con esta	Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos 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. Las normas relativas a los derechos humanos, se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados.	Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la	Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más

TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA 2011	DICTAMEN CÁMARA DE DIPUTADOS (ABRIL DE 2009)	DICTAMEN CÁMARA DE SENADORES (ABRIL DE 2010)	DICTAMEN CÁMARA DE DIPUTADOS (DICIEMBRE DE 2010)	DICTAMEN CÁMARA DE SENADORES A DIPUTADOS (MARZO DE 2011)
	Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte. En su aplicación, bajo el principio de no contradicción con esta Constitución, se observarán aquellas que resulten más favorables a los derechos de las personas. (...).	(...)	protección más amplia. (...)	amplia. (...)

Por tanto, esta reforma fundamentalmente significó la modificación del capítulo primero, que desde la promulgación de la misma Constitución vigente, se denominaba “De las garantías individuales”, para pasar a llamarse “De los derechos humanos y sus garantías”. Y es que “‘posiciona a los derechos de las personas en el centro de la actividad estatal y como fin del mismo Estado”.⁶³

Además, incorporó el respeto a los propios derechos humanos, como condición rectora de la educación del Estado, el sistema penitenciario y la política exterior del Ejecutivo; reconoció los derechos al asilo y al refugio; estableció la prohibición de la celebración de tratados que alteren los derechos humanos que se hayan incorporado al ordenamiento jurídico; creó un catálogo de derechos no susceptibles de suspensión en tiempos de emergencia; se reconoció la audiencia previa a los extranjeros en el marco de una imprevista expulsión del país;

⁶³ Bernal Arellano, Jhenny Judith, *Comprendiendo la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Porrúa, 2013, p. XI.

estableció la obligación de las autoridades para fundamentar las negativas a las recomendaciones del *Ombudsman*; reconoció a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos la facultad para investigar violaciones graves a derechos y poder interponer acciones abstractas de inconstitucionalidad.⁶⁴

Sin embargo, fue en el artículo primero constitucional donde “se plasmó prácticamente la finalidad de la reforma y el nuevo paradigma jurídico”.⁶⁵ El mismo dicta a la letra:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo el tiempo a las personas la protección más amplia.

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

(Cuarto párrafo, no se reformó).

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

Respecto al primer párrafo podemos decir que al usarse la expresión “todas las personas”, se está desplegando la universalidad de los derechos humanos que

⁶⁴ Herrera García, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p.p. 29 y 30.

⁶⁵ Bernal Arellano, Jhenny Judith, *op. cit.* nota 63, p. 7.

les son inherentes, sin distinción de ningún tipo.⁶⁶ Por otro lado, se ha cambiado la denominación garantías individuales a derechos humanos, se reconocen dichos derechos fundamentales, más no se otorgan como antes lo hacía este numeral, lo que trae como consecuencia que aunque no existan mecanismos para su protección (que son propiamente las garantías jurídicas), se debe atender a su importancia constitucional.⁶⁷

En lo que concierne a las restricciones, nos quiere decir que los derechos humanos (por no ser absolutos) podrán restringirse o suspenderse de conformidad con los que expresamente se diga en el texto fundamental. Si bien no permite que la autoridad vulnere los derechos humanos, los podrá limitar, si y solo si se adecuan a las modalidades que ella misma establezca.⁶⁸

Además, lo que se ha erigido a rango constitucional son específicamente los derechos humanos contenidos en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte. Por tanto, no se eleva a supremacía todo el contenido de los tratados⁶⁹.

El párrafo segundo del artículo en cita, nos abre dos puntos clave: El bloque de constitucionalidad y el principio pro persona. En cuanto al primero, lo hace al referir que los derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y a los tratados internacionales de la materia, ya que “los tratados internacionales cuyo contenido normativo recojan y reconozcan derechos humanos forman un bloque de constitucionalidad (...). Esto implica como consecuencia, que el ordenamiento internacional que reconozca derechos humanos, complementa los derechos reconocidos en el ámbito nacional...”⁷⁰

En cuanto al principio pro persona, lo hace al establecer que se favorecerá en todo tiempo a las personas con la protección más amplia del catálogo de derechos constitucionales y constitucionalizados que estén contenidos en los tratados internacionales. Por tanto, es “una herramienta fundamental para resolver

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁹ Pacheco Pulido, Guillermo, *La inmensidad del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2014, p. 27.

⁷⁰ Bernal Arellano, Jhenny Judith, *op. cit.*, nota 63, p. 14.

y superar los eventuales conflictos que pueden plantearse ante la pluralidad de fuentes que existe en un determinado sistema”.⁷¹

Lo anterior tendrá cumplimiento en un doble aspecto, por una parte la preferencia de normas y por el otro, la preferencia interpretativa. En cuanto a aquella, se despliega cuando se elige la norma más protectora, mientras que respecto a la última, se expresa cuando se elige la norma menos restrictiva.⁷²

El principio pro persona es por tanto, “la norma jurídica que contiene un criterio de eficacia de los derechos humanos – de todos los derechos (incluso colectivos, y no solamente liberales) –que irradia integralmente al ordenamiento jurídico y vincula a todos los operadores jurídicos a aplicar la norma o elegir la interpretación más protectora.”⁷³

Tocante en lo que atañe al tercer párrafo, nos indica que la autoridad debe dar a conocer los derechos humanos, diseminar la cultura de su respeto, establecer mecanismos para su adecuada defensa y que se apegue a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.⁷⁴ Así, el Estado podrá prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones de derecho humanos de una manera vigorosa.

Finalmente respecto al quinto párrafo contiene los principios de igualdad y no discriminación. La primera está pensada como el fundamento de los derechos humanos, en el que se apoya la no discriminación, pues no puede haber trato desigual de las personas en igualdad de circunstancias.⁷⁵

La reforma ha observado la necesidad de colocar énfasis en generar una cultura de respeto de los derechos de las personas, y lo ha hecho por la vía

⁷¹Castañeda, María Leoba y Otero, Milagros (coordinadoras), *Eficacia de los derechos humanos en el siglo XXI un reto por resolver*, México, Porrúa, 2014, p. 16.

⁷²*Ibidem*, p. 18.

⁷³ Silva García, Fernando *Principio pro homine vs restricciones constitucionales*, México, Porrúa, 2014, p. 361.

⁷⁴En cuanto a la universalidad hay que entenderla como la protección de los derechos humanos de todos sin distinción alguna. La interdependencia e indivisibilidad implica que los derechos fundamentales están ligados, y si se afecta a uno se afecta a los demás. La progresividad nos expresa la expansión de los derechos, conforme avanza el tiempo y la sociedad misma, dicho en otras palabras, es el reconocimiento de derechos que antes no se tenía noción de ellos. Bernal Arellano, Jhenny Judith, *op. cit.*, nota 63, pp. 22 y 23.

⁷⁵ Pacheco Pulido, Guillermo, *op. cit.*, nota 69, p. 38.

correcta, esto es, a través del documento normativo más importante para nuestra nación: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁷⁶

1.3 El reconocimiento expreso del control de convencionalidad en México

Por tanto, el Estado mexicano vive en un nuevo modelo de concebir a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tras la reforma constitucional en dicha materia de 2011 y la emisión del expediente Varios 912/2010 por parte de la Suprema Corte de Justicia.

El reconocimiento expreso en nuestro país al control de convencionalidad, fue debido al aludido expediente varios 912/2010⁷⁷, originado por el caso Radilla Pacheco vs México y ventilado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pues implicó que la Suprema Corte realizara una nueva interpretación del numeral 133 en consonancia con el recién reformado artículo primero.⁷⁸

Existe un párrafo en dicha sentencia dictada por la Corte IDH, que es la base toral de nuestro control de convencionalidad, el cual a la letra dicta:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos estén sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidas a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones

⁷⁶ Bernal Arellano, Jhenny Judith, *op. cit.*, nota 63, p. XI.

⁷⁷ Resuelto el 14 de julio de 2011.

⁷⁸ Flores Saldaña, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos.*, México, Porrúa, 2015, p. 239.

procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁷⁹

Lo que la Suprema Corte pronunció respecto a esa resolución de la Corte IDH, fue expuesto en el citado expediente varios 912/2010, que en síntesis se resume en que los juzgadores mexicanos (federales y locales de cualquier materia y de cualquier cuantía) estaban obligados a ejercer de manera oficiosa el control de convencionalidad en materia de derechos humanos, de conformidad con el artículo primero constitucional.

Lo anterior amplía el rango de protección a los derechos humanos a todas las personas que residan en México, ya que no se gozan solamente de los derechos contenidos en la propia Constitución, sino además los que están recogidos en los instrumentos internacionales. Más que una vulneración a la Constitución, la complementan, ya que los derechos en los tratados internacionales son un piso mínimo que puede ser ampliado tanto por la propia Constitución, como por las leyes y normas inferiores del Estado, ya que:

Los tratados internacionales han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad, según sea el país de que se trate, como es obvio). En los tratados internacionales y en la interpretación que de ellos han hecho los organismos de la ONU, de la OIT o de la OEA, entre otros, pueden encontrarse tanto derechos que no están previstos en la Constitución mexicana, como perspectivas complementarias a las que ofrece nuestra Carta Magna (por ejemplo cuando un tratado internacional establece dimensiones de un cierto derecho que no están contempladas en nuestro ordenamiento).⁸⁰

Además, de los tratados internacionales se pueden desprender otras fuentes de derecho, como las Observaciones Generales, que son interpretaciones

⁷⁹ *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 2009, párrafo 339.

⁸⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 38.

generales dictadas por Comités de expertos creados por mandato de los principales pactos internacionales de derechos humanos (como el Comité de Derechos Humanos que se deriva del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Estos Comentarios u Observaciones Generales contribuyen a magnificar el significado de las disposiciones de los Pactos y Tratados, urgiendo a los Estados a cumplir con lo estipulado por los instrumentos internacionales de donde emanan.⁸¹

Por otro lado, de los propios tratados internacionales se pueden crear otros mecanismos de garantía de los derechos humanos. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que fue adoptado en San José de Costa Rica, que origina al sistema interamericano de protección de derechos, articulado a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Washington, D.C., Estados Unidos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con sede en la citada ciudad de San José, Costa Rica.⁸²

1.4 El bloque de constitucionalidad

La reforma constitucional que tanto hemos citado, conllevó a un nuevo paradigma, pues los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución fueron ampliados con los contenidos en los Tratados Internacionales. La apertura del bloque de constitucionalidad fue lo que hizo esto posible. ¿Pero qué es en sí, el bloque de constitucionalidad?

Antes de abordar algunos conceptos sobre este asunto, nos permitiremos referir que este término fue usado por primera vez por Louis Favoreu, en el año de 1971, cuando el Consejo Constitucional Francés, contrario a su Ley Fundamental, esgrimió un ordenamiento que restringía el régimen de asociaciones, pues debía

⁸¹ *Ibidem*, p. 39.

⁸² *Ibidem*, p. 40.

ser examinada a la luz de la Constitución de 1958 y a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.⁸³

En términos generales, el bloque de constitucionalidad es una categoría jurídica de derecho constitucional comparado, referente al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional y además aquéllos principios y valores que no figuran directamente en la Constitución, pero a los cuales la propia Norma Fundamental nos remite.⁸⁴

México ha firmado tratados internacionales, varios de los cuales versan sobre los derechos humanos (Como el Pacto de San José de Costa Rica de 1969), por lo que con la inauguración constitucional de dicho bloque, se ha abierto la posibilidad de que los jueces puedan invocar derecho internacional de los derechos humanos a fin de proteger de una manera más eficiente los derechos que se estimen han sido o puedan ser vulnerados.

Pues en efecto, se debe “considerar al derecho internacional de los derechos humanos como un nuevo parámetro de constitucionalidad para resolver los casos complejos, que puedan presentarse en torno a la protección de los derechos fundamentales (es decir, aquellos asuntos cuya solución no está prevista por el derecho positivo o legislado).⁸⁵

Al referir el numeral primero constitucional de que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en nuestra Carta Primera y en los tratados internacionales de los que México sea parte, se advierte que:

Los tratados internacionales cuyo contenido normativo recojan y reconozcan derechos humanos forman un bloque de constitucionalidad, es decir, que el legislador consideró la importancia de estas normas internacionales y las posicionó en importancia, a la par de la Constitución.

Esto implica como consecuencia, que el ordenamiento internacional que reconozca derechos humanos, complementa los derechos reconocidos en el ámbito nacional, y

⁸³ Abre y Abreu, Juan Carlos, *La jurisprudencia en México, estado del arte*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 187.

⁸⁴ Rodríguez Manzo, Graciela y otros. *Bloque de constitucionalidad en México*, p. 18. [consultable en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Bloque%20de%20constitucionalidad.pdf>]

⁸⁵ Abre y Abreu, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 83, p. 175.

por la importancia en que los posiciona el numeral primero de la Constitución, es menester conocerlos para exigirlos.

Además al estar expresamente reconocida su importancia a la par de los contenidos de la propia Constitución, las leyes ordinarias deben interpretarse y adecuarse tanto a la propia Constitución como a dichas normas internacionales.⁸⁶

Lo anterior significa que si bien nuestra Ley Primera, no hace un reconocimiento expreso a los derechos humanos que estén contenidos en los instrumentos internacionales de los que nuestro Estado es parte, se les son reconocidos una jerarquía superior a las normas ordinarias, por lo que son un parámetro obligado en el control convencional.⁸⁷

El bloque de constitucionalidad trae como consecuencia un control convencional de las leyes. Esto se entiende como “una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Lo anterior, puede conducir en un caso extremo a que un juez inaplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional”.⁸⁸

En síntesis podemos referir que el bloque de constitucionalidad equipara a los derechos humanos contenidos en nuestra propia Constitución, con los contenidos en los Tratados Internacionales, con lo cual el catálogo de derechos se amplía en beneficio de los gobernados.

1.5 Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

En una primera apreciación podemos decir que el control de constitucionalidad “valora que el contenido de una ley o un acto sea siempre acorde a lo que la

⁸⁶ Bernal Arellano, Jhenny Judith, *op cit.*, nota 63, p. 14.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁸ Carbonell, Miguel *op. cit.*, nota 2, p. 176.

norma fundamental dispone, reconociendo siempre el principio de supremacía constitucional y de interpretación conforme (a la Constitución)".⁸⁹

Existen dos tipos de control de constitucionalidad: el concentrado y el difuso (cuando coexisten dan lugar a un control mixto). En cuanto al control de constitucionalidad concentrado se distingue porque es la propia Constitución, la que determina de manera expresa, a un solo organismo para anular las leyes dictadas por el Poder Legislativo, siendo este un Tribunal Constitucional especializado o bien la Corte Suprema de un país.⁹⁰

Por su parte el control de constitucionalidad difuso también defiende la supremacía constitucional al anular una ley que se considere que atenta contra el contenido establecido en la Constitución, pero este poder es encomendado a todo el aparato judicial. En términos generales, contrario al control concentrado que nace de una acción directa y que produce efectos para todos (*erga omnes*), el control difuso es incidental y solamente produce efectos para las partes (*inter partes*). En este tipo de control se plantea un caso concreto, pero el juez tiene la facultad de aplicar o no una norma que se relacione a dicho proceso.⁹¹

En suma puede decirse que el control de constitucionalidad es aquel que está destinado a establecer si una ley que ha emanado de ella está acorde con su contenido. En México tenemos un sistema mixto, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer de acciones de inconstitucionalidad por ejemplo, ejercita este tipo de facultad y ahora, reforzado con la reforma constitucional de 2011 los jueces mexicanos están obligados a efectuar un control difuso en los procesos que estén a su conocimiento.

Con la citada reforma se constitucionalizan los derechos humanos de fuente internacional, por tanto todos los jueces del país están obligados a observarlos y a realizar un control de convencionalidad cuando estimen que una norma interna contraviene lo dictado por la norma internacional. El control de convencionalidad

⁸⁹ Cilia López, José Francisco, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Porrúa, 2015, p. 60.

⁹⁰ Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo (coord.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, 2a. ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, lema "control de constitucionalidad concentrado", p. 227.

⁹¹ *Ibidem*, lema "control difuso de constitucionalidad", p. 232.

nace en México de manera expresamente obligatoria, como ya se refirió, con la resolución del expediente varios 912/2010 -relativo a la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado mexicano por el caso Radilla Pacheco⁹²-, el deber de que sus jueces lleven a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.⁹³

El control de convencionalidad “constituye un parámetro de aplicación de los derechos humanos de fuente internacional que se origina, como consecuencia de la implementación del control de constitucionalidad desde la jurisdicción interna; al haberse tornado directamente aplicable a la Constitución e impregnar de su fuerza normativa a todo el ordenamiento jurídico convencionalizado”.⁹⁴

Lo vertido anteriormente significa que el juez, al ver que una norma de fuente internacional que proteja de una mayor forma a un derecho humano en cuestión que alguna norma de fuente interna, debe preferir aquella para dar cabal cumplimiento al principio *pro persona*, es decir, dar una mejor protección a los derechos del justiciable utilizando para ello los tratados internacionales de los que México es parte. En suma, la autoridad judicial, en un primer momento debe llevar a cabo un control de constitucionalidad para dilucidar si un derecho humano es respetado por alguna norma interna o actuación judicial y está conforme con el contenido de la constitución. Si esto no es así, debe llevar a cabo un control de convencionalidad si estima que un tratado internacional da mayor protección que la propia Carta Constitucional.

1.6 La interpretación conforme

El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad están sujetos a la interpretación conforme. Esto es así porque el citado artículo primero constitucional nos refiere en su segundo párrafo que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con

⁹² Por desaparición forzada.

⁹³ Cilia López, José Francisco, *op cit.*, nota 89, p. 87.

⁹⁴ Flores Saldaña, Antonio, *op. cit.*, nota 78, p. 65.

los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Sobre éste tema, Fernando de Jesús Navarro Aldape nos dice que la interpretación conforme es una práctica con la que se completa la integración de una norma respecto al total del sistema jurídico, al concordar su aplicación en un caso específico con los principios establecidos en la Carta Constitucional, llevándola a sus consecuencias últimas antes de que se declare como inconstitucional. Esto es así, ya que tiene como objetivo mantener la supremacía constitucional (control constitucional) e impedir la exclusión de la norma del orden jurídico nacional.⁹⁵

La interpretación conforme es así, la piedra angular del bloque de constitucionalidad, ya que al indicarse que las normas que se relacionen con los derechos humanos (sea de rango jerárquico diverso), éstas deberán desentrañarse a la luz de la propia Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte, implicando la creación del bloque de constitucionalidad.⁹⁶

En consecuencia, la hermenéutica de las normas de fuente nacional e internacional que reconozcan derechos humanos, deberá concretarse bajo la interpretación conforme a la Constitución mediante la jurisdicción nacional. El sistema interno tendrá que equipararse con el bloque de constitucionalidad; mismo que ocupa de leyes ordinarias, exposición de actos administrativos y en general, la determinación de cualquier norma, medida o acto de los poderes públicos que restituya el estado de las cosas hasta antes de su violación, o en su caso, el resarcimiento de daños y perjuicios.⁹⁷

Este criterio exegético contiene además al principio pro persona, ya que esto implica que tiene que atenerse a la interpretación o norma más amplia cuando se conozca de derechos fundamentales protegidos, y viceversa, cuando

⁹⁵Pacheco Pulido, Guillermo, *op. cit.*, nota 69, p. 35.

⁹⁶ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 95.

⁹⁷ Flores Saldaña, Antonio, *op. cit.*, nota 78, p. 302.

se trate de una norma o interpretación más restringida al momento de implantar acotaciones a su ejercicio.⁹⁸

Por tanto, podemos decir que la interpretación conforme está sujeta primero a un escrutinio del texto constitucional, si éste no otorga una debida protección al derecho humano vulnerado, se optará por la norma contenida en algún tratado internacional de los que México forme parte, si y solo si ofrece una mayor protección que el texto fundamental, lo anterior fundamentado en el principio pro persona.

1.7 El principio pro persona

Este es, nos atrevemos a decirlo, quizá el elemento más importante integrado en nuestra norma suprema. Bajo este principio es que la dignidad humana puede ser eficazmente protegida.

“Este principio supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que mayor protección de al titular del derecho y en caso de limitación del derecho, la que menos restrinja éste. Puede darse el caso de que la Constitución Nacional sea mayormente protectora del Derecho que la norma internacional, en este supuesto el juzgador...está obligado a aplicar la norma constitucional”.⁹⁹

De acuerdo a Miguel Carbonell¹⁰⁰, el principio pro persona tiene dos variantes interpretativas principales:

- A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir de entre todas las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto, la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los sub-principios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por

⁹⁸ Allier Campuzano, *Introducción a la interpretación constitucional mexicana*, México, Porrúa, 2013, p. 80.

⁹⁹ Bernal Arellano, Jhenny Judith, *op. cit.*, nota 63, p. 19.

¹⁰⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 97.

analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera). Se debe entender que una interpretación “optimiza” más un derecho fundamental cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el derecho o cuando amplía el perímetro material protegido por el derecho (el perímetro material equivale al ámbito de la realidad que el derecho regula).

- B) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa.

Esto significa que el juez o el intérprete de la norma, está obligado a elegir, no a la norma que mejor le parezca, sino a la que indefectiblemente permita una protección más amplia del derecho humano.¹⁰¹ Resulta pues un elemento necesario para compatibilizar las distintas fuentes que contengan derechos humanos en nuestro sistema jurídico, abonando con ello su eficacia.¹⁰²

Dicho de una manera condensada, el principio pro persona “permite, por una parte, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otra, otorga un sentido protector en favor de la persona humana, lo cual implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo, si se trata de conocer las limitaciones legítimas que puedan establecerse a su ejercicio.¹⁰³

Es menester referir que el principio pro persona encuentra su freno con las restricciones y en su caso, la suspensión, de los derechos humanos contenidos en la Carta Constitucional. La construcción de esta figura jurídica la abordaremos de manera más amplia en el capítulo segundo, pero a manera de introducción, nos permitiremos referir una noción de lo que puede entender como restricciones constitucionales expresas.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² Castañeda, María Leoba y Otero, Milagros (coordinadoras), *Eficacia de los derechos humanos en el siglo XXI un reto por resolver*, México, Porrúa, 2014, p. 28.

¹⁰³ Cilia López, José Francisco, *op. cit.*, nota 89, p. 148.

1.8 Las restricciones a derechos y supremacía constitucional

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en septiembre de 2013 la contradicción de tesis 293/2011, de la cual se derivaron dos jurisprudencias. En el caso que nos ocupa respecto al principio pro persona y las restricciones constitucionales, se estableció que los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.¹⁰⁴

Por tanto “con esta interpretación, se plantean límites a la aplicación de las normas de fuente internacional que contienen derechos humanos cuando exista contradicción con alguna de las restricciones o casos de suspensión en el ejercicio de derechos establecidos en el texto constitucional y, en consecuencia, la aplicación del principio pro persona se pone en entredicho”.¹⁰⁵

La argumentación del por qué creemos que las restricciones constitucionales ponen en entredicho el principio pro persona la proporcionaremos más adelante. Por lo pronto nos permitimos preguntarnos que si el principio pro persona es para dar una mayor protección al derecho humano vulnerado, y encuentra su escollo en las restricciones contenidas en el texto fundamental, ¿Se cumple a cabalidad con la protección del principio más grande de la persona, es decir, su dignidad?

No sobra decir que Pedro Salazar Ugarte, en conjunto con Alejandra Medina Mora y Daniel Vázquez, encontraron 89 restricciones en los 136 artículos que conforman la Constitución y se identificaron 21 derechos restringidos.¹⁰⁶ El desafío será interpretar que en la colisión entre el principio pro persona y las restricciones constitucionales expresas ¿qué es lo que debe prevalecer? ¿y cómo

¹⁰⁴ [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Pág. 202. P./J. 20/2014 (10a.)

¹⁰⁵ Castañeda, María Leoba y Otero, Milagros (coordinadoras), *op. cit.*, nota 102, p. 27.

¹⁰⁶ Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *Derechos humanos y restricciones, los dilemas de la justicia*, México, Porrúa, 2015, p. 76.

operaría el principio pro persona frente a las restricciones constitucionales supervinientes?

Por otro lado, para saber de qué hablamos cuando se cita a la supremacía constitucional, es menester referir el numeral 133 de la Carta Fundamental, el cual a la letra dicta que “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. Lo anterior significa que tanto la Constitución, como las leyes que emanen de ella y los Tratados internacionales que haya firmado el Estado, son la norma superior, es ese conjunto el que forma la supremacía constitucional.

La segunda Sala de nuestro máximo tribunal se ha pronunciado al respecto (en concatenación con la reforma en derechos humanos de 2011) al referir que:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO.

La reforma al artículo 1o. de la Carta Magna, publicada el 10 de junio de 2011, en modo alguno contraviene el principio de supremacía constitucional consagrado desde 1917 en el artículo 133 del propio ordenamiento, que no ha sufrido reforma desde el 18 de enero de 1934, y en cuyo texto sigue determinando que “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”, lo cual implica que las leyes y los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior al de la Constitución, pues en el caso de las leyes claramente se establece que “de ella emanan” y en el de los tratados “que estén de acuerdo con la misma”. Por otra parte, la reforma de 2011 no modificó los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, en la parte en que permiten someter al control constitucional tanto el derecho interno, como los tratados

internacionales, a través de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo. Además, el propio artículo 1o. reformado dispone que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, pero categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones a su ejercicio sólo pueden establecerse en la Constitución, no en los tratados; disposición que resulta acorde con el principio de supremacía constitucional. Principio que también es reconocido en el ámbito internacional, en el texto del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, al prever la posibilidad de aducir como vicio en el consentimiento la existencia de una violación manifiesta que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.¹⁰⁷

De lo anterior puede concluirse que a día de hoy, la supremacía constitucional no está comprimida nada más como una norma suprema, sino que se ha ensanchado con los derechos humanos, incorporándolos, no solamente los de fuente nacional sino también los de fuente internacional, originando un verdadero bloque en el que los derechos fundamentales son prioritarios.¹⁰⁸

Se podría argüir que toda regla tiene su excepción, pero si bien los derechos humanos no son absolutos, tampoco lo pueden ni lo deben ser las restricciones constitucionales expresas, menos cuando está en riesgo la dignidad de la persona.

Podría plantearse la reducción del concepto de soberanía si permitiéramos que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales que otorguen una mayor protección a la persona, prevalecieran sobre las restricciones constitucionales expresas en todo momento y lugar. Sin embargo contrario a esa idea férrea que aún tenemos en la mente nacionalista hay que recordar:

¹⁰⁷ [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Liro XIII, octubre de 2012, Tomo 3; Pág. 2038. 2a. LXXV/2012 (10a.).

¹⁰⁸ Del Rosario Rodríguez, Marcos, *Universalidad y primacía de los derechos humanos*, México, Ubijus, 2012, p. 38.

Los Estados por si solos, ya no poseen la facultad para determinar potestativamente, si el contenido de los Tratados Internacionales los vincula o no, ya que existe una fuerza vinculatoria internacional que incide directamente en la regulación y protección de los mismos, puesto que el respeto a la dignidad de la persona no se encuentra sujeto al reconocimiento expreso o no de una legislación local, y mucho menos a la protección de la soberanía estatal, sino a un ordenamiento supra estatal que obliga al cumplimiento y cooperación de todos los Estados, generando efectos *erga omnes* para todos los ciudadanos, independientemente del ámbito jurídico de validez que se encuentre.¹⁰⁹

En síntesis podemos aducir que la soberanía -entendida como el poder sobre el que no se le opone nada- no se ve menoscabada con la implantación de los derechos humanos de fuente internacional en la Constitución, sino por el contrario se ve ampliada y robustecida, al conformar un bloque versátil para que la protección a las personas sea relativamente más eficientes.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 27.

CAPÍTULO 2

LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EXPRESAS A LOS DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 2.1 *La soberanía del Estado frente al Derecho Internacional.* 2.2 *El artículo 133 constitucional y la evolución jerárquica normativa de los Tratados Internacionales en México.* 2.3 *Acción de inconstitucionalidad 155/2007.* 2.4 *Contradicción de tesis 293/2011.* 2.5 *Contradicción de tesis 299/2013.* 2.6 *La consolidación de las restricciones constitucionales expresas: Expediente Varios 1396/2011.*

2.1 La soberanía del Estado frente al Derecho Internacional

La humanidad ha pasado por diversas etapas históricas en su desarrollo. Ha necesitado de organizarse como sociedad para dejar atrás su pasado bárbaro. El Estado moderno nació con los procesos de independencia y descolonización dando paso a la soberanía nacional residente en el pueblo, el poder constituyente que define la forma de organización y la integración del elemento en que gravitan los demás: la supremacía de la Constitución.¹¹⁰

El Estado constitucional actual vino a suplantar al Estado absolutista, característico sobre todo del siglo XVI, creando además instituciones públicas que posteriormente retomaría, tales como los impuestos, el ejército, las burocracias permanentes, la diplomacia, un derecho codificado y los albores del mercado unificado.¹¹¹

Mientras el Estado se configuraba, fue el derecho internacional quien se encargó de regular las relaciones entre los Estados, respetando su soberanía¹¹², reconocida mediante la Paz de Westfalia en 1648¹¹³, la cual tiene como fundamento la soberanía misma de todo Estado a través del principio de igualdad;

¹¹⁰ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al*, *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad, su debate actual*, México, Porrúa, 2015, p. 2.

¹¹¹ Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2014, p. 31.

¹¹² Entendida como Jean Bodino lo refirió en “Los Seis Libros de la República”, en 1576, es decir, aquél poder absoluto, indivisible y perpetuo. (Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús, *op. cit.* nota 110, p. 14).

¹¹³ Este término alude a los dos tratados de paz de Onsabrück y Münster, firmados el 15 de mayo y 24 de octubre de 1648, con lo cual se dio fin a la guerra de los treinta años en Alemania y la guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos.

la inviolabilidad de las límites nacionales y la exclusión de factores externos dentro de las estructuras internas.¹¹⁴

Podemos entonces referir que en la concepción antigua del Estado soberano se erigía en dos pilares: La independencia, ya que existe sobre las bases de igualdad en relación con otros Estados soberanos, porque si un Estado se encuentra subordinado a otro, su soberanía se debilita o se extingue. La independencia es por tanto un factor de soberanía hacia el exterior. Por otra parte, el segundo pilar es la supremacía, como factor de soberanía hacia el interior, ya que la potestad del Estado se ejerce sobre los individuos y colectividades dentro de la órbita del propio Estado.¹¹⁵

En consecuencia, un Estado sería soberano si no está sujeto a ninguna autoridad que no sea al derecho internacional, puede adoptar decisiones sobre la población de su territorio y puede ser independiente hacia el plano externo sin ninguna influencia que descienda de otro Estado.¹¹⁶

Sin embargo, en la actualidad ese concepto ha sido ya superado por el nuevo enfoque que ha tenido eco en los sistemas constitucionales del mundo, al menos, en Occidente, que tiene como fin último a la dignidad de la persona.¹¹⁷ El concepto de soberanía “se encuentra modificado, dentro del límite y marco normativo de los derechos humanos bien en el marco nacional o en el marco supranacional, dando lugar a una nueva disciplina denominada el derecho internacional de los derechos humanos”.¹¹⁸

La segunda guerra mundial trajo consigo un replanteamiento en la idea de ser humano, y los horrores provocados por la Segunda Guerra Mundial conllevaron al establecimiento de una conciencia colectiva internacional que tiene como punto de gravedad la protección de los derechos humanos, tomando forma

¹¹⁴ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al*, *op. cit.*, nota 110, p. 2.

¹¹⁵ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, 16a. ed., Porrúa, 1978, p. 4.

¹¹⁶ Flores Saldaña, Antonio, *op. cit.* nota 78, p. 93.

¹¹⁷ Del Rosario Rodríguez, Marcos, *op. cit.*, nota 108, p. 12.

¹¹⁸ Flores Saldaña, Antonio, *op. cit.* nota 78, p. 96.

mediante un sinnúmero de Tratados Internacionales, los cuales, se fueron constituyendo como normas reguladoras de ese nuevo orden Sutra estatal.¹¹⁹

La cláusula de supremacía de la Constitución, entendida como la fuente del ordenamiento normativo kelseniano y elemento muy importante de un Estado soberano, está vulnerada actualmente por el derecho internacional de los derechos humanos, ya que comienza a mutar desde el mismo momento en que un Estado firma un Tratado o Convención Internacional, pues adquiere obligaciones antes los demás Estados firmantes, con lo cual la teoría del poder constituyente se ve reformulada, ya que dicho órgano no es más ya el poder único, superior, excluyente y unitario para expedir o reformar la Constitución.¹²⁰

Sin embargo, no es que la soberanía se vea desplazada y destruida por completo, al contrario, se ve fortalecida con el arribo del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en pactos internacionales, pues “es el Estado en el ejercicio de su soberanía, el que decide ceder o delegar facultades o atribuciones soberanas en un órgano externo”.¹²¹ Así, el miedo sin fundamento infundado en relación a la posible merma de la soberanía de los Estados queda diluido, toda vez que no se debe perder de vista, que los únicos parámetros universales de primacía de todo orden jurídico, son los Derechos Humanos, en especial, los contenidos en Tratados y Convenciones Internacionales.¹²²

2.2 El artículo 133 constitucional y la evolución jerárquica normativa de los Tratados Internacionales en México.

La jerarquía de las normas que integren un sistema jurídico, implica necesariamente una relación de supra y subordinación entre las mismas. La teoría constitucional clásica de Kelsen explicaba la supremacía de la Constitución como

¹¹⁹ Del Rosario Rodríguez, Marcos, *op. cit.*, nota 108, p. 46.

¹²⁰ Flores Saldaña, Antonio, *op. cit.* nota 78, p. 102.

¹²¹ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al*, *op. cit.* nota 110, p. 19.

¹²² Del Rosario Rodríguez, Marcos, *op. cit.*, nota 108, p. 68.

la cúspide de la jerarquización de las leyes, donde la misma Constitución era el pináculo de la cascada jurídica y por ende, la norma suprema.¹²³

En México, el debate sobre la jerarquía normativa ha sido constante en lo que se refiere a la posición de los Tratados Internacionales respecto a la Constitución. La interpretación del numeral 133 constitucional se vio ajustada al nuevo paradigma de apertura al derecho internacional que trajo consigo la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos.¹²⁴

El artículo 133 constitucional refiere a la letra que:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Esta redacción puede considerarse un tanto ambigua, ya que no precisa el orden jerárquico entre las leyes constitucionales y los tratados internacionales, que acumulados vienen a ser la Ley Suprema de toda la Unión, lo que ha propiciado que se hayan formulado diversos criterios, entre ellos, “el otorgamiento de un rango jerárquico igual entre las leyes del Congreso de la Unión y los tratados internacionales, o bien, la primacía de las primeras frente a los segundos, y en el último de los casos, de los tratados internacionales frente a las leyes del Congreso de la Unión.¹²⁵

La interpretación de este artículo hizo que en un primer momento se emitiera el criterio jurisprudencial consistente en posicionar a la Constitución Nacional en la cúspide y debajo de ésta a los tratados internacionales y a las leyes del Congreso de la Unión con igual rango de jerarquía¹²⁶, en la tesis con el rubro “TRATADOS

¹²³ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al*, *op. cit.* nota 110, p. 49.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 52.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 53.

¹²⁶ Bernal Arellano, Jhenny Judith, *op cit.*, nota 63, p. 10.

INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA”.¹²⁷

Posteriormente se proyectó a la Constitución Nacional en la cima, después a los tratados internacionales y debajo de éstos, a las leyes federales y locales, bajo la tesis con el rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.¹²⁸

En una tercera interpretación, se coloca a la Constitución Federal en la cumbre, posteriormente después de ésta a los tratados internacionales y debajo de éstos a los tratados internacionales y debajo de éstos, a las leyes generales, federales y las leyes locales, tesis que al rubro refiere “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”.¹²⁹

Poco antes de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011, que vino a cambiar radicalmente los anteriores criterios, ya existía un juicio del Máximo Tribunal del país sobre los tratados internacionales en tratándose de dicha materia, conforme a la tesis emitida en mayo de 2010 que al rubro refiere “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE AL NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”.¹³⁰

De esta forma, la reforma vino a cambiar la posición piramidal de la jerarquía de leyes al incorporar al texto constitucional, los principios de

¹²⁷ [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 151-156, Sexta Parte; Pág. 196.

¹²⁸ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Noviembre de 1999; Pág. 46. P. LXXVII/99.

¹²⁹ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 6. P. IX/2007.

¹³⁰ [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; Pág. 2079. XI.1o.A.T.45 K

interpretación de derechos humanos que se establecen en el actual artículo primero constitucional.¹³¹

Cabe referir que nuestro país prevé requisitos de fondo y forma para la adopción de tratados internacionales al orden jurídico interno. Es en el artículo 89, fracción X, donde se faculta expresamente al Presidente de la República para la celebración de los mismos, que deberán ser ratificados por el Senado en concordancia con el artículo 76 constitucional, los que necesariamente tendrán que esclarecerse para verificar si armonizan con la Constitución.

El valor jerárquico que cada Estado le otorgue a los instrumentos internacionales, puede clasificarse en los siguientes niveles¹³²:

- a) Supraconstitucional. Los tratados internacionales prevalecen sobre la propia Constitución del Estado.
- b) Constitucional. Los tratados se posicionan en la misma jerarquía normativa que la Constitución del Estado, es decir, los tratados adquieren un rango constitucional dentro del orden jurídico interno.
- c) Supralegal. Los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes internas ordinarias, pero por debajo de la Constitución.
- d) Legal. Los tratados internacionales tienen el mismo rango jerárquico normativo que las normas internas ordinarias.

De acuerdo a la clasificación anterior, puede decirse que el Estado mexicano evolucionó desde un rango legal hasta uno constitucional con la citada reforma en materia de derechos humanos.

2.3 Acción de inconstitucionalidad 155/2007

Antes de que se resolviera en definitiva la posición jerárquica normativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos respecto a la

¹³¹ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al*, *op. cit.* nota 110, p. 58.

¹³² *Ibidem*, p. 61.

Constitución, una de las decisiones más trascendentes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia tras la reforma constitucional en la materia comentada de 2011, que implicó la aplicación del principio *pro persona* entre la Constitución y un instrumento internacional, fue la acción de inconstitucionalidad 155/2007¹³³.

De la citada acción de inconstitucionalidad se desprendieron tres conclusiones¹³⁴:

- a) Los tratados internacionales de derechos humanos funcionan como parámetro de validez en el control abstracto de regularidad de las normas generales que se realiza a través de las acciones de inconstitucionalidad;
- b) Los tratados Internacionales pueden ser invocados *ex officio* por la Suprema Corte al efectuar su trabajo de control, y
- c) Cuando exista una ausencia de correspondencia y no sea posible la conciliación entre las restricciones expresas de la Constitución frente a las disposiciones que se contienen en los instrumentos internacionales, se tendrá que llevar a cabo la inaplicación de dichas restricciones, en razón de la incorporación del principio *pro persona* al texto fundamental del país.

El planteamiento en la acción de inconstitucionalidad en comentario, efectuada por el Procurador General de la República¹³⁵, consistió en la solicitud de invalidez de los artículos 72, fracción V, y 73, fracción V, de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán, ya que los consideraba violatorios de los artículos 5º, 16, 21 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dichos preceptos establecían:

Artículo 72. Corresponde a la Secretaría de Salud la imposición de sanciones por la comisión u omisión de los supuestos previstos en las fracciones IV, VI, IX, X, XII y XIII del artículo 68 de esta Ley, y que serán las siguientes:

[...]

¹³³ Disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/compila/inconst/228inconst_30oct12.doc

¹³⁴ Herrera García, Alfonso, *op. cit.*, nota 64, p. 148.

¹³⁵ Acción de inconstitucionalidad 155/2007, *cit.*, nota 133, p. 7.

V. Al padre o tutor responsable que incumpla lo previsto en la fracción XII del artículo 68, será acreedor de una amonestación con apercibimiento, en caso de reincidencia dentro de un período de un año, será acreedor a la realización de trabajos en favor de la comunidad.

Serán considerados en esta Ley como trabajos en favor de la comunidad, los que se realicen para la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas o de asistencia social, o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo hasta en 100 jornadas, en horarios distintos al de las laborales que representen la fuente de ingresos para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder a la jornada extraordinaria que determine la Ley Laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad que la Secretaría de Salud determine;

Artículo 73. Corresponde a la Secretaría de Salud y al juez calificador municipal, y a falta de éste, al presidente municipal, de acuerdo al ámbito de su competencia, la imposición de sanciones por la comisión u omisión de los supuestos previstos en las fracciones V, VII, VIII, XI y XIV del artículo 68 de esta Ley, que serán las siguientes:

[...]

V. A quien o quienes incumplan lo señalado en la fracción XIV del artículo 68, se le impondrá una multa de entre 20 hasta 300 veces el salario mínimo, en caso de reincidencia se le impondrá como sanción la realización de trabajos a favor de la comunidad.”

El punto neural a efecto de nuestro estudio, radicó en el primer concepto de invalidez, pues el promovente argumentó que las disposiciones que impugnó eran inconstitucionales, ya que facultaban a las autoridades administrativas para imponer una sanción como pena, considerando que contravenía el numeral 21 de la Constitución Federal, ya que éste señalaba que la imposición de las penas era propia y exclusiva de la autoridad federal¹³⁶.

En ese sentido, no podía considerarse a las penas y a las sanciones administrativas como sinónimos, ya que el numeral 18 de la Constitución General, realizaba la distinción entre la imposición de penas por parte de la autoridad

¹³⁶ *Idem.*

judicial y a la ejecución de ésta a través de la autoridad administrativa. Además, se contravenía el artículo 5º del propio texto fundamental, el cual implantaba que nadie podía ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno conocimiento, con la excepción del trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial¹³⁷.

La Corte refirió que en el transcurso de la presentación de la referida acción de inconstitucionalidad 155/2007 y su resolución, existieron dos importantes reformas constitucionales que le obligaban realizar un estudio dentro del nuevo marco fundamental¹³⁸. La primera fue la efectuada en el párrafo cuarto del numeral 21 de la Constitución el 18 de junio de 2008, para que se estableciera:

Artículo 21.- [...]

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Esto significó que dentro de la propia Constitución, respecto a la libertad de trabajo, se instauraba que nadie podía ser compelido a realizar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, con la excepción de que fuera impuesto como pena derivada de una ley por la autoridad judicial y cuando fuera derivada de una infracción a un reglamento gubernativo y de policía¹³⁹.

La segunda reforma que citó, lo fue la publicada el 10 de junio de 2011, en la que se reformó - entre otros- el artículo primero constitucional, el cual, como se ha referido en líneas anteriores.¹⁴⁰ Por lo que en concatenación a dicho numeral y

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 8.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ *Supra*, p. 19.

al parámetro de control de regularidad constitucional instituido en el expediente Varios 912/2010, el cual se refiere a un cúmulo de normas que determina la regularidad o la validez de las propias normas que integran al sistema jurídico mexicano favoreciendo en todo momento a las personas con la protección más amplia¹⁴¹.

El parámetro en comentario, deducido del párrafo 31 del Expediente Varios 912/2010, se compone por:

- a) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- b) Todos los derechos humanos contenidos en Tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte;
- c) Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

El Máximo Tribunal del país reseñó que corresponde a los jueces, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, la realización de un examen valorativo procedente del principio *pro persona*. Consecuentemente, al resolver las acciones de inconstitucionalidad, no deben limitarse a lo que implante la Constitución, sino que deben sumarse los tratados internacionales aun cuando no hayan sido invocados.¹⁴²

Por tanto, la Corte citó a tres instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano a fin de cumplir con lo estipulado en el numeral primero constitucional para determinar si es compatible con el derecho al trabajo que las autoridades administrativas pudieran imponer a los particulares, trabajos a favor de la comunidad.¹⁴³

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴² *Ibidem*, p. 10.

¹⁴³ *Ibidem*, p.p. 11.

Los artículos y tratados internacionales invocados¹⁴⁴ fueron el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, que concretamente para el tema que se trata, en su artículo 2.2 refiere que:

(...) Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión «trabajo forzoso u obligatorio» no comprende:

(...)

c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

Además del artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone:

3.

a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; (...).

Y finalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 6º, prevé:

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.p. 11-13.

Artículo 6º. Prohibición de la esclavitud y servidumbre

(...)

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada la pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

- a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

De lo que se desprende que la tríada de instrumentos internacionales en cita, coinciden en proscribir el trabajo forzoso u obligatorio, pero no así al trabajo obligatorio impuesto por un juez o tribunal en razón del cumplimiento de una pena. Como hasta la fecha de resolución de la acción de inconstitucionalidad en comentario, eran los únicos tratados suscritos por México relativos a los trabajos forzados u obligatorios, la Corte dicta que el marco internacional es uniforme en el sentido de prohibir trabajos forzados, con la salvedad de que sean aplicados por una autoridad jurisdiccional.¹⁴⁵

Al contrastarse con la Constitución Federal que admiten que las autoridades jurisdiccionales puedan asignar trabajos como pena, en cuanto excepción directa al derecho del trabajo contenido en el artículo quinto del citado texto constitucional y a las autoridades administrativas como sanciones por infracciones a reglamentos gubernativos o de la policía, se advierte que los tratados internacionales asumen

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 13.

una prohibición genérica para cualquier autoridad estatal (incluidas las administrativas, con la salvedad de las judiciales).¹⁴⁶

La Corte al momento de resolver cual ordenamiento protegía mejor a las personas, sobre la base del principio *pro persona* instaurado en el artículo primero constitucional para determinar el parámetro de control sobre las normas relacionadas con el asunto en comento resolvió que eran los tratados internacionales los que daban un mayor rango de salvaguardia.¹⁴⁷

Lo anterior, en virtud de que interfieren en menor medida al ejercicio de la libertad de trabajo, pues estableció que los citados estándares convencionales, restringen en mayor medida las posibilidades y modalidades en las que el Estado puede interferir con la citada libertad de trabajo, al dictar que solamente las autoridades jurisdiccionales son las que pueden imponer como pena a las personas la realización de ciertas labores aun sin su anuencia, excluyendo a las autoridades administrativas como facultadas para implantar ese tipo de trabajo como sanción.¹⁴⁸

Por tanto, al decidirse que los tratados internacionales prevalecían sobre la Constitución como parámetro de validez, el Máximo Tribunal estimó innecesario el estudio de los demás conceptos de invalidez, pues referían lo relativo al número de jornadas en qué consistiría la sanción. La resolución finalmente dictaminó que debía declararse la inconstitucionalidad de los artículos 72, fracción V así como su párrafo segundo; 73 fracción V y 70, fracción VII, de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán¹⁴⁹.

Si bien no se estableció expresamente la inaplicación del artículo 21 constitucional, fue un gran avance en los criterios judiciales del país a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, pues la Constitución, al ser interpretada conforme a los tratados internacionales, resultó

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴⁸ *Idem*

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.p. 14-15.

inconveniente en la porción normativa de su numeral 21 relativo a la imposición de trabajos forzados como sanción por autoridad administrativa.¹⁵⁰

Si bien la carga argumentativa de la Suprema Corte en el presente caso fue endeble, dado que como se pudo apreciar, no ofrecieron mayores explicaciones más allá de reseñar la menor restricción a la libertad de trabajo contenida en los tratados internacionales respecto a trabajos forzados a favor de la comunidad, representó un gran avance en materia de constitucionalidad-convencionalidad en los albores de la incorporación de los derechos humanos en nuestro sistema jurídico nacional.

2.4 Contradicción de tesis 293/2011

El día tres de septiembre del año 2013, la Suprema Corte de Justicia se pronunció en definitiva respecto a la posición jerárquica de los tratados internacionales respecto a la Constitución, en materia de derechos humanos. El otro aspecto que se trató, lo fue el carácter de la jurisprudencia en materia de Derechos Humanos, proveniente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para dilucidar si tenía que ser orientadora o vinculante.

La contradicción de tesis 293/2011 (CT 293/2011 de ahora en adelante), versó sobre enfrentamiento de los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. La denuncia fue interpuesta por el abogado en litigio estratégico, el Doctor Gumesindo García Morelos, respecto a los criterios sostenidos de los citados tribunales, en el amparo directo 1060/2008 y los amparos directos 344/2008 y 623/2008, respectivamente.

El ponente a quien se turnó el caso, fue el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, mismo que defendió la idea de que la Constitución, a raíz de la reforma constitucional de 2011, establecía un nuevo catálogo de derechos humanos, constituidos por los contenidos en la propia norma constitucional, como aquellos

¹⁵⁰ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 48, p. 50.

que provenían de fuente convencional, lo que se traducía en que, sin importar su origen, los derechos humanos no tenían una relación escalonada¹⁵¹.

Sin embargo, el Ministro Pardo Rebolledo objetó el juicio de que dichos derechos, constituían una masa que debían articularse y coordinarse por medio de principios y técnicas de interpretación,¹⁵² en razón de que la cuestión era establecer que debían hacer los juzgadores en los casos en que la Constitución estableciera un límite o un derecho humano y existiera un tratado en el que el mismo derecho, se encontrara robustamente protegido (como el caso del arraigo).¹⁵³

Su argumento se basó en el texto del artículo primero constitucional que a la letra dicta como ya se ha visto en líneas precedentes:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humano 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.

Y es que en su voto concurrente, el Ministro Pardo reiteró que si bien coincidía en que los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales se instauran en rango constitucional, era necesario atender a la salvedad establecida en el artículo primero, citado en el párrafo próximo anterior, para valorar que en los casos que la Constitución reconozca un derecho, pero marque alguna restricción expresa a su ejercicio, los Tratados Internacionales no pueden rebasar ese límite.¹⁵⁴

Este punto de inflexión, consistente en la posición de las restricciones constitucionales frente a los Tratados Internacionales, fue el ápice del debate en la

¹⁵¹ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 26 de agosto de 2013, p. 28, https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/26082013PO.pdf.

¹⁵² Salazar Ugarte, Pedro, *et al.*, *op. cit.*, nota 106, p. 31.

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ Contradicción de Tesis 293, nota 151, p.p. 131-132.

CT 293/2011. Además, el esquema jerárquico que han tenido los propios Tratados Internacionales, ha pasado por varias interpretaciones de la Suprema Corte, como pudimos advertir en el apartado anterior. La propia CT 293/2011 refirió que “para este Alto Tribunal, del artículo 133 constitucional se desprende una noción de jerarquía formal de las normas que integran el sistema de fuentes, según la cual los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución y por encima del resto de normas jurídicas que forman parte del entramado normativo mexicano”.¹⁵⁵

El criterio de jerarquía de los tratados internacionales, no es aplicable tratándose de los que contienen derechos humanos. La Corte determinó en la CT en comento, que resulta insatisfactorio dicho criterio escalonado, tanto por los alcances de los precedentes matizados que le dieron origen, como por la necesidad de adoptar un nuevo enfoque que responda a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.¹⁵⁶

La Constitución, de acuerdo al artículo primero, reconoce normas de derechos humanos de fuente internacional. Es decir, excluye a las normas que no sean de derechos humanos, contenidos en las convenciones internacionales que ha firmado el Estado mexicano. Por lo que es dable afirmar que pueden ser incorporados al texto fundamental, los derechos humanos que estén previstos en tratados que no sean de esa materia.¹⁵⁷

Lo notable entonces de la reforma constitucional de 2011, consistió en que incorporó derechos humanos reconocidos en tratados internacionales en el catálogo que ya “otorgaba” la Constitución, para ahora reconocerlos, tanto a éstos como a aquellos de fuente convencional. Por tanto, resulta irrelevante el origen de un derecho humano, sea de la Constitución o de un Tratado Internacional, ya que el numeral primero del texto fundamental, expresamente refiere su integración al mismo.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Idem*, p. 24

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.p. 27-28.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.p. 29-30.

Por ende, “los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos”.¹⁵⁹ Sin embargo, la forma en que deben relacionarse los derechos humanos reconocidos en las fuentes interna y externa, conllevó a reconstruir la sustancia de la supremacía constitucional, basada en las restricciones.¹⁶⁰

La Corte interpretó (de manera literal), los tres primeros párrafos del artículo primero constitucional, dictaminando¹⁶¹:

1. Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los cuales México es parte, constituirán un mismo conjunto o catálogo de derechos.
2. La existencia de dicho catálogo, tendrá por origen a la propia Constitución.
3. El referido catálogo deberá utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos, y
4. Las relaciones entre los derechos humanos que conforman este conjunto, deben resolverse a partir de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos –lo que excluye la jerarquización de los mismos-, así como del principio pro persona, como herramienta que armoniza y hace dinámica la funcionalidad del catálogo constitucional de los derechos humanos.

La Corte con base en esos razonamientos estimó:

Como expresamente se estableció en el artículo primero constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1º constitucional, cuando en la

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.30.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.31.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.36.

Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.¹⁶²

Así, tenemos la nueva reestructuración del principio de supremacía constitucional, pues se ha ampliado con la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional, la cual debe analizarse desde la regla del numeral 15 de la Constitución. Con los principios pro persona, de interpretación conforme y progresividad, establecidos en el multicitado artículo primero constitucional, se permite el reconocimiento de nuevos derechos humanos, con el requisito indispensable de no menoscabar el contenido y alcance de los derechos previamente reconocidos e integrantes del parámetro de control de regularidad constitucional.¹⁶³

El Pleno de la Suprema Corte emitió entonces la siguiente jurisprudencia:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

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. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como

¹⁶² *Ibidem*, p.37.

¹⁶³ *Ibidem*, p.51.

norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen 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.¹⁶⁴

Es interesante observar los razonamientos del voto particular que emitió el Ministro José Ramón Cossío Díaz, ya que estimó lo que se resolvió resultó contrario a lo establecido en el propio artículo primero constitucional. En primer lugar manifiesta su inconformidad al consenso que hubo entre los magistrados del más Alto Tribunal del país, ya que consideró que en una diversidad de temas es plausible tratar de construir acuerdos en la Suprema Corte, sin embargo en los fallos en los que el convencimiento sobre la interpretación que debe darse a la Constitución, no puede conferir arreglos. El tema de los derechos humanos tiene estas particularidades¹⁶⁵, ya que no se dimensionó el peso de principio pro persona, contenido en el párrafo segundo del artículo primero constitucional, por tanto no puede establecerse prevalencia de normas constitucionales en los casos en que instauren restricciones.¹⁶⁶

Dado que el multicitado artículo primero constitucional refiere que las personas que residan en el Estado mexicano, gozarán de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución y en los Tratados Internacionales,

¹⁶⁴ Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014; Tomo I; Pág. 202. P./J. 20/2014 (10a.).

¹⁶⁵ CT 293/2011, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>, p. 73.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.73-74.

otorgándoseles la protección más amplia, con la salvedad de las restricciones constitucionales expresas, “se está desconociendo lo dispuesto en el propio texto constitucional, en razón del desplazamiento que se hace de los derechos de fuente convencional frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución nacional, utilizándose así un criterio jerárquico”.¹⁶⁷

En otras palabras, la posición de la mayoría originó la interpretación de que el derecho convencional es derrotado por el derecho constitucional, anulando la posibilidad de solucionar conflictos caso por caso, por la vía del principio *pro persona*. Lo anterior implica que la regla hermenéutica sea que lo contenido en la norma constitucional, pese más que la norma contenida en los tratados internacionales.¹⁶⁸

Por otro lado, en el voto aclaratorio y concurrente que formuló el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, refirió que fue necesario un consenso entre los miembros de la Corte a fin de encaminarse a una eficaz protección de los derechos humanos¹⁶⁹, dado que si bien su proyecto original instauraba la jerarquía constitucional de los derechos humanos, independientemente de su fuente, no se abordaba la temática de las restricciones expresas a su ejercicio.¹⁷⁰ Por tanto, el objetivo era arribar a un punto en el que se asegurara la plena vigencia de una nómina de derechos como parámetro de control de la regularidad de normas y actos jurídicos.¹⁷¹

La incorporación de la cláusula de las restricciones constitucionales expresas, fue a palabras del Ministro Zaldívar, la mejor posible por las siguientes consideraciones¹⁷²:

- a) Se debía establecer un criterio homogéneo que sirviera de base para la resolución de conflictos en distintas jurisdicciones sobre el tema del posicionamiento jerárquico de los derechos humanos de fuente internacional;

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.75.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.76.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 141.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 143.

¹⁷¹ *Ibidem*, p.144.

¹⁷² *Ibidem*, p. 146.

- b) De haberse sostenido su proyecto original y esperar a que fuera otro Ministro quien elaborara un sucedáneo, habría resultado estéril por la postura ya tomada por los demás integrantes; y
- c) No podía postergarse tampoco el debate esperando una nueva integración del Pleno, lo que habría conducido a resolver la contradicción hasta después de 2015, pues tampoco garantizaba un consenso distinto al tomado en ese año de 2013.

Sin embargo, no debe entenderse a las restricciones como límites, modalidades o configuraciones que pueden adoptar conforme a la Constitución¹⁷³, ya que los términos “restringir” o restringirse”, pueden adoptar distintos significados en contextos afines a los derechos humanos.¹⁷⁴

Los ejemplos citados por el Ministro Lelo de Larrea, lo son el término establecido en el numeral 29 el cual insta que el ejercicio de los derechos humanos podrían restringirse siempre y cuando exista “casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”.¹⁷⁵

En otro sentido, la Constitución recurre al término “restringir” en otros supuestos diferentes al enunciado en líneas precedentes, como es el caso de las restricciones contenidas en su artículo 7 respecto al derecho a difundir opiniones, información e ideas a través de cualquier medio¹⁷⁶ o bien la eventual restricción a las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada, contenida en su numeral 18.¹⁷⁷

El soporte de las restricciones está contenido en el propio derecho internacional, al referir la Corte Interamericana que salvo algunos derechos que no están en la posibilidad de ser restringidos, como la prohibición de la tortura, los derechos humanos no son absolutos. Así, tendremos que es legítimo restringir algunos, no obstante, en palabras del propio Ministro “el problema central no se

¹⁷³ *Ibidem*, p. 148.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 149.

ubica en la discusión de la legitimidad de la existencia de dichas restricciones, sino más bien en la valoración caso por caso de cada una de éstas a la luz de las exigencias que impone la vigencia de un Estado democrático y constitucional de derecho”.¹⁷⁸

La cuestión que no comparte, es que si bien se acepta que los derechos humanos no son absolutos, se llega al punto de interpretar a las restricciones como figuras metaconstitucionales y vaciar de contenido y nulificar a los propios derechos.¹⁷⁹

En efecto, no todas las restricciones vulneran lisa y llanamente derechos humanos, como lo son modelos comprendidos por el margen de apreciación nacional de los Estados, del que se podrá apreciar en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, ventilado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las restricciones permitidas con base en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o las que cumplen los parámetros de legalidad, proporcionalidad o razonabilidad, como podría ser el caso de la restricción a la circulación por seguridad nacional u orden público.¹⁸⁰

Lo que aduce el Ministro Zaldívar es que los derechos humanos deben ser interpretados de una manera armónica y conforme a los demás contenidos constitucionales, maximizando su rango de protección y reduciendo las posibles restricciones a su ejercicio. Aunado a que esta exégesis debe sustentarse en los principios de no discriminación, *pro persona*, interpretación conforme, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los cuales son proyectados en el numeral primero constitucional.¹⁸¹

Si bien hubo grandes avances en la resolución de la presente contradicción de tesis, también existieron los retrocesos. Con las modificaciones que finalmente recayeron en el cuerpo de la sentencia en comentario, se ganó en lo principal pero

¹⁷⁸ *Idem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 150.

¹⁸⁰ Guía Ferrer, Marte, *Restricciones constitucionales frente al principio pro persona*, en García Mora, Ricardo (coord.), *Tópicos Jurídicos Contemporáneos*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2016, p. 44.

¹⁸¹ CT 293/2011, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>, p. 151.

se perdió en lo accesorio. La cuestión ya no estriba en cuáles son nuestros derechos, sino los alcances y efectos que las restricciones podrían imponernos.¹⁸²

En virtud de que lo vertido hasta ahora, si prevalecerán siempre y en todo caso las restricciones, independientemente del camino o dispositivo utilizados, no puede decirse que exista realmente una integración de los derechos de fuente nacional e internacional en un mismo orden jerárquico, es decir, a nivel constitucional.¹⁸³

La Corte no esgrimió en la contradicción en comentario un concepto definitivo sobre cuándo debe entenderse que estamos ante una restricción constitucional expresa, sin embargo, pudieron extraerse algunas consideraciones preliminares que se irían moldeando e incluso modificando respecto a los casos por resolver en un futuro como podremos apreciar en las siguientes páginas. Respecto a lo que pudo entenderse en un primer momento en la contradicción de tesis 293/2011 fue lo siguiente¹⁸⁴:

- a) Se consolida que el parámetro de validez de la actuación de los órganos públicos lo conforman los derechos humanos de fuente nacional e internacional;
- b) Los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen rango constitucional. La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para el Estado Mexicano, incluso en los casos en que éste no haya sido parte, lo cual representa un gran avance respecto a lo estipulado en el Expediente Varios 912/2010 en el que se había determinado que era vinculante solamente cuando México formara parte del litigio y orientador en los casos que no lo fuera.
- c) Se establece la regla general de que los operadores jurídicos deben elegir la norma más favorable a los derechos humanos en caso de conflicto, con la salvedad de que cuando sobrevenga una restricción constitucional expresa, se estará a lo que indique la misma.

¹⁸² Salazar Ugarte, Pedro y otros, *op. cit.*, nota 106, p. 39.

¹⁸³ Cossío Díaz, José Ramón, *et al*, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015, p.p. 37-38.

¹⁸⁴ Silva García, Fernando, *op. cit*, nota 73, p. 356.

- d) Respecto a las restricciones constitucionales expresas desarrolladas en legislaciones secundarias, se debe ejercer un control judicial integral (sustentado además en el artículo 103 de la Constitución), pues dada la votación y el contenido de la resolución, se debe respetar cuando menos los derechos y garantías constitucionales que la rodean.

2.5 Contradicción de tesis 299/2013

Las tesis emitidas de la contradicción 293/2011, vinieron a consolidar la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, al establecer en definitiva la posición constitucional de dichos derechos de fuente internacional, salvo exista una restricción a su ejercicio en el texto fundamental. Por otro lado, se vinculó a México en el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana aun cuando éste no haya sido parte, abandonando el criterio establecido en el Expediente Varios 912/2010.

El discernimiento de que las restricciones constitucionales pesan más que la eventual mayor protección de derechos por normas de origen convencional, sometió a un límite al principio pro persona. El control judicial de la jurisprudencia que restringiera derechos humanos pudo haber sido una salida respecto a dicho tópico. Sin embargo, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dio respuesta a esta interrogante en la contradicción de tesis, la 299/2013.

La decisión adoptada no fue consistente con el principio pro persona, ya que por un lado la Corte ha determinado que una norma de fuente legislativa si puede ser sujeta a un control judicial y ser inaplicada por cualquier juez del país si es violatoria de derechos humanos, sin embargo, en la contradicción que se trata, se estableció que no puede realizarse un ejercicio similar con la jurisprudencia que ella misma emite.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Cossío Díaz, José Ramón y Lara Chagoyán, Roberto, “¿Qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, año 1, no. 1, julio-diciembre de 2015, p. 171.

El asunto versó entre los criterios sustentados por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con residencia en Guadalajara, en apoyo del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, siendo ponente el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien desde la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007 y la Contradicción de Tesis 293/2011, impuso a debate en el Máximo Tribunal del país, el tema de las restricciones constitucionales expresas.

Los razonamientos contendientes consistieron, por lo que respecta al Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito (amparo directo 210/2013), que fue derivado de una causa penal, se estimó que los quejosos eran responsables de varios ilícitos, específicamente, del de contrabando presunto, previsto y sancionado por el numeral 103, fracción II del Código Fiscal de la Federación.¹⁸⁶

Los impetrantes de derechos consideraron que esa norma violaba el principio de presunción de inocencia, pues la carga probatoria para acreditar ilícitos correspondía al Ministerio Público. Por otro lado, discurrieron que la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁸⁷, en concordancia con la norma referida, transgredía la Constitución Federal, el Pacto de San José y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁸⁸

El Tribunal Colegiado estimó inoperantes los agravios con base en el numeral 192 de la Ley de Amparo refiere que la jurisprudencia emanada del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte son de observancia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales del país.¹⁸⁹ Aunado a que en caso de desaplicarlas, se contravendría lo dispuesto en el artículo 94 en su párrafo octavo, de la

¹⁸⁶ Contradicción de tesis 299/2013, disponible en:

<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153439>, p. 5.

¹⁸⁷ CONTRABANDO PRESUNTO DE VEHÍCULOS EXTRANJEROS. SE PRESUME QUE FUERON INTRODUCIDOS AL TERRITORIO NACIONAL POR QUIEN LOS POSEA, LOS PORTE O SE OSTENTE COMO SU PROPIETARIO FUERA DE LA ZONA DE VIGILANCIA ADUANAL, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 102 Y 103, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN). Localización: [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Julio de 2005; Pág. 68. 1a./J. 83/2005.

¹⁸⁸ CT 299/2013, *cit*, nota 186, p. 5.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 7.

Constitución General de la República, en atención a que se determina la obligatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, incluyendo naturalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁹⁰.

Por otro lado, en lo que respecta a los razonamientos del Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región (amparo directo 122/2013), que también derivó de una causa penal en donde se había determinado que el quejoso era penalmente responsable de la comisión del delito presunto, en las resoluciones del Juez Segundo de Distrito en el Estado de Durango y posteriormente por el Magistrado del Tribunal Unitario del Vigésimo Quinto Circuito¹⁹¹, se calificaron los argumentos del impetrante de derechos, como fundados.

El Tribunal en cita fijó que la sentencia que se reclamaba, se había emitido el treinta y uno de enero de dos mil trece, fecha posterior a la iniciación de la vigencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, en la que se habían incorporado la interpretación conforme y el principio pro persona.¹⁹²

La Magistratura Colegiada estimó que el control difuso de convencionalidad, deviene del artículo primero constitucional, el cual consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos, normas y jurisprudencia nacionales frente a los instrumentos nacionales de protección de derechos universales, además de la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como último intérprete de ese cuerpo normativo.¹⁹³

De acuerdo a lo anterior, era dable sostener que todas las autoridades, incluyendo en especial a las jurisdiccionales, debían inspeccionar si el acto, norma e incluso a la jurisprudencia misma, como fuente formal del derecho emanada de

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 8.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² *Ibidem*, p. 9.

¹⁹³ *Idem*.

la confirmación, supletoriedad e interpretación de ella, respeta íntegramente los derechos fundamentales que reconoce tanto la Constitución, como los instrumentos internacionales, universales y regionales que son de observancia obligatoria para México.¹⁹⁴

De lo anterior, se advirtió que la jurisprudencia 83/2005 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, empleada para dar sustento a la sentencia que se reclamaba y la que a su vez confirmó la del Juez de Distrito, resultaba inconveniente a la luz de los principios actuales y vigentes de interpretación constitucional, previstos en los artículos 1º y 133 del texto fundamental¹⁹⁵. Por lo que al inaplicar al caso concreto la citada interpretación jurisprudencial, se cumplía con lo instaurado con el principio *pro persona*, es decir, la protección más amplia a favor del revisionista.¹⁹⁶

El Pleno de la Corte para dar resolución a la contradicción planteada, partió de la cuestión de si la jurisprudencia del Máximo Tribunal podía ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, por parte de los jueces nacionales, cuando se advirtiera que resultaba violatoria de algún derecho humano reconocido en la Constitución General o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano fuera parte.¹⁹⁷

La Suprema Corte apuntó que no era impedimento para la resolución de la contradicción, que los numerales invocados en los criterios fijados por los Tribunales Colegiados (192 y 194), no se encontraban en vigor, por pertenecer a la Ley de Amparo que se había abrogado en abril de 2013, pues era posible que existieran casos pendientes, que regulados por los mismos, debieran resolverse con base en la tesis que se estableciera en el asunto en comentario.¹⁹⁸

Aunado a que el tema de la inaplicación o no de la jurisprudencia por medio del control *ex officio* de constitucionalidad y/o convencionalidad, era trasladable a la entonces Nueva Ley de Amparo, que había entrado en vigor en abril del año

¹⁹⁴ *Ibidem*, p 10.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹⁹⁸ *Idem*.

2013, ya que el contenido de los numerales 192 y 194 de la anterior Ley de Amparo, había quedado irradiado en los preceptos 217 y 228 de la Ley de Amparo en vigor.¹⁹⁹

La Suprema Corte reseñó que era indubitable que las autoridades del país, en especial las jurisdiccionales, tenían que velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal como en los tratados internacionales celebrados por México, adoptando la interpretación más favorable, con la salvedad de las restricciones constitucionales expresas y preferir los derechos humanos contenidos en la propia Constitución y en los instrumentos internacionales signados por el Estado mexicano, aun a pesar de las disposiciones en contra que pudieran encontrarse en cualquier norma de inferior.²⁰⁰

Sin embargo, y al margen de lo expuesto, incluso si los jueces nacionales están facultados para ejercer el control de convencionalidad, no les proporciona la potestad para dilucidar si las jurisprudencias emitidas por el Máximo Tribunal contraviene o no, una norma convencional.²⁰¹ Lo anterior fundamentalmente en razón de las siguientes consideraciones:

- a) Seguridad jurídica. Tutelada por los artículos 14 y 16 constitucionales, la cual desaparecería si la obligatoriedad de la jurisprudencia estribara en el ejercicio interpretativo de los órganos judiciales que por disposición legal, tienen el imperativo de obedecerla, por disposición expresa del artículo 192 de la Ley de Amparo abrogada y 217 de la Nueva Ley de Amparo.²⁰² En el mismo sentido, se infiere desde el numeral 94 de la Constitución General, su obligatoriedad, en virtud de que se precisa que única las podrán emitir la Suprema Corte, Plenos de Circuito y Tribunales Colegiados de Circuito²⁰³.
- b) Referencia constitucional expresa de obligatoriedad. Si bien un órgano de grado inferior puede declarar inconvencional un precepto secundario

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 15.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 20.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 24.

²⁰² *Ibidem*, p. 26.

²⁰³ *Ibidem*, p. 31.

del sistema jurídico nacional, está impedido realizar lo mismo respecto a una jurisprudencia obligatoria ya que existe la referencia constitucional expresa²⁰⁴ de que la interpretación que haga la Suprema Corte, al dar anuencia a la Ley de Amparo, es de observancia imperativa.²⁰⁵

- c) Por ser respuesta integral al tema de fondo. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es insoslayable y de observancia inexcusable, ya que al existir interpretación respecto de un tema planteado, con su aplicación se da solución exhaustiva al tema de fondo.²⁰⁶
- d) No se trasgrede la obligación de ejercer un control de convencionalidad. En el caso de los Tribunales Colegiados, si observan una jurisprudencia que sea contraria a los derechos humanos y por tanto inconvencional, tienen a su alcance medios y procedimientos contemplados para combatirla, como es el procedimiento de sustitución de jurisprudencia.²⁰⁷

Por tanto, la Corte determinó que debe prevalecer, con el carácter de jurisprudencia, el siguiente criterio²⁰⁸:

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.

La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario

²⁰⁴ Art. 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (...) La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

²⁰⁵ CT 299/2013, *cit.*, nota 186, pp. 31-32.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 32.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 35.

²⁰⁸ *Ibidem*, p.37-38.

contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

Uno de los argumentos torales que refirió la Corte, detectado y criticado en el voto particular del Ministro Cossío Díaz²⁰⁹ (además publicado como artículo en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales)²¹⁰ fue la superioridad epistémica. Es decir, se está asumiendo que solamente ciertos órganos cuentan con el aforo suficiente para argumentar y razonar sobre lo que demanda la debida protección de derechos, sin embargo, esta idea contradice la concepción misma de los derechos humanos.²¹¹

Al establecer la Corte que sus decisiones están impermeables al imperio del principio *pro persona*, se estima que su jurisprudencia es infalible y que por tanto, no puede violar derechos humanos. Lo anterior es constitucionalmente inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho, ya que al permitir que solamente el

²⁰⁹ *Ibidem*, p.42-63.

²¹⁰ *Op. cit.*, nota 186, pp. 169-191.

²¹¹ *Ibidem*, p. 178.

propio Máximo Tribunal se pueda corregir a sí mismo, la protección más amplia a los derechos nuevamente queda limitada.²¹²

Con lo instaurado por la Suprema Corte, se arribó entonces a la conclusión definitiva que sus decisiones no pueden ser sometidas a un control de constitucionalidad/convencionalidad. Por tanto, las tesis emanadas de la contradicción de tesis 293/2011 refieren la última palabra frente a las restricciones constitucionales expresas: En colisión con el derecho internacional de los derechos humanos, prevalecerán siempre y en todo momento, lo contenido en el texto constitucional como en la jurisprudencia emanada del Máximo Tribunal, aun cuando violen claramente derechos humanos.

2.6 La consolidación de las restricciones constitucionales expresas: Expediente Varios 1396/2011

El expediente en cita²¹³ se refiere al cumplimiento de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú frente al Estado mexicano.²¹⁴

En su considerando “Cuarto” es donde se precisa que se determinaría para lo referido en líneas anteriores, en específico en el Poder Judicial de la Federación tomando como antecedente lo resuelto en la diversa consulta a trámite 489/2010. Por lo que respecta al considerando “Quinto” se reitera el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de sus criterios vinculantes.

En el citado considerando (“Quinto”) se refiere que cuando el Estado Mexicano ha sido parte en la controversia ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sentencia que se dicta en esa sede, junto a sus consideraciones, constituye cosa juzgada. Además, como México ha aceptado la jurisdicción de ese órgano jurisdiccional, todas sus sentencias son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, ya que el Estado ha sido parte en el litigio concreto.

²¹² *Ibidem*, pp. 179-180.

²¹³ Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5404091&fecha=14/08/2015

²¹⁴ Cossío Díaz, José Ramón *et al*, *op. cit.* nota 183, p. 119.

En el mismo sentido, el Tribunal Pleno ha determinado que el cúmulo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que resultan de casos en donde México no ha sido parte, son también vinculantes en cuando resulte más favorable en términos del principio pro persona, señalado en el artículo primero constitucional.

No obstante y en relación al tópico en comentario, en el considerando “Sexto”, en relación a las obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial, se refiere que para constituir y definir dichos deberes que debe cumplir, se considera necesario examinar la correspondencia que debe imperar entre los derechos humanos que la Corte Interamericana apreció como violentados, con los que están contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales que el Estado mexicano celebre, salvo que si alguno de los deberes se la resolución implica el desconocimiento de una restricción constitucional, deberá prevalecer en los términos instaurados por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011, con la jurisprudencia intitulada:

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”²¹⁵

En otras palabras, modificó la incorporación de las resoluciones de condena por parte de la Corte Interamericana instaurado, que primariamente se había establecido en el expediente Varios 912/2010, dando cabida al examen correspondiente respecto a las restricciones constitucionales expresas. La mecánica original era considerar una sentencia condenatoria de la Corte Supranacional, aplicable en sus términos, y sin embargo, se comenzó a agrietar por la concepción de restricciones constitucionales expresas instauradas en la

²¹⁵ *Supra*, nota 164.

contradicción de tesis 293/2011 y finalmente inmovilizadas parcialmente por Expediente Varios en comentario.²¹⁶

En suma, puede concluirse que si una salida a las restricciones constitucionales expresas, consistía en esperar una sentencia de la Corte Interamericana para que México modificara su Constitución, quedó virtualmente en el planeta de la utopía con el presente expediente, que si bien no tiene fuerza obligatoria expresa, si la toma implícitamente del propio artículo primero constitucional y de la primera tesis jurisprudencial emitida en la resolución de la contradicción de tesis 293/2011.

Por tanto, queda por dilucidar si México entonces ha respetado, como país sujeto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los derechos y libertades reconocidos por éste. Además, si ha adoptado, en consecuencia, las medidas suficientes para hacer efectivos los citados derechos y que pronunciamientos ha tenido la Corte Interamericana respecto a restricciones a derechos impuestas en sede interna.

²¹⁶ Cossío Díaz, José Ramón, *et al*, *op. cit.*, nota 183, pp. 123-124.

CAPÍTULO 3

LAS RESTRICCIONES A DERECHOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 3.1 *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.* 3.2 *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad.* 3.3 *El margen de apreciación nacional y las restricciones a derechos en la Convención Americana.* 3.4 *Margen de apreciación nacional: Castañeda Gutman vs. México.* 3.5 *La Constitución nacional frente a la Convención Americana: Olmedo Bustos vs. Chile.* 3.6 *El juicio de ponderación interamericano: Kimel vs. Argentina.*

3.1 *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*

Este sistema es una de las representaciones más novedosas y progresistas que gran parte del continente Americano se ha dotado para la férrea salvaguarda de los derechos y libertades en su región. Se le recurre por su amplitud, rango y cúmulo de mecanismos para hacer eficaces los citados derechos, cuando los medios internos han quedado agotados. Los informes, las recomendaciones, las opiniones consultivas, las medidas cautelares de la Comisión y las medidas provisionales de la Corte, así como sus resoluciones, han auxiliado a robustecer la defensa y promoción de los derechos humanos en América Latina.²¹⁷

En otras palabras, puede definirse como el “conjunto de instrumentos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos adoptados por los Estados de la Organización de Estados Americanos. A esto se suman los organismos encargados de su observancia: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

²¹⁷ Corcuera, Santiago y Guevara, José, *México ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal – Universidad Iberoamericana, 2003, p. 7.

(Corte IDH)²¹⁸, comprendiendo fundamentalmente, las referidas dos instituciones.²¹⁹

De acuerdo a la página electrónica oficial de la Organización de los Estados Americanos²²⁰, los documentos básicos de derechos humanos en el sistema americano son: a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, b) Acta Final de la V Reunión de Cancilleres, c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), d) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura, d) “Protocolo de San Salvador”: Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, e) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, f) “Convención de Belém do Pará”: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer, g) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, h) Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, i) Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, j) Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, k) Carta de la Organización de los Estados Americanos, l) Carta democrática interamericana, m) Declaración de principios sobre libertad de expresión, n) Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, ñ) Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o) Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p) Reglamento de la CIDH sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, q) Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, r) Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, s) Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos

²¹⁸ FUNDAR, disponible en: <http://fundar.org.mx/fundarsidh/sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>

²¹⁹ Pelayo Moller, Carlos María, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 9.

²²⁰ Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Humanos sobre el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, y t) Formulario para presentar peticiones sobre violaciones a los Derechos Humanos.

En lo que respecta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se puede referir que es “un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con sede en Washington D.C.”.²²¹ Su nacimiento se remonta a 1948, en el mes de abril, cuando la OEA aprueba en la capital de Colombia, Bogotá, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana, en la que de igual forma, se suscribió la Carta de la Organización de los Estados Americanos.²²²

En éste último instrumento referido, se estableció:

Artículo 106. Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.

Sustancialmente, la función de la Comisión Interamericana consiste en la investigación de violaciones a los derechos humanos, con base en las peticiones presentadas ante ella. Puede formular recomendaciones al Estado responsable para que se restablezca el goce de los derechos en la medida de lo posible, para que hechos análogos no se vuelvan a repetir en el futuro y los que hayan acontecido, se investiguen y se reparen.²²³

Actualmente, la Comisión está compuesta por siete miembros que tienen independencia en sus actuaciones, y no representan particularmente a ningún país. Son electos por la Asamblea General de la OEA para un período de cuatro años y tienen derecho a un período de reelección. Se reúne en períodos ordinario

²²¹ Pelayo Moller, Carlos María, *op. cit.*, nota 219, p. 10.

²²² *Ibidem*, p. 11.

²²³ Al efecto, véase: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/peticiones.asp>

y extraordinario de sesiones, varias veces anualmente. Su Secretaría Ejecutiva efectúa las labores que le encomienda la Comisión y otorga apoyo jurídico y administrativo en el desempeño de sus funciones.²²⁴

Su jurisdicción territorial para analizar cualquier denuncia de violación de derechos humanos es prácticamente todo el continente americano, en la que haya actuado un Estado que sea miembro de la Organización de los Estados Americanos, aun cuando la representación de su gobierno ha sido suspendida de dicha organización.²²⁵

Por otro lado, la misma Comisión ha definido con base en la Carta de la OEA y su propio estatuto, que aunado a las citadas denuncias de violaciones a la Convención Americana cometidas por los Estados que han suscrito ese instrumento, también tiene competencia para inspeccionar probables vejaciones a la Declaración Americana por parte de los Estados que son miembros de la OEA y que no obstante, no constituyen objeto de la Convención Americana.²²⁶

El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está regulado por los artículos 48 a 51 de la referida Convención Americana. En ella se estipula que el citado organismo al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la vulneración de cualquiera de los derechos que consagra el Pacto de San José, procediéndose de la siguiente forma (artículo 48 CADH):

- a) Admisión o rechazo de la petición o comunicación, solicitando informes al Estado del que pertenezca la autoridad señalada como responsable.
- b) Recibidas los informes o vencido el plazo para su emisión, verificará si subsisten las violaciones a derechos humanos, archivando el expediente en caso negativo.
- c) Realizará la declaratoria de inadmisibilidad o improcedencia de la petición o comunicación, con base en información o prueba superviniente.

²²⁴ Pelayo Moller, Carlos María, *op. cit.* nota 219, p. 12.

²²⁵ *Ibidem*, p. 14.

²²⁶ *Ibidem*, p.p. 14-15.

- d) Si no se ha archivado el caso y con el objeto de comprobar los hechos, podrá realizar una investigación más a fondo, con la ayuda de los Estados interesados en el expediente.
- e) Podrá pedir a los Estados interesados cualquier información que juzgue conveniente para la resolución del caso.
- f) Al ponerse a disposición de las partes interesadas, podrá llegar a una solución amistosa del conflicto.

En caso de lograrse un convenio, redactará un informe en el que se manifiesten los hechos y la solución alcanzada (artículo 49 CADH), transmitiéndolo a los Estados interesados. En caso negativo, podrá formular además, proposiciones y recomendaciones que estime necesarias (artículo 50 CADH).

Si transcurridos 90 días partiendo de la fecha de la remisión del informe a los Estados interesados, no se ha solucionado el pleito o sometido el caso al conocimiento de la Corte Interamericana, podrá emitir opiniones y conclusiones sobre la cuestión que se le haya sometido a su conocimiento, haciendo las recomendaciones pertinentes y señalando un plazo en el que el Estado tendrá que adoptar los mecanismos necesarios para corregir la situación encomendada (artículo 51 CADH).

Para que el caso pueda llegar a la Corte Interamericana, el artículo 45 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²²⁷ nos ilustra para tal efecto, al referir:

Artículo 45. Sometimiento del caso a la Corte

1. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte,

²²⁷ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>

salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos:
 - a. La posición del peticionario
 - b. La naturaleza y la gravedad de la violación;
 - c. La necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y
 - d. El eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Respecto a la historia de ese otro órgano del SIPDH, la Corte Interamericana, sus antecedentes se pueden encontrar en noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, donde se dio la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos y de la que se desprendió la redacción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978²²⁸.

Hasta el día de hoy, veinticinco países del continente americano han ratificado o se han adherido al instrumento en comentario: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (Venezuela y Trinidad y Tobago denunciaron a la Convención Americana en 2012 y 1998, respectivamente).²²⁹

La Convención ya había instrumentado dos órganos competentes para conocer de violaciones a derechos humanos, las citadas Comisión Interamericana y Corte Interamericana. La primera ya había iniciado sus funciones en 1960, sin

²²⁸ <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>

²²⁹ *Idem*.

embargo, el Tribunal no pudo instituirse y organizarse hasta que la Convención inició su vigencia.²³⁰

Los primeros jueces de la Corte Interamericana fueron elegidos por los Estados partes de la Convención en mayo de 1979, en el marco del séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, lo cual condujo a que el referido Tribunal Interamericano se situara oficialmente, en ceremonia que se llevó a cabo en el Teatro Nacional de San José el 3 de septiembre de 1979.²³¹

En el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA fue sancionado el Estatuto de la Corte y en 1980 se aprobó su Reglamento.

Posteriormente el 10 de septiembre de 1981, el Gobierno de Costa Rica y la Corte signaron un Convenio de Sede. En sus primeros años, de 1979-1980, la Corte no pronunció ninguna sentencia contenciosa; posteriormente en los siguientes siete años, 1986-1993, formuló quince sentencias; después en sus siguientes siete años, 1994-2001, enunció 56 sentencias; luego, durante 2001 a 2004, prorrumpió 28 sentencias contenciosas.²³²

Los Estados Parte y la Comisión son los facultados para someter un caso a su jurisdicción, siempre y cuando se haya consumido el procedimiento que el Pacto instaure ante la propia Comisión²³³. Al efecto, el artículo 61 de la Convención Americana describe:

Sección 2. Competencia y Funciones.

Artículo 61

1. Sólo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

²³⁰ *Idem*.

²³¹ Becerra Ramírez Manuel, *Introducción. Veinticinco años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vida fructífera y un futuro prometedor*, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. XIII.

²³² *Ibidem*, p. XVI.

²³³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 45.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Así, la Corte tiene competencia contenciosa para resolver de cualquier caso relacionado a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José que le sea dado a conocer, con el requisito indispensable de que los Estados Parte en el asunto hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, sea por declaración o convención especial (artículo 62.3 CADH).

Si la Corte estima que existió una vulneración a los derechos o libertades consagrados en la Convención Americana, ordenará que se garantice al lesionado el goce de lo que le haya sido conculcado. Además, si fuera procedente, dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha constituido el quebrantamiento de esos derechos y el sufragio monetario a la parte trasgredida (artículo 63 CADH).

En lo que respecta a su competencia consultiva, se prevé en el numeral 64 del Pacto de San José que dicta:

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

La primera Opinión Consultiva de la Corte precisó sus alcances²³⁴ (OC 1/82²³⁵). En lo que respecta al fallo de la Corte, éste tendrá que ser motivado y si no expresare en todo o en alguna porción la opinión unánime de sus integrantes,

²³⁴ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 46.

²³⁵ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf

cualquiera de ellos tendrá derecho a que se agote a la sentencia su opinión disidente o individual (artículo 66 CADH).

Su resolución será definitiva e inapelable. Si hubiere discrepancia respecto al alcance o sentido del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de alguna de las partes, siempre y cuando lo hagan dentro de los 90 días contados a partir de la fecha de la notificación de la sentencia (artículo 67 CADH).

Los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la sentencia del Tribunal Interamericano en todo caso en que sean partes del litigio (artículo 68.1 CADH). Su fallo de cualquier forma será notificado a las partes en el caso y transmitido a los demás partes que conformen parte de la Convención (artículo 69 CADH).

3.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad

La revisión judicial de los actos y normas forman una pieza primordial del Estado de Derecho, en la que los jueces han adoptado un rol central en la construcción de sociedades democráticas y en la protección de los derechos y libertades públicas de los gobernados.²³⁶

El Poder Judicial en América Latina, históricamente ha venido desarrollando el control judicial para hacer efectiva a la Constitución basados en la doctrina de la resolución del caso *Marbury vs. Madison*. Es decir, trata de un asunto de teoría general de la Constitución (la supremacía constitucional) y de teoría de derecho procesal constitucional (el papel de los órganos jurisdiccionales ante las leyes y actos inconstitucionales).²³⁷

Así tenemos que el Poder Judicial doméstico (incluyendo Tribunales Constitucionales que en algunos países no forman parte de éste), efectúa la

²³⁶ García Morelos, Gumesindo, *Control de convencionalidad de los derechos humanos en los tribunales mexicanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015, p. 13.

²³⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, *Una historia de...*, nota 111, p. 219.

comparación entre el texto fundamental de su país y las demás normas o actos (y ahora en México, omisiones), dándole primacía a la primera.²³⁸

Existen contralores concentrados, comunes en las constituciones de Europa, como el Tribunal Constitucional de Austria de 1920, en donde la revisión judicial es efectuada únicamente por ese órgano (control concentrado); o bien, de un control que pueden realizar varios órganos jurisdiccionales (control difuso), como lo es ahora México a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.²³⁹

Sin embargo, dicha supremacía hoy encuentra, incluso siendo asumida como uno de los pilares de cualquier sistema democrático, dificultades y nuevos retos, especialmente el constituido por la posición y adopción en el sistema jurídico de los tratados Internacionales.²⁴⁰

Las sentencias que se dictan por un órgano jurisdiccional supranacional a las que el Estado ha otorgado reconocimiento a través de un convenio internacional (La Corte Interamericana en el caso particular de México) pueden llegar a suscitar cuestiones que se enfrentan directamente a la superioridad de la Constitución.²⁴¹

El Estado mexicano depositó el instrumento de adhesión a la Convención Americana el 24 de marzo de 1981, entrando en vigor en esa misma fecha, constituyéndose en “Ley Suprema de toda la Unión” de conformidad al artículo 133 constitucional. No obstante, México reconoció la competencia contenciosa de la Corte hasta diciembre de 1998.²⁴²

México al firmar la Convención Americana, y de acuerdo al texto del mismo, se obligó a respetar los derechos y libertades reconocidas por ésta, así como a

²³⁸ Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad, adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2015, p. 1.

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ Brage Camazano, Joaquín, *La supremacía de la Constitución frente a los tratados internacionales*, en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía constitucional, México, Porrúa*, 2009, p. 13.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 13-14.

²⁴² García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, nota 38, pp. 20-21.

garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté dentro de su jurisdicción, sin discriminación alguna (artículo 1 CADH).

En el mismo sentido, si por alguna razón, los derechos y libertades en cita no estuvieran amparados por vías legislativas o de cualquier otra índole, debió adoptar –en consonancia con sus procedimientos constitucionales y el Pacto de San José- las medidas legislativas y cualquiera otra que auxilie para hacer efectivos las citadas libertades y derechos (artículo 2 CADH).

El control de convencionalidad nace a partir del deber de los Estados de tomar todas las medidas y requisitos necesarios para que los tratados internacionales, en el caso particular, la Convención Americana, se puedan aplicar a cabalidad.²⁴³

En teoría, no puede invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para el incumplimiento de lo estipulado en los tratados internacionales, pues éstos obligan que sean observados a los Estados que en el uso de su soberanía, los han suscrito.²⁴⁴

Al efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁴⁵ nos refiere en sus artículos 26, 27 y 46 lo siguiente:

Artículo 26. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Artículo 46.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a

²⁴³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 175.

²⁴⁴ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al*, *op. cit.* nota 110, p. 100.

²⁴⁵ Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/l2.pdf>

menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

La Corte empezó a sentenciar al Estado mexicano desde 2006, entre las que figuran Caso Castañeda Gutman vs. México (2006); Radilla Pacheco vs. México (2009); Fernández Ortega y otros vs. México (2010); Rosendo Cantú y otra vs. México (2010) y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010). Específicamente el caso de Radilla Pacheco fue el que catalizó el control de convencionalidad en sede interna (control primario).²⁴⁶

La Corte Interamericana efectúa el control de convencionalidad en sede externa (control secundario), término acuñado desde el Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.²⁴⁷ En el párrafo 27 de su voto²⁴⁸, el citado García Ramírez señala:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

El control de convencionalidad como ya se ha referido anteriormente²⁴⁹ constituye una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras

²⁴⁶ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al*, *op. cit.*, nota 110, p. 101.

²⁴⁷ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 238, p. 1.

²⁴⁸ Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C. No. 101, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

²⁴⁹ *Supra*, nota 94, p. 2.

Convenciones sobre derechos humanos a las que el país se ha plegado; con las disposiciones normativas en sede interna de las naciones adheridas al modelo.²⁵⁰

Dicha revisión se basa en la necesidad de valorar también los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proyectado en tratados o convenciones. Es análogo, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que efectúan los tribunales de esa especialidad (o los demás tribunales en su carácter difuso), cuando estiman un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales de sede interna.²⁵¹

Este control debe practicarse a la luz de los textos convencionales y la jurisprudencia que los interpreta y aplica, efectuada por la Corte Interamericana. El control que se delega a los órganos judiciales internos, proviene de la obligación de respetar lo pactado en los tratados (Principio de *Pacta Sunt Servanda*).²⁵²

No es óbice referir que la revisión de la convencionalidad de los actos, normas y omisiones de las autoridades y particulares debe ser llevada en primer término en sede interna o control primario²⁵³. Es un examen difuso a las que están compelidas a realizar todas las autoridades, es decir “el control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces constitucionales de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.²⁵⁴

Por otro lado existe el control secundario o en sede externa, llevado a cabo por el Tribunal Interamericano²⁵⁵. Esta figura “ha ido recibiendo una serie de variantes en la última década, pues si bien al inicio la Corte IDH efectuaba una inspección exclusivamente sobre la actividad de los jueces; con el tiempo ha ido

²⁵⁰ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 238, p. 1.

²⁵¹ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, nota 38, p. 298.

²⁵² *Ibidem*, p. 299.

²⁵³ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 238, p. 5.

²⁵⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, p. 176, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6&2873/9.pdf>

²⁵⁵ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 238, p. 5.

extendiendo a los tres poderes del Estado²⁵⁶ como se podrá apreciar de los extractos de las sentencias siguientes²⁵⁷:

1. Caso Almonacid Arellano vs. Chile²⁵⁸ (2006): Párrafo 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efecto jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.
2. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México²⁵⁹ (2010): Párrafo 225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia 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. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de la justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre

²⁵⁶ *Idem*.

²⁵⁷ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, nota 38, pp. 306-307

²⁵⁸ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

²⁵⁹ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf

las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (...).

3. Caso Gelman vs. Uruguay²⁶⁰ (2011): Párrafo 239. La protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.
4. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia²⁶¹ (2012): Párrafo 142. La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad) que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (...). De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, (en su caso) reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano (...). Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.

²⁶⁰ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

²⁶¹ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

5. Caso Mendoza y otros vs. Argentina²⁶² (2013): Párrafo 221. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de la justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

Lo anterior demuestra que a través de esos cambios se da una actitud progresista y garantista de la Corte IDH al ir ensanchando el cúmulo de sujetos que deben llevar a cabo el control de convencionalidad, lo cual a su vez, indica la aplicación del principio pro persona, es decir, que entre la norma interna y la externa, debe aplicarse la que mejor proteja a la persona.²⁶³

Dos cuestiones atañen al control de convencionalidad después de dilucidar quiénes deben ejercerlo (control primario y control secundario): ¿Sobre qué normas supranacionales se debe ejercitar?; y ¿sobre qué normas internas se debe examinar la compatibilidad?

Respecto a la primera interrogante, si bien el texto base sobre la que se debe realizar la convencionalidad es obviamente la Convención Americana, no obsta

²⁶² Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

²⁶³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p.p. 179-180.

para que se irradie además a todos los tratados internacionales que hayan sido ratificados por el Estado, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH, como último intérprete del Pacto de San José.²⁶⁴

Atinente a la segunda cuestión, si bien el Tribunal Interamericano no ha realizado ninguna manifestación expresa respecto a qué tipo de preceptos locales deben ser examinados²⁶⁵, sí ha indicado que las leyes –incluido el propio texto constitucional– deben cumplir condiciones materiales y formales, es decir y en concordancia con el artículo 30 de la Convención Americana, la legalidad se constituye por esos dos aspectos. La formalidad se actualiza cuando se ha observado el procedimiento establecido para la creación de leyes o su reforma; la material se refiere al contenido de la norma: el respeto irrestricto a los derechos humanos en una sociedad democrática.²⁶⁶

Un punto interesante que nos refiere Juan Carlos Hitters al citar a Néstor Pedro Sagües²⁶⁷, es que en los países donde la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema y que es de observancia obligatoria para los órganos inferiores, también reviste el carácter de norma o ley, consecuentemente puede y debe ser incluida en el contralor convencional.

Además, referente a las normas constitucionales, el control de convencionalidad:

...permite afirmar que el principio constitucional de Supremacía de la Constitución se ha erosionado al someter dicha norma al examen de confrontación normativo con un tratado internacional (i), lo que consecuentemente determina el sometimiento de la Constitución al tratado de derechos humanos (ii), y, la Constitución no es la única y exclusiva norma para confrontar “leyes internas”, en una escala de jerarquía

²⁶⁴ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.* nota 238, p. 36.

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, nota 38, pp. 22-23.

²⁶⁷ *Op. cit.*, nota 238, p. 37. Señala Sagües que “...cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma, y por ende, está captada por dicho control”. Sagües, Néstor, *El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales*, La Ley, 2009-B, p. 761.

normativa (iii), al activar el control de constitucionalidad, porque los tratados de derechos humanos podrán ser utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes (iv).²⁶⁸

La Corte Interamericana es el último asegurador de la observancia y respeto absoluto de los derechos humanos en ejercicio del principio de subsidiariedad, pues “el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno (...9) antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano...”²⁶⁹. Ante este escenario, si un Estado incumple con sus obligaciones internacionales, el Tribunal Interamericano puede someter a su control las violaciones a derechos y libertades cometidas por aquel.

3.3 El margen de apreciación nacional y las restricciones a derechos en la Convención Americana

El margen de apreciación nacional ha sido utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la cual se ha determinado como la deferencia del órgano jurisdiccional supranacional respecto a las autoridades nacionales, a efecto de que sean ellas, las que resuelvan sobre determinada temática, independientemente de los organismos que imponen los convenios internacionales²⁷⁰

Las relaciones jurídicas que han desarrollado la adopción de los tratados regionales de derechos humanos, presentan dispositivos de subordinación y coordinación, en otras palabras, algunas cláusulas contenidas en la Convención Americana (al igual que su par europeo, el Convenio Europeo de Derechos

²⁶⁸ Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, p. LIII.

²⁶⁹ Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, sentencia de 07 de febrero de 2006, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

²⁷⁰ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 238, p. 19.

Humanos, CEDH), permiten cierta interacción entre los postulados nacionales con el contenido de los derechos de fuente convencional. De esta manera, las propias disposiciones internacionales consienten la invocabilidad del Derecho nacional respecto a la eficacia de los derechos y libertades regionalmente reconocidos.²⁷¹

En el caso de Europa, la doctrina del margen de apreciación nacional tuvo un origen sustancialmente jurisprudencial, en particular con la Comisión Europea de Derechos del Hombre²⁷². La justificación de tal método parte de la afirmación de que “no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional”.²⁷³

El tópico más complicado lo representa el dilucidar cuál es el margen de apreciación nacional que debe privar y qué amplitud eventualmente podría tener.²⁷⁴ Se ha criticado a esta figura pues se considera que el uso excesivo de la misma, anquilosa a los operadores jurídicos de conocer con determinada cantidad de previsibilidad cuál sería la jurisprudencia mayoritaria de un órgano supranacional, implicando una inseguridad jurídica.²⁷⁵

Referente a la Convención Americana, un ejemplo lo representa el contenido de su artículo 32²⁷⁶ que refiere:

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

²⁷¹ Silva García, Fernando, *op. cit.*, nota 73, p. 315.

²⁷² Sagües, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución, de la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2014, p. 337.

²⁷³ *Idem*.

²⁷⁴ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 238, p. 20.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 21.

²⁷⁶ Silva García, Fernando, *op. cit.*, nota 73, p. 316.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Como puede apreciarse, dicho numeral establece que los derechos de los demás están limitados, con el fin de salvaguardar la seguridad del resto. Como lo refiere Silva García “se ha sostenido que dichas previsiones de escape llegan incluso a permitir a los Estados miembros reservarse el derecho de invocar algún interés nacional de manera justificada, desde el punto de vista jurídico”.²⁷⁷

La Corte Interamericana si bien ha manifestado que los países deben tomar en consideración los tratados internacionales y la jurisprudencia que ella misma emite, también en algunos casos ha permitido en opiniones consultivas como en jurisdicción contenciosa posibilidad de aplicar el margen de apreciación nacional,²⁷⁸ como veremos más adelante en el caso Castañeda Gutman vs. México.

Es necesario puntualizar que el margen de apreciación nacional resulta muy extenso cuando el Tribunal supranacional regional interamericano no ha sentado aun así opinión sobre algún tópico en particular, por lo que los órganos jurisdiccionales locales no tienen un marco visible a efecto de realizar la hermenéutica más conveniente a su criterio.²⁷⁹

No obstante, el mismo control de convencionalidad permite el margen en comentario, en el sentido de que “imperla allí la posibilidad de que las autoridades impongan ciertos criterios locales, ello sobre la base del modelo de subsidiariedad en el sentido de que son los Estados, en especial los jueces y el poder judicial en general, los que ejecutan el control primario y ponen en juego las normas nacionales e internacionales que consideren convenientes”.²⁸⁰

Aun así, si se aplica de manera indiscriminada, podría provocar que un mismo derecho humano no tenga el mismo rango de protección en todos los

²⁷⁷ *Idem.*

²⁷⁸ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 238, p. 22.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 22-23.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 23.

Estados Parte, sino por el contrario, diversas modalidades o intensidades, lo cual afectaría el principio de universalidad, permitiendo distintas interpretaciones desiguales del mismo.²⁸¹

Si bien es necesario que se atiendan diversos aspectos de cada país en concreto, existen condicionamientos materiales y sociales que si se dejan de observar, restarían validez, vigencia e incluso razonabilidad al sistema democrático de derechos humanos. La doctrina del margen de apreciación nacional debe tener sus toques, el cual debe ser velado por el órgano jurisdiccional supranacional respecto a los Estados que lo aplican, los cuales se obligaron a respetar sus decisiones.²⁸²

Una de las manifestaciones normativas del margen de apreciación nacional, lo representa el cómo los Estados regulan o restringen derechos en el marco que les permite la Convención Americana. El artículo 30 del texto base del sistema interamericano da la pauta para reglamentar dichas limitaciones al referir:

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Por tanto, “los derechos humanos pueden ser limitados en aras de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás y con el interés general de la comunidad. Los tratados de derechos humanos no sólo señalan cuales son los derechos de las personas sino también su posible restricción por parte de los Estados”.²⁸³

²⁸¹ Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 272, p. 338.

²⁸² *Ibidem*, p.p. 338-339.

²⁸³ Rodríguez, Gabriela, comentario al artículo 30 de la CADH en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentario*, Bolivia, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 715.

De la lectura del artículo en cita, se aprecia que la Convención Americana prevé la existencia de restricciones al goce y ejercicio de los derechos que ella misma reconoce, con la salvedad de que sean determinadas por leyes y a favor del interés general para que sean legítimas.²⁸⁴ Los requisitos mínimos entonces son ³²⁸⁵:

1. Autorización expresa en la Convención para la existencia de la restricción;
2. Disposición legal que prevea a la restricción; y
3. Legitimidad con base en razones de interés general de los fines perseguidos por la restricción.

Es decir, las restricciones no pueden ser indiscriminadas, pues solo son permisibles aquellas que atiendan a las argumentaciones que esgriman los tratados internacionales²⁸⁶ empero, ni los derechos humanos son absolutos ni las restricciones deben ser contempladas como figuras metaconstitucionales²⁸⁷ o metaconvencionales.

Existen dos tipos de restricciones a los derechos humanos: las particulares y las generales²⁸⁸, en donde las particulares se ejercen generalmente sobre derechos específicos en casos precisos (ponderación por regla genérica), mientras que las generales van más allá del caso determinado²⁸⁹. Por otro lado, no solamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite legislar a los Estados Parte restricciones a derechos, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos podemos encontrar con diversas disposiciones para tal fin:

²⁸⁴ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al*, *op. cit.*, nota 110, p. 149.

²⁸⁵ *Idem*.

²⁸⁶ Rodríguez, Gabriela, *op. cit.*, nota 283, p. 716.

²⁸⁷ Guía Ferrer, Marte, en García Mora, Ricardo, *op. cit.*, nota 180, p. 47.

²⁸⁸ Nash Rojas, Claudio, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, México, Porrúa, 2009, p. 40.

²⁸⁹ *Idem*.

TRATADO O CONVENIO INTERNACIONAL	ARTÍCULO
Convención Americana sobre Derechos Humanos	30 (ya reseñado); y 32.2 Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.
Convenio Europeo de Derechos Humanos ²⁹⁰	18. Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para lo cual hayan sido previstas.
Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos ²⁹¹	27.2 Los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común.
Declaración Universal de los Derechos Humanos ²⁹²	29.2 En el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ²⁹³	4.1 En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados

²⁹⁰ Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

²⁹¹ Disponible en: <http://www.acnur.org/index.php?id=1694>

²⁹² Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

²⁹³ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

	Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ²⁹⁴	4. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Salazar Ugarte²⁹⁵ y compañía nos dicen que a partir del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desprenden cuatro elementos para establecer una restricción general de derechos:

- a) Principio de legalidad
- b) Objetivo legítimo
- c) Necesidad y adecuación de la restricción; y
- d) Principio de proporcionalidad.

Dichos requisitos son análogos a los que se desprenden del propio texto de la Convención Americana, señalados en líneas anteriores²⁹⁶. Es decir, como

²⁹⁴ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

²⁹⁵ *Op. cit.*, nota 106, p. 63

primera condición, para que una restricción sea ajustada a sus lineamientos, debe ser el propio Pacto de San José el que explícitamente refiera las restricciones que se puedan aplicar.²⁹⁷ Como segundo elemento, la restricción debe ser objeto y contenido de una ley²⁹⁸ y como tercer elemento, deben responder al bien común y al orden público como fines que legitiman la restricción del ejercicio de los derechos, debiendo ser invocadas dentro de las exigencias de cualquier sociedad democrática que se precie de serlo.²⁹⁹

Entre las restricciones permitidas por la CADH³⁰⁰ podemos encontrar:

1. Artículo 12.3 La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.
2. Artículo 13.2 El ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben de estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o a la protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o la moral públicas.
3. Artículo 16.2 Libertad de asociación, la Convención autoriza restricciones a éste derecho siempre que las mismas estén previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicos o derechos y libertades de los demás.
4. Artículo 21.1 La propiedad privada puede estar subordinada por ley, su uso y goce al interés social.

²⁹⁶ *Supra*, nota 285, p. 89.

²⁹⁷ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús *et al*, *op. cit.*, nota 110, p. 149.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 150.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 152.

³⁰⁰ Reseñadas por Rodríguez, Gabriela, comentario al artículo 30 de la CADH en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), *op. cit.*, nota 283, pp. 716-717.

5. Artículo 22.3 El ejercicio del derecho de circulación y residencia, puede ser restringido por una ley en la medida indispensable en una sociedad democrática, para impedir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. También pueden ser restringidos por ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
6. Artículo 23.2 Los derechos políticos pueden ser reglamentados por leyes exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

¿Cómo ha actuado la Corte Interamericana frente a las restricciones a derechos que han desarrollado los Estados que se han sometido al Pacto de San José? El citado tribunal, en su control secundario ha obligado incluso a reformar artículos constitucionales para que las limitaciones ahí contenidas no sean contrarias al objeto y fin que la misma CADH permite mediante un examen que hunde sus raíces en Alemania, denominado *test* de proporcionalidad.

La Corte regional supranacional ha determinado, mediante el citado examen, que el margen de apreciación nacional es adecuado para imponer una restricción a derechos³⁰¹, cómo un artículo constitucional puede ser estimado como inconvencional³⁰² y finalmente, como en la colisión de derechos, se debe ponderar caso por caso para determinar cuál prevalece sobre el otro sin anularlo en su totalidad³⁰³.

³⁰¹ Castañeda Gutman vs. México:

<http://www.cidh.org/demandas/12.535%20jorge%20castaneda%20gutman%20mexico%2021%20marzo%202007%20ESP.pdf>

³⁰² Olmedo Bustos vs. Chile: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

³⁰³ Kimel vs. Argentina: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc

3.4 Margen de apreciación nacional: Castañeda Gutman vs. México

El caso Castañeda Gutman vs. México resolvió el 6 de agosto de 2008, la petición de Jorge Castañeda originada con la nula existencia en el ámbito interno de nuestro país de un recurso sencillo y efectivo que hiciera valer la reclamación de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente obstáculo del citado Castañeda para que inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México.³⁰⁴

El Estado mexicano no argumentó sobre la idoneidad del juicio de amparo para solventar la cuestión, sino que alegó que el recurso efectivo para proteger derechos políticos es el juicio para la protección de los derechos políticos-electorales, por su rapidez, sencillez, accesibilidad y efectividad³⁰⁵, aun cuando lo que se reclamaba era una violación a su derecho político de ser elegido, en razón de que de una ley en materia electoral imponía como presupuesto para ser candidato, el ser postulado por algún partido.³⁰⁶

El ordenamiento aludido era la Ley de Impugnación Electoral³⁰⁷, por lo que tocaba a la Corte Interamericana pronunciarse si el referido juicio citado en el párrafo próximo anterior, constituía o no un recurso práctico³⁰⁸, además si la restricción era indebida y contraria a los cánones estipulados por la Convención Americana.³⁰⁹

El tribunal supranacional realizó el *test* de proporcionalidad al caso, refiriendo:

- a) Para evaluar si una restricción a un derecho establecido en el Pacto de San José es permitida a la luz de dicho de tratado, el primer estadio consiste en examinar las condiciones y circunstancias generales que la autorizan, debiendo estar expresamente establecido por alguna ley,

³⁰⁴ Castañeda Gutman vs. México, párrafo 2.

³⁰⁵ *Ibidem*, párrafos 90-91.

³⁰⁶ *Ibidem*, párrafo 107.

³⁰⁷ *Ibidem*, párrafo 114.

³⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 118.

³⁰⁹ *Ibidem*, párrafo 177.

tanto en sentido formal como material.³¹⁰ Jorge Castañeda Gutman no refirió que la medida restrictiva estuviera prevista en diverso ordenamiento, sino que se constriñó a demostrar que la ley que regula la materia y su aplicación, impuso una restricción indebida.³¹¹

El Estado mexicano argumentó que el entonces Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) fue producto de un debido proceso legislativo con todas sus etapas, reforzado con el principio democrático de ser emanado de un conjunto de representantes. La Corte advirtió que el requisito por el que a los partidos políticos les corresponde solicitar el registro de los candidatos a cargos de elección popular, se encontraba previsto en el artículo 175 del COFIPE.³¹²

- b) Por otro lado, como segundo estadio para que una restricción sea legítima, debe colmar una finalidad que esté permitida por la propia Convención Americana³¹³, sin embargo el artículo 23 del citado tratado internacional, no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la Ley puede regular los derechos políticos³¹⁴, tan solo a instituir razones con las cuales pueden ser regulados los derechos políticos (capacidad civil o mental, edad, etcétera).³¹⁵

México invocó que el sistema que opera en su sistema, es una modalidad del ejercicio de los derechos políticos, en congruencia con los estándares internacionales de la materia. La Corte consideró que el numeral 175 del citado COFIPE tenía por finalidad el organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad.³¹⁶ Empero, si una medida restrictiva

³¹⁰ *Ibidem*, párrafo 176.

³¹¹ *Ibidem*, párrafo 177.

³¹² *Ibidem*, párrafos 178 y 179.

³¹³ *Ibidem*, párrafo 180.

³¹⁴ *Ibidem*, párrafo 181.

³¹⁵ *Idem*.

³¹⁶ *Ibidem*, párrafos 182 y 183.

persigue un fin permitido por la Convención Americana, no presume su necesidad y proporcionalidad.³¹⁷

- c) El tercer estadio que se debe satisfacer para considerar que una restricción a un derecho es compatible con el sistema interamericano, es que debe ser necesaria para una sociedad democrática en un triple aspecto: i) satisface una necesidad imperiosa; ii) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y iii) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo.³¹⁸

En lo que atañe al primer punto, el Estado mexicano argumentó que el sistema de nominación respondía a diversas causas sociales (histórico-políticas por la dominación de un partido hegemónico en casi todo el siglo XX), logística-operativas (organizar un proceso electoral en una sociedad de entonces, 75 millones de personas, ya que si propiciara la participación de aspirantes, el sistema de representación popular podría verse resquebrajado), además de que el sistema económico erogado para el sistema electoral, se vería seriamente afectado, pues la existencia de múltiples candidaturas independientes dificultarían su financiamiento, al provocar dispersión de fondos públicos. Finalmente, se rompería el esquema de igualdad en el proceso electoral, dado que se necesitaría capacidad económica para construir y operar una candidatura independiente.³¹⁹

En lo que concierne al segundo punto, el Estado mexicano adujo que la medida de registro exclusivo de candidaturas por parte de partidos políticos cumple el requisito de proporcionalidad ya que no constituye la exclusión de ninguna persona o grupo de personas al acceso del poder público, pues las normas federales en materia electoral, permitían dicho

³¹⁷ *Ibidem*, párrafo 184.

³¹⁸ *Ibidem*, párrafos 185 y 186.

³¹⁹ *Ibidem*, párrafos 187-189.

paso (afiliándose a algún partido político, de que un partido político lo postule o bien, la creación de un partido político propio).³²⁰

Tocante al tercer punto, la Corte estimó que la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal, era una medida idónea para producir el resultado legítimo pretendido, organizando de manera eficiente los procesos electorales con el fin de realizar sufragios periódicos, auténticos, por sufragio universal e igual, así como por voto secreto que garantice a su vez, la libertad de expresión de la voluntad del electorado.³²¹

En ese sentido, la Corte consideró que “..ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales”.³²²

Lo anterior no es más que el margen de apreciación nacional, pues la Corte admitió que las circunstancias variaban en cada país, al dictar: “A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos”³²³, además: “En ese sentido, los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros”.³²⁴

Con base en los anteriores argumentos, el Tribunal Interamericano no consideró probado que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser electo,

³²⁰ *Ibidem*, párrafo 194.

³²¹ *Ibidem*, párrafo 203.

³²² *Ibidem*, párrafo 204.

³²³ *Idem*.

³²⁴ *Idem*.

previsto en el numeral 23.1 b de la CADH.³²⁵ En esa orden de ideas, la Corte IDH determinó, con base en el *test* de proporcionalidad e invocando el margen de apreciación nacional, que la restricción a ser votado, previo registro vía partidos políticos, no vulneraba el cúmulo de derechos que protege el principal ordenamiento sustantivo del SIPDH.

3.5 La Constitución nacional frente a la Convención Americana: Olmedo Bustos vs. Chile

Olmedo Bustos vs. Chile, con sentencia datada el 5 de febrero de 2001, se originó como resultado de una censura judicial previa, impuesta a la exhibición cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo”.³²⁶

Entre las pruebas se encontraban dictámenes de peritos convocados por el Tribunal Interamericano, entre ellos, el de Humberto Nogueira Alcalá, quien refirió que la Constitución chilena no establecía norma que expresara la jerarquía del derecho internacional convencional y el derecho internacional consuetudinario.³²⁷ Además:

Los artículos 32 número 17 y 50 número 1 de la Constitución Política señalan que el Presidente de la República negocia y firma los tratados, el Congreso los aprueba o rechaza sin poder introducirle modificaciones y, posteriormente, el Presidente de la República los ratifica. El ordenamiento jurídico chileno, aplicado de buena fe y de acuerdo con los criterios hermenéuticos que corresponden, reconoció la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno cuando ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo cual ocurrió antes de que la Constitución Política entrara en vigencia. En consecuencia, en caso de conflictos normativos entre el derecho interno y el derecho internacional, Chile está obligado a hacer prevalecer la norma de derecho internacional.³²⁸

³²⁵ *Ibidem*, párrafo 205.

³²⁶ Olmedo Bustos vs. Chile, párrafo 2.

³²⁷ *Ibidem*, p. 13.

³²⁸ *Idem*.

El especialista constitucional refirió en ese sentido que el inciso final del artículo 19 número 12 de la Constitución Política establecía un sistema de censura previa cinematográfica, lo que se transformó en una norma legal que establecía que el Consejo de Calificación Cinematográfica podía rechazar la exhibición de películas para adultos.³²⁹ Al resolver, la Corte estimó probados, entre otros, los siguientes hechos³³⁰:

- a) El artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 establece un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”.
- b) El Decreto Ley número 679 de 1 de octubre de 1974 faculta al Consejo de Calificación Cinematográfica para orientar la exhibición cinematográfica en Chile y efectuar la calificación de las películas. El Reglamento de dicha ley está contenido en el Decreto Supremo de Educación número 376 de 30 de abril de 1975. Dicho Consejo de Calificación Cinematográfica es parte del Ministerio de Educación.
- c) El 29 de noviembre de 1988 el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, ante una petición que le hiciera la “United International Pictures Ltda.”. Dicha empresa apeló la resolución del Consejo, pero la resolución fue confirmada por un tribunal de apelación mediante sentencia de 14 de marzo de 1989.

Si bien ya existía un proyecto de reforma constitucional que pretendía eliminar la censura previa a las exposiciones cinematográficas, presentado por el Presidente de la República, y aprobado el 17 de noviembre de 1999 por la Cámara de Diputados, hasta la fecha del dictado de la resolución en comentario, no se habían completado los trámites para su aprobación.³³¹

El Tribunal Interamericano declaró que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, insertados en el artículo 13 de la

³²⁹ *Ibidem*, p. 14.

³³⁰ *Ibidem*, párrafo 66.

³³¹ *Ibidem*, p. 23.

Convención Americana, en detrimento de Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Isunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes³³², lo cual actualiza además el incumplimiento al deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos aquella y garantizar a su vez, su libre y pleno ejercicio, como lo estipula el numeral 1.1. del Pacto de San José.³³³

En el desarrollo argumentativo de su resolución, la Corte supranacional reiteró que la CADH insta la obligación general de cada Estado Parte de armonizar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Es decir, que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo que se establece en la propia Convención Americana, sea cumplido de manera efectiva, como lo demanda su numeral 2.³³⁴

Y es que “al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención”.³³⁵

En consecuencia, la Corte declaró en sus puntos resolutivos³³⁶ que el Estado chileno modificara su ordenamiento jurídico interno con la finalidad de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, debiendo rendirle un informe sobre las medidas adquiridas para tal efecto.³³⁷

El caso reseñado significa que aun cuando una restricción a derechos esté elevada a nivel constitucional, no significa que cumpla con criterios de legitimidad, pudiendo contrariar a la CADH, por lo que debe ceder ante ésta última si es que realmente se quiere dar una efectiva protección a su contenido. El control de

³³² *Ibidem*, párrafo 73.

³³³ *Ibidem*, párrafo 86.

³³⁴ *Ibidem*, párrafo 87.

³³⁵ *Ibidem*, párrafo 88.

³³⁶ *Ibidem*, párrafo 103.

³³⁷ *Ibidem*, párrafo 103, punto 4.

convencionalidad subsidiario, obligó a Chile a modificar su Constitución y su ordenamiento reglamentario en el caso concreto. La restricción elevada a rango constitucional de manera general, tuvo que ceder ante la mayor protección que ofrecía el Pacto de San José.

Por otro lado, en el caso de restricciones particulares, el método de la ponderación ha sido usado también por el Tribunal interamericano para dilucidar el grado que debe ceder un derecho frente a otro en el caso de una colisión, tal y como se podrá advertir en el siguiente apartado.

3.6 El juicio de ponderación interamericano: *Kimel vs. Argentina*

Esta resolución fue emitida el 2 de mayo de 2008, motivada por la denuncia presentada a finales del año 2000, por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)³³⁸, en la que de acuerdo a la CIDH, el señor Eduardo Gabriel Kimel era un conocido periodista, escritor e investigador histórico, publicando varias obras, entre ellas la intitulada “La masacre de San Patricio”, en el que expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos, criticando a varias autoridades implicadas en la indagación del caso.³³⁹

No obstante, el 28 de octubre de 1991 uno de los jueces mencionados por el señor Kimel, promovió una querrela criminal en su contra, refiriendo que una imputación deshonrosa hecha a un Magistrado con motivo de sus funciones, constituía un desacato en términos del numeral 244 del Código de Fondo, (derogado al momento de resolver el asunto en comentario), es decir, configuraría siempre una calumnia. Posteriormente, al finalizar el proceso penal, el señor Kimel fue condenado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por el ilícito de calumnia.³⁴⁰

³³⁸ Kimel vs. Argentina, párrafo 1.

³³⁹ *Ibidem*, párrafo 2.

³⁴⁰ *Idem*.

El Tribunal Interamericano reconoció que las cuestiones implicadas al asunto, es decir, la libertad de expresión como el derecho a la honra, que son recogidos por la CADH, revisten de suma importancia, siendo necesario garantizar el ejercicio de los dos mediante la ponderación llevada a cabo por el canal de la proporcionalidad.³⁴¹

En cuanto al contenido de la libertad de pensamiento y expresión, la Corte describió que “quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social”.³⁴²

A pesar de eso, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues el mismo Pacto de San José en su artículo 13.2, además de prohibir la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio desmedido de dicho derecho. Las citadas limitaciones tienen carácter excepcional y no deben restringir más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.³⁴³

Por otro lado, el numeral 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, lo que implica límites a las injerencias de los particulares y del propio Estado.³⁴⁴

La Corte para resolver manifestó que en primer lugar, se debería comprobar si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia, lesionó la legalidad estricta que se debe observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal. En segundo lugar, se estudiaría si la salvaguardia de la reputación de los jueces sirve a una finalidad legítima de conformidad con la Convención y fijaría, en caso de que así fuere, la idoneidad de la sanción penal para conseguir la finalidad perseguida. En tercer lugar, evaluaría la necesidad de dicha medida y finalmente

³⁴¹ *Ibidem*, párrafo 51.

³⁴² *Ibidem*, párrafo 53.

³⁴³ *Ibidem*, párrafo 54.

³⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 55.

en cuarto lugar, analizaría la proporcionalidad en sentido estricto de la medida adoptada.³⁴⁵

Tocante al primer punto, la Corte invocó la violación al principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la CADH, cuestión que no fue demandada ni por la Comisión ni por los representantes del señor Kimel. El Tribunal reseñó que al habersele sentenciado por el delito de injuria contenido en artículo 109 del Código Penal, que estableció: “La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años”, incumplía la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la CADH, por la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal.³⁴⁶

En cuanto al segundo punto, sobre la idoneidad y la finalidad de la restricción, el Tribunal Interamericano dictaminó que si bien los jueces, al igual que cualquier otra persona, están bajo el amparo del artículo 11 convencional que protege el derecho a la honra, aunado a que el numeral 13.2 a) de la multicitada CADH, refiere que la reputación de los demás puede ser objeto para señalar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, si bien tenía un fin legítimo, no presumiría que en el caso concreto, la vía penal sea necesaria y proporcional.³⁴⁷

En cuanto al tercer punto, relacionado a la necesidad de la medida utilizada, la Corte mencionó que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para instaurar responsabilidades respecto de una conducta ilícita.³⁴⁸ Además, “la tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal”.³⁴⁹ En el caso en comentario, fue evidente el abuso en el ejercicio del poder punitivo, por los

³⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 58.

³⁴⁶ *Ibidem*, párrafos 65 y 66.

³⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 71.

³⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 76.

³⁴⁹ *Idem*.

hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes del querellante y la naturaleza del castigo.³⁵⁰

Finalmente, en lo que respecta al cuarto punto relativo a la estricta proporcionalidad de la medida, la Corte estableció que la restricción a la libertad de expresión, se debería lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de quienes ejercen el poder público. La ponderación tendría que examinar i) Grado de afectación de uno de los bienes en disputa y si la intervención es grave, media, o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del otro bien; y iii) si la satisfacción de éste justifica la limitación del otro. Caso por caso, la balanza se puede inclinar hacia la libertad de expresión y en otros por el derecho a la honra.³⁵¹

La Corte Interamericana estimó que el señor Kimel ejecutó una restauración de la indagación judicial de la masacre y emitió opiniones de valor crítico sobre la actuación de la judicatura durante la última dictadura militar argentina³⁵², las cuales no pueden considerarse como verdaderas o falsas, por tanto, no pueden ser objeto de sanción sobre todo cuando se refieren a un acto oficial de un funcionario público en el ejercicio de su cargo.³⁵³

El Tribunal supranacional concluyó diciendo que “la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso”.³⁵⁴

La Corte Interamericana ha usado distintos métodos de control para resolver restricciones a derechos como se ha podido advertir. El test de proporcionalidad, el control de convencionalidad (subsidiario) y la ponderación entre derechos, constituyen herramientas hermenéuticas útiles para dirimir la causa de este trabajo, sin embargo, queda por dilucidar si el Poder Judicial del

³⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 80.

³⁵¹ *Ibidem*, párrafo 84.

³⁵² *Ibidem*, párrafo 92.

³⁵³ *Ibidem*, párrafo 93.

³⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 94.

Estado mexicano los ha aplicado y en caso afirmativo, si de entre ellos existe algún medio para derrotar a una restricción constitucional expresa.

CAPÍTULO 4

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EXPRESAS A LOS DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 4.1 *La reserva de Ley y la protección del contenido esencial para la restricción de derechos.* 4.2 *Interpretación conforme.* 4.3 *El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad.* 4.4 *Las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos deben someterse a un control de convencionalidad.*

4.1 La reserva de Ley y la protección del contenido esencial para la restricción de derechos

La vigorización de la Constitución como texto fundamental del sistema jurídico tiene como una de sus consecuencias, el impacto en la posición de los derechos fundamentales y está ligada a la sujeción del legislador en esos derechos.³⁵⁵ Esta vinculación del Poder Legislativo a los derechos en cita y su garantía por parte de los órganos jurisdiccionales, en especial los que ejercen un control constitucional directo, se ha convertido en una seña de identidad de los Estados Constitucionales democráticos.³⁵⁶

En razón de que la Constitución les reconoce un rango superior a los derechos fundamentales ¿Cuál es el marco de su adecuación que puede ejecutar el legislador? ¿Hasta qué término deben operar los límites impuestos a los derechos humanos? ³⁵⁷ Desde el punto de vista de la intensidad y la calidad de la protección de los derechos fundamentales, se pueden apreciar dos etapas³⁵⁸:

1. Estado formal de Derecho. Se protegían a los derechos fundamentales a través de los principios de legalidad, con la introducción de los conceptos de reserva y rango de ley. Lo anterior, significa que

³⁵⁵ Villaseñor Goyzueta, Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2011, p. 28.

³⁵⁶ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 155.

³⁵⁷ Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Porrúa, 2012, p. 15.

³⁵⁸ *Idem.*

solamente podían ser salvaguardados si existía un ordenamiento que concretara su contenido. Los jueces solo podían intervenir a través de las leyes secundarias que el Poder Legislativo desarrollara con base en los postulados constitucionales. La problemática era que los derechos en comentario solamente tenían fuerza legal, pero no constitucional, dando lugar a que pudieran ser suprimidos a voluntad del legislador, por tanto, sin leyes inferiores, los órganos jurisdiccionales perdían toda posibilidad de garantizarlos. La consecuencia era la falta de vinculación del Poder Legislativo al tratamiento de los derechos fundamentales.³⁵⁹

2. Estado material de Derecho. En la segunda etapa del constitucionalismo, originada en Estados Unidos y replicada con sus particularidades en Europa, sobre todo en Alemania después de la segunda guerra mundial y en Latinoamérica, se establecieron premisas básicas que permiten deducir el nuevo paradigma:
 - a) Vinculación de los derechos fundamentales a todos los poderes públicos.
 - b) Aplicación directa de los derechos fundamentales, particularmente, por los órganos jurisdiccionales.
 - c) La reserva de ley, como condición formal de validez para el desarrollo y la restricción de derechos fundamentales.
 - d) Existencia de bienes constitucionalmente protegidos, como condición material de validez, para justificar la restricción de derechos fundamentales.
 - e) Reconocimiento de un núcleo esencial de los derechos fundamentales como coto vedado al Poder Legislativo.
 - f) La aquiescencia de la probabilidad de que el actuar del legislativo, al establecer o desarrollar límites a los derechos fundamentales, sea desproporcionalidad o inequitativo.

³⁵⁹ *Ibidem*, p.p. 15-16.

- g) La aceptación de que los órganos jurisdiccionales, al interpretar el ordenamiento legal/constitucional, puedan resolver con resultados que afecten el contenido esencial de los derechos fundamentales.
- h) El control judicial de las leyes, actuaciones administrativas o judiciales que restrinjan o desarrollen derechos fundamentales.³⁶⁰

En virtud de que los derechos fundamentales están determinados por otras normas constitucionales, las restricciones de tales derechos también encuentran límites. Los jueces, en especial los constitucionales que efectúan control directo, deben examinar si la concreción o restricción de algún derecho fundamental por parte del Poder Legislativo ha respetado o excedido el contenido efectivamente salvaguardado por aquellos.³⁶¹

El contenido esencial de los derechos fundamentales es un concepto jurídico indeterminado, con un margen amplio de exégesis, de lo que deviene su operatividad técnica y la conveniencia de que su carácter sea estrictamente jurídico, es decir, sin inferencias de índole político.³⁶² No obstante, la idea del concepto en comentario, gravita en torno a los elementos que definen un derecho fundamental, en particular, a los valores y finalidades que busca alcanzar³⁶³:

Por contenido esencial cabría entender el contenido de los derechos constitucionalmente declarado, que debe ser delimitado por el intérprete a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección.³⁶⁴

³⁶⁰ *Ibidem*, p.p. 16-17.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 17.

³⁶² Villaseñor Goyzueta, Alejandra, *op. cit.*, nota 355, p. 62.

³⁶³ *Ibidem*, p. 63.

³⁶⁴ Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Cuadernos y debates, no. 65, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 73, citado por Villaseñor Goyzueta, Alejandra, *op. cit.*, nota 355, p. 63.

La implantación del contenido esencial de los derechos fundamentales envuelve, al menos, el establecimiento de los siguientes elementos³⁶⁵:

1. El fin o los fines para los cuales se reconoce.
2. Establecimiento y reconocimiento de un titular.
3. Los sujetos que deben respetar o dar efectividad al derecho del titular.
4. El sentido, alcance y condiciones del ejercicio del derecho.
5. Escenarios en los que el titular pierde su derecho, incluyendo a los que pudiera incluso renunciar a las facultades más importantes.
6. Determinar las facultades y poderes que despliega el titular en caso de la inobservancia del deber del sujeto pasivo.
7. Las libertades y facultades de obrar del titular que reclama el derecho y sus limitantes.

Se debe recalcar que el contenido esencial no solamente vincula al Poder Legislativo, sino también al Poder Judicial. Los órganos jurisdiccionales deben respetar el contenido esencial de los derechos, no limitándose a los casos en que una resolución deba declarar la inconstitucionalidad de una norma que se haya excedido al regular un derecho constitucional, sino además, a los supuestos en que deben decidir en concreto el contenido propio de un derecho y compatibilizarlo con otros.³⁶⁶

Si bien la Constitución incorpora reducciones a la genérica libertad de las personas con la finalidad de preservar intereses generales, no puede describir todos los casos y supuestos de colisión de derechos o intereses. Consecuentemente, al legislador ordinario es a quien recae la responsabilidad, a través de la reserva de ley y procurando respetar el contenido esencial de los derechos, la inserción de éstos en el ámbito social.³⁶⁷

No obstante, la reserva de ley no implica su dominio absoluto, es decir “no exige una estricta y exhaustiva predeterminación legal de los mismos. Una

³⁶⁵Toller, Fernando M., *Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales*, en Cianciardo, Juan (coord.), *Constitución, neoconstitucionalismo y derecho. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, México, Porrúa, 2012, p. 124.

³⁶⁶ *Ibidem*, pp. 131-132.

³⁶⁷ Villaseñor Goyzueta, Alejandra, *op. cit.*, nota 355, p. 28.

predeterminación legal de estas características sería contradictoria con la exigencia también constitucional de una ponderación en el caso concreto de los derechos, bienes o valores constitucionales en conflicto”.³⁶⁸

Por tanto, toda restricción a derechos debe estar necesariamente en alguna ley, respetando el contenido esencial de los mismos.³⁶⁹ La Corte Interamericana ha determinado, a efecto de que un Estado pueda establecer una restricción a derechos, mediante Ley:

No es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general, pues como se puntualizó, tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre (...) tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”.³⁷⁰

Además:

La expresión Leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernados frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 31.

³⁶⁹ Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.* nota 106, p. 64.

³⁷⁰ Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Corte IDH, párrafo 26, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.³⁷¹

Y finalmente para efectos de este somero estudio:

La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y al ejercicio de los derechos y libertades, sean jurídicamente lícitas. Requiere, además que esas leyes se dicten por “razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. El criterio según el cual las restricciones permitidas han de ser aplicadas “con el propósito para el cual han de ser aplicadas” se encontraba ya reconocido en el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), en el que se expresaba que tales restricciones “no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquél para el cual han sido previstas” (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, Washington, D.C.: Secretaría General, OEA, 1973, pág. 248). En cambio, la exigencia de que la aplicación de las restricciones esté “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general” es el resultado de una enmienda introducida al proyecto final, en la Conferencia Especializada de San José, en 1969.³⁷²

Por tanto, cuando surja una ley que restrinja algún derecho, una de sus características es la referida legitimidad formal, sin embargo, para concretar su legitimidad material, presume un contenido que intente la igualdad jurídica de las personas frente al Estado para la salvaguarda de sus derechos³⁷³. Así, solamente podrían ser consideradas válidas las leyes que son acordes a la Constitución,

³⁷¹ *Ibidem*, párrafo 27.

³⁷² *Ibidem*, párrafo 28.

³⁷³ Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús, *op. cit.*, nota 110, p. 151.

aquellas proporcionadas y subordinadas al orden jurídico internacional de amparo de derechos.³⁷⁴

Conjuntamente, y respecto al propósito o designio para los cuales han sido previstas las restricciones, se admite que son para salvaguardar la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la protección a la salud, la moral pública y los derechos/libertades de otros³⁷⁵, los cuales son muy abiertos, que permiten que sus alcances estén sujetos a un margen nacional de apreciación.³⁷⁶

No obstante, podrían definirse de la siguiente manera³⁷⁷:

- a) Se define al orden público como el conjunto de reglas fundamentales sobre los cuales se erige una sociedad. (...)
- b) Sobre seguridad nacional, hay consenso que la restricción debe operar bajo problemáticas que envuelven al Estado en su totalidad y no a un gobierno específico. Además, se considera que existe efectivamente un problema de seguridad nacional únicamente en aquellos casos donde existe una amenaza efectiva o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado.
- c) La seguridad pública se refiere a peligros para la seguridad de las personas o de sus bienes.
- d) El bien común fue desarrollado por el sistema interamericano como las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos.
- e) La salud pública hace referencia a amenazas serias a la salud de la población. Bajo esta lógica, la restricción buscará prevenirlas o enfrentarlas.

³⁷⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, p. 105, citado por Álvarez Cibrián, Felipe de Jesús, *op. cit.*, nota 110, pp. 151- 152.

³⁷⁵ Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, nota 106, p. 65.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 66.

³⁷⁷ *Idem*.

- f) Finalmente, el último objetivo legítimo que se suele recuperar son los derechos y/o libertades de otros, ya que la convergencia de derechos de diversos contenidos exige restricciones que permitan el ejercicio armónico y ordenado de todos ellos, (...).

Queda por corroborar que camino ha dejado nuestro propio texto fundamental y la Suprema Corte, respecto al control judicial de las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos y lo que tendría que ser para dar pleno cumplimiento a los compromisos internacionales, es decir, lo que es y lo que debería ser respecto al tratamiento jurisdiccional de las limitantes, pues se debe dilucidar caso por caso, cuando el principio pro persona vence a una restricción constitucional expresa o viceversa.

4.2 Interpretación conforme

La Suprema Corte tal y como hemos visto en el desarrollo del capítulo segundo, ha frenado totalmente el derecho convencional frente a una restricción constitucional expresa. Si bien en un inicio la propia Constitución podía ser objeto del mencionado control convencional, los razonamientos vertidos en la AI 155/2007 pronto fueron abandonados para dar paso a la prevalencia de las restricciones en la CT 293/2011.

Posteriormente y respecto a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia, también se determinó que no podían ser objeto de control constitucional ni convencional. En el mismo sentido, el Máximo Tribunal, concordando la segunda tesis con la primera, de las emanadas en la CT 293/2011, dejó en claro en el EV 1396/2011 que cuando una sentencia de la Corte IDH implique desconocer una restricción constitucional, la que predominará será esta última. La frase es lapidaria, pero real: El control de convencionalidad es inútil frente a una restricción constitucional expresa.

Podría decirse que los Expedientes Varios no tienen obligatoriedad como si lo tiene la jurisprudencia, sin embargo, tanto el EV 912/2010 como el

anteriormente citado 1396/2011, obtienen su carga material del propio precepto primero constitucional y de la CT 293/2011. Dejando en claro que la convencionalidad es, por ahora, solo una utopía tratándose de restricciones constitucionales ¿La Suprema Corte ha dejado alguna salida para su control judicial? ¿Cuáles caminos podríamos tomar para derrotar a las restricciones constitucionales expresas que vulneren derechos humanos?

En primer lugar, debemos dejar puntualizado de que el Máximo Tribunal del país ha referido que ningún derecho es absoluto y que por tanto, se admiten restricciones, pero deben cumplir con ciertos parámetros, tal y como lo refiere la siguiente jurisprudencia en materia constitucional de la Primera Sala³⁷⁸:

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede

³⁷⁸ Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012; Tomo 1; Pág. 533. 1a./J. 2/2012 (9a.).

hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que puedan considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Es decir, uno de los cauces -en teoría- es que sean admisibles dentro del campo constitucional/convencional. Las normas que para tal efecto se dicten, necesariamente deben tener como objetivo el planteado en la propia Constitución o en los tratados internacionales. El caso más emblemático como restricción constitucional expresa es el arraigo. Antes de que se dictare el Amparo Directo en Revisión 1250/2012³⁷⁹, en el que se avala constitucionalmente dicha figura, pudo ser derrotado mediante los mecanismos de control de convencionalidad y constitucional, a través de la interpretación conforme, pues a criterio de los juzgadores federales de distrito que, respectivamente otorgaron amparo y protección frente a dicha medida restrictiva, no cumplían con la consonancia que tendrían que cumplir respecto a la Convención Americana y a la Constitución, respectivamente.

El Juicio de Amparo 908/2011-V³⁸⁰, resuelto el tres de octubre de 2011, por el Juzgado Tercero de Distrito con residencia en San Luis Potosí, respecto a una

³⁷⁹ Versión taquigráfica de la sesión de 14 de abril de 2015, disponible en: http://207.249.17.176/PLENO/ver_taquigraficas/14042015PO.pdf

³⁸⁰ Disponible en: http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=229/02290000108288850023019.doc_1&sec=Marcela_Guadalupe_Castro_N%C3%BA%C3%B1ez&svp=-1

orden de arraigo dictada por el entonces Juez Octavo Penal de la citada ciudad y el Director General de la Policía Ministerial del Estado dentro de la averiguación previa 135/11 y su ejecución.³⁸¹

El juzgador comienza por invocar lo estipulado en el entonces recién reformado artículo primero constitucional, respecto al rango constitucional de derechos humanos protegidos tanto por la misma Constitución como por los tratados internacionales de los que México forma parte, al principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de dichas normas jurídicas³⁸², la ratificación de la Convención Americana, así como al principio *pacta sunt servanda*³⁸³, manifestando fundamentalmente:

De lo reseñado con antelación, se colige que cualquier tribunal local del Estado mexicano no debe limitarse a aplicar sólo las legislaciones locales, sino que queda también compelido a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por organismos de naturaleza trasnacional, circunstancia la anterior que lo obliga a ejercer un control de convencionalidad para verificar si entre las normas de derecho internas y las supranacionales existe compatibilidad.³⁸⁴

El artículo 168 del Código de Procedimientos Penales de San Luis Potosí³⁸⁵, el cual estipulaba la figura del arraigo, refería:

Artículo 168. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

³⁸¹ *Ibidem*, p.p. 7-8.

³⁸² *Ibidem*, p. 10.

³⁸³ *Ibidem*, p. 13.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 15.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 19.

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.

El juzgador estimó la inconventionalidad de dicha figura, ya que el precepto aludido obligaba a permanecer a la persona dentro de un determinado inmueble bajo la lupa de la autoridad investigadora y persecutora, impidiéndole al arraigado obrar con pleno albedrío, afectándole en consecuencia, su libertad de tránsito.³⁸⁶

Por lo que estableció que se vulneraban los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana, referentes a la libertad personal (persona retenida debe ser llevada sin demora ante juez o funcionario autorizado por la ley); garantías judiciales (presunción de inocencia); y derecho a la circulación y residencia (derecho a circular por territorio nacional)³⁸⁷.

En ese orden de ideas, determinó:

Pues bien, a juicio de quien aquí resuelve, el arraigo penal previsto por el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, como medida precautoria mientras el Ministerio Público investiga la presunta responsabilidad delictiva del indiciado, en la forma y términos en que lo establece tal disposición, es jurídicamente incompatible con el contenido de los referidos artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁸⁸

Por tanto, el órgano jurisdiccional refirió que como la figura procesal del arraigo en tratamiento, impedía a la persona detenida por la misma, ser puesta sin contratiempo ante autoridad judicial para que acordara su situación jurídica, no se

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 20.

³⁸⁷ *Ibidem*, p.p. 20-21.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 21.

le daba calidad de presunción de inocencia e impedía la libre circulación del país, tenía que ser considerada inconvencional por contravenir los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José de Costa Rica y concederle el amparo y protección de la justicia federal al quejoso³⁸⁹.

En otro orden de ideas, pero con la analogía de considerar al arraigo violatorio de derechos humanos y contrario no a la Convención Americana de manera directa, sino contra la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, en el amparo indirecto 257/2011³⁹⁰ el 19 de junio de 2012, refirió en relación al arraigo decretado y posteriormente ampliado en plazo, por el Juez Penal en Medidas Cautelares del Estado de Chiapas contra un acusado (efectuado antes de que el juzgador del fuero común le decretara auto de formal prisión y que finalmente trastocaría a éste por el postulado procesal del árbol envenenado) del delito de robo ejecutado con violencia agravado y robo agravado³⁹¹, lo siguiente:

1. El marco aplicable al caso era el vigente con anterioridad a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en razón de que es el que está en vigor en el Estado de Chiapas, de acuerdo al numeral segundo transitorio del decreto en cuestión, y la propia figura del arraigo analizándola según el transitorio décimo primero del decreto en cita, así como a los tratados internacionales en materia de derechos humanos que han alcanzado rango constitucional después de la reforma de 10 de junio de 2011.³⁹²
2. Que la medida cautelar del arraigo se integró al sistema jurídico mexicano en la adición del 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, incorporándose a la Constitución en su numeral 16, párrafo octavo, en donde quedó asentado que: “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 24.

³⁹⁰ Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2537/texto_soto_aux-188-2012-arraigo-ver-publica.pdf

³⁹¹ *Ibidem*, p. 1.

³⁹² *Ibidem*, p. 11.

delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días...”. Mientras el diverso transitorio décimo primero del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación refería que: “En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días (...).”³⁹³

3. Por lo que la Constitución no obliga que la medida cautelar en estudio se lleve a cabo, perenemente en un centro o casa de arraigo, sino que correspondía al legislador determinar las modalidades de lugar y tiempo para su ejecución.³⁹⁴
4. Dado que el artículo 270 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chiapas y que era la base por el que se le había decretado el arraigo al quejoso, refería: “270. Cuando con motivo de una averiguación previa el ministerio público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y que por las circunstancias personales de aquel, existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de justicia, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que este, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad que ejercerán el ministerio público y sus auxiliares. El arraigo se decretara por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de 30 días, prorrogables por igual término a petición del ministerio público. El juez resolverá, escuchando al ministerio público y el arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo”, debía estimarse inconstitucional.³⁹⁵

³⁹³ *Ibidem*, p.p. 13-14.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 15.

³⁹⁵ *Ibidem*, pp. 15-16 y 20.

5. El “domicilio” debía entenderse, en concordancia con el numeral primero constitucional, no como cualquier bien inmueble ni mucho menos domicilio oficial de la autoridad investigadora, sino aquel en donde more el indiciado, por lo que cuando el arraigo se lleva en un lugar distinto a la residencia del presunto, era evidente que tal medida era inconstitucional³⁹⁶, atentando además contra los artículos 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (reserva de ley, acompañada del principio de tipicidad y establecer formas y modalidades en que se privará de la libertad a una persona) y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (libertad y seguridad personales, no pudiendo ser privado de libertad salvo por causas fijadas en la ley con arreglo al procedimiento establecida en la misma) en razón de que ni la Constitución, ni el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chiapas, autorizaban la privación de la libertad de una persona en un centro de arraigo.³⁹⁷
6. Sumado a que los plazos de detención en los centros de arraigo eran inconstitucionales e inconvenientes, pues violaban el numeral 16, párrafo décimo (detención hasta por 48 horas o excepcionalmente 96) y los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (toda persona detenida tendría que ser llevada sin demora ante juez o funcionario investido por la ley actividades judiciales y ser juzgada dentro de un plazo razonable), así como el 7.5 de la Convención Americana (toda persona detenida debe ser llevada sin contratiempo ante juez o funcionario judicial para que sea juzgada en plazo razonable).³⁹⁸
7. Además, que ejecutar arraigos en inmuebles destinado para tal fin, diferentes al domicilio particular del quejoso, implicaban una trasgresión a la presunción de inocencia y prohibición de tortura, basándose en el

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 21.

³⁹⁷ *Ibidem*, pp. 20-21.

³⁹⁸ *Ibidem*, pp. 22-23.

quinto informe periódico de México (CCPR/CMEX/5) en sesiones 2686 a 2688, efectuadas los días 8 y 9 de marzo de 2010 (CCPR/C/SR.2886 a 2688) así como en su 2708 sesión de 23 de marzo de 2010 (CCPR/C/SR.2708).³⁹⁹

8. Y finalmente, con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad que había sufrido el quejoso, las pruebas que había recabado el ministerio público durante ese período, tenían el mismo vicio de inconstitucionalidad.⁴⁰⁰

De lo que se desprende que una vía procesal para combatir a las restricciones constitucionales expresas, es examinar y argumentar si al momento de que se han desarrollado en leyes secundarias, cumplen con los criterios de legalidad y objeto de donde se desprenden, en este caso, de la propia Constitución.

No debemos olvidar que “la interpretación conforme es un principio de interpretación de la ley y no de la Constitución, eso sí, un principio cualificado y especial de interpretación de la ley, cuya especialidad y particularidad se presente precisamente porque utiliza la Constitución como parámetro en su versión más normativa”.⁴⁰¹

Aunado ahora al paradigma de la interpretación conforme a los tratados internacionales, los derechos humanos de ambas fuentes son parámetro de las demás normas y actuaciones de los poderes públicos y particulares. Por tanto, aun legislando una restricción constitucional expresa, se debe cumplir con ciertos cánones, que de no ser preservados, en primera instancia, conforme a la Constitución, la norma en cuestión debe estimarse inconstitucional-inconvencional, en su caso. Al efecto, puede ser ilustrativa la siguiente jurisprudencia:

DERECHOS FUNDAMENTALES. CUANDO DE MANERA SUFICIENTE SE ENCUENTRAN PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp. 29-30.

⁴⁰¹ Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015, p. 154.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SE TORNA INNCESARIO EN INTERPRETACIÓN CONFORME ACUDIR Y APLICAR LA NORMA CONTENIDA EN TRATADO O CONVENCION INTERNACIONAL, EN TANTO EL ORDEN JURÍDICO EN SU FUENTE INTERNA ES SUFICIENTE PARA ESTABLECER EL SENTIDO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL RESPECTIVO.

Acorde a lo dispuesto por el artículo 1o. de la Carta Magna, en reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, vigente a partir del día siguiente, en sus dos primeros párrafos se establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la 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 la propia Constitución establece; en forma adicional se determina que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán “conforme” a esa norma fundamental y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a la persona en su protección más amplia. De este modo, el referido método de “interpretación conforme” entraña que los derechos fundamentales positivizados en los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalecen respecto de las normas del orden jurídico de fuente interna si contienen disposiciones más favorables al goce y ejercicio de esos derechos, lo cual lleva a establecer que la obligación del Estado Mexicano se refiere no sólo a garantizar el ejercicio de los derechos humanos enumerados en la Constitución, sino también los contenidos en esos instrumentos internacionales, cuyo conjunto puede considerarse integra un bloque unitario de protección. Sin embargo, la aplicación del principio pro persona no puede servir como fundamento para aplicar en forma directa los derechos fundamentales contemplados en los tratados internacionales, no obstante que el derecho internacional convencional sea una fuente del derecho constitucional de carácter obligatorio, toda vez que tal principio constituye propiamente un instrumento de selección que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos contenidos en dos o más normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, a efecto de elegir cuál será la aplicable en el caso concreto, lo que, por un lado, permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona

humana, en tanto la existencia de varias posibles soluciones a un mismo problema obliga a optar por aquella que protege en términos más amplios, lo que implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho de la manera más extensiva en detrimento del precepto más restrictivo. Bajo esa premisa, cabe decir que si el derecho fundamental cuestionado se encuentra previsto tanto la Constitución de la República como en los instrumentos de carácter internacional, a lo que se adiciona que los principios y lineamientos en los que se apoya ese derecho retoman y regulan en idéntico ámbito material de protección a nivel interno, por ende, ello hace innecesario aplicar la norma de fuente internacional cuando la de origen interno es constitucionalmente suficiente para establecer un sentido protector del derecho fundamental respectivo.⁴⁰²

4.3 El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad

La ponderación y el principio de proporcionalidad (que se convierte en *test* al momento de aplicarse en la práctica) se vuelven muy importantes si partimos de la idea de que no existen derechos absolutos, sino que pueden limitarse entre sí. Es probable que el principio de proporcionalidad sea el método interpretativo más recurrido al momento de dilucidar sobre la colisión y restricción de derechos.⁴⁰³

El principio de proporcionalidad está vinculado a la teoría de principios. Dicha relación implica la máxima proporcionalidad al carácter de principio y viceversa. El carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, con sus tres máximas parciales: adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y la proporcionalidad en sentido estricto (postulado de ponderación propiamente dicho).⁴⁰⁴

Algunos autores, como Mariano A. Sapag⁴⁰⁵, postulan 5 estadios para efectuar el test de proporcionalidad: 1. Juicio de finalidad; 2. Juicio de adecuación;

⁴⁰² Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013; Tomo 2; Pág. 1221. I.3o.P. J/1 (10a.).

⁴⁰³ Carbonell, Miguel, presentación a la obra la cual coordina, *op. cit.*, nota 356, p. XI.

⁴⁰⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp.111-112.

⁴⁰⁵ *Interpretación constitucional y control de razonabilidad. Elementos para la comprensión general y aplicación práctica del principio de razonabilidad*, en Cianciardo, Juan (coord.), *op. cit.*, nota 365, p. 189-206.

3. Juicio de necesidad; 4. Juicio de proporcionalidad (en sentido estricto); y 5. Juicio de respeto al contenido esencial de los derechos regulados. Aunque por regla general, el *test* de proporcionalidad está compelido fundamentalmente a las 3 fases referidas en el párrafo anterior⁴⁰⁶:

- a) Subprincipio de adecuación, lo cual significa que toda intervención legislativa o judicial sobre un derecho humano, debe estar ajustada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (debe tener una base constitucional);
- b) Subprincipio de necesidad, lo que expresa que toda intervención sobre un derecho fundamental debe ser la más templada entre todo el catálogo que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo previsto;
- c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que viene a ser que la restricción a un derecho se justifica solamente en virtud de la importancia de la finalidad que desea perseguir, es decir, las ventajas de la opción seleccionada para intervenir al derecho, deben ser bastantes como para compensar el sacrificio del derecho, que jamás debe trastocar el contenido esencial del derecho.

La ponderación y la proporcionalidad están estrechamente vinculados, sin embargo a pesar de ello, no deben confundirse pues no son términos equivalentes. La ponderación es un género que admite diversos tipos.⁴⁰⁷ Se trata de una ponderación en abstracto que toma en consideración todas las circunstancias presentes en un conflicto entre derechos fundamentales o entre estos y otros bienes constitucionalmente protegidos. Esta ponderación engloba diferentes herramientas de análisis y argumentación, una de ellas es el principio de proporcionalidad⁴⁰⁸. Es decir:

⁴⁰⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.p. 39-40, 101-103 y 163-165.

⁴⁰⁷ Villaseñor Goyzueta, Alejandra, *op. cit.* nota 355, p. 100.

⁴⁰⁸ *Idem.*

La ponderación constituye un género más amplio que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio no es más que una de sus modalidades posibles, tan sólo ocupada de la razonable relación de costes y beneficios. El juicio de proporcionalidad sería entonces una especie o variante de la ponderación de bienes o de intereses.

El principio de proporcionalidad cuestiona más la relación entre el fin y el efecto de una intervención en un derecho fundamental, mientras que al aplicación del método de la ponderación de bienes supone una valoración de prioridad en el caso concreto de diferentes intereses.

En los supuestos de conflicto o colisión entre derechos, la proporcionalidad en sentido amplio constituye un criterio más de la ponderación con todos sus elementos (utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

En un sentido amplio tanto legislador como poder judicial realizan ponderaciones en los derechos fundamentales ya que valoran, estiman y determinan relaciones de prioridad entre derechos fundamentales y posibles restricciones. No obstante, dado que la actividad judicial responde con mayor consistencia al carácter más amplio de la ponderación, parece más adecuado reservar este término a la actividad de intervención y restricción de los derechos fundamentales realizada por órganos jurisdiccionales y su correspondiente control.⁴⁰⁹

El principio de proporcionalidad forma un parámetro de control racional y relativo, en que indefectiblemente se da entrada a elementos factuales y de tiempo, aplicable a cualquier supuesto de los poderes públicos que afecte negativamente en un bien o derecho constitucionalmente tutelado susceptible de limitación. Busca fundamentalmente la racionalización del control de constitucionalidad en materia de restricción de derechos.⁴¹⁰

Respecto a la racionalidad, se puede decir que es un concepto ambiguo, abstracto que envuelve dos ámbitos: teórico y práctico. La racionalidad teórica reclama que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, claras y sin contradicciones. Mientras tanto, la racionalidad práctica alude a las condiciones de

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 101.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 106.

la persona para ser precisamente, racional. En el campo jurídico, significa que cualquier decisión debe estar fundamentada correctamente en del derecho.⁴¹¹

¿Cuál ha sido la posición de la Corte respecto a la ponderación entre restricciones constitucionales y normas de fuente convencional con base en lo que se ha vertido a lo largo de este trabajo de investigación? La respuesta la podemos revalidar una vez más con la siguiente tesis:

RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. ADICIONALMENTE A QUE SE TRATEN DE UNA MANIFIESTACIÓN EXPRESA DEL CONSTITUYENTE MEXICANO QUE IMPIDE SU ULTERIOR PONDERACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TAMBIÉN SE ENCUENTRAN JUSTIFICADAS EN EL TEXTO DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; razonamiento que generó, a su vez, que esta Segunda Sala emitiera el criterio jurisprudencial número 2ª./J.119/2014(10a.), relativo a que son inoperantes aquellos agravios en los cuales se pretenda desconocer el texto de la Ley Fundamental cuando se esté en presencia de una disposición que contenga una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional. Ahora bien, adicional a ello, de lo previsto en los numerales 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprende que los Estados Parte han dispuesto que las restricciones convencionalmente permitidas, son aquellas que por razones de interés general se dictaren en las leyes domésticas, con el propósito para el cual han sido establecidas, además de resultar ineludibles por razones de seguridad y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. En este sentido, las restricciones constitucionales encuentran sustento también en el propio texto del instrumento internacional en cita, pues se tratan de una manifestación soberana del

⁴¹¹ Bernal Pulido, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, en Carbonell, Miguel (coord.), *op. cit.*, nota 356, p.p. 33-34.

Constituyente Originario o del Poder Revisor de la Norma Fundamental, en el que se incorporan expresamente este tipo de finalidades en la Constitución General.⁴¹²

En efecto, de pretender que se dé una ponderación entre una restricción constitucional y los derechos humanos de fuente convencional, por vía de amparo, queda anulada por los criterios que se han narrado, además de:

AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE PRETENDEN LA DESAPLICACIÓN DE UNA RESTRICCIÓN, PROHIBICIÓN, LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL, CON APOYO EN UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER CONVENCIONAL.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que los derechos humanos previstos en los tratados internacionales se encuentran al mismo nivel que los reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conformando un mismo catálogo sin hacer referencia a una cuestión jerárquica; pero cuando se esté en presencia de una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional, prevalece o tiene aplicación directa el texto de la Ley Fundamental frente a cualquier norma de carácter internacional. En ese tenor, los agravios en los que se pretenda la desaplicación de una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional con apoyo en una disposición de carácter convencional resultan inoperantes, al tratarse aquellas de una expresión del Constituyente que prevalece, en todo caso y condición, frente a cualquier otra norma derivada, con independencia de que éste tenga el mismo nivel que la Constitución Federal.⁴¹³

¿Cómo ha manejado entonces el Máximo Tribunal el test de proporcionalidad y el juicio de ponderación? Hay que puntualizar que la proporcionalidad en el tratamiento de restricciones, no está contenida de forma expresa

⁴¹² Localización: [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 24, Noviembre de 2015; Tomo II ; Pág. 1299. 2a. CXXVIII/2015 (10a.).

⁴¹³ Localización: [J]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 12, Noviembre de 2014; Tomo I; Pág. 768. 2a./J. 119/2014 (10a.).

constitucionalmente, salvo lo referente a la proporcionalidad de las penas (artículo 22) y en materia tributaria (artículo 31).

“No obstante, ese principio puede deducirse del texto supremo, básicamente como exigencia del principio de legalidad constitucional, que exige del legislador no actuar en exceso de poder. En efecto, a todos los derechos fundamentales les es inherente un contenido esencial que no puede vaciar el legislador, ni los demás poderes constituidos”.⁴¹⁴

Además, una norma constitucional no puede invalidar otra, ya que ambas tienen la misma jerarquía, por el principio de unidad, que exige que sus postulados sean interpretados sistemáticamente⁴¹⁵, tal como puede apreciarse de la siguiente tesis:

CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL.

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece.⁴¹⁶

La Corte ha introducido el principio de proporcionalidad a través de su jurisprudencia⁴¹⁷ y manejado el juicio de ponderación, en diferentes momentos, aunque insuficientes todavía de razonabilidad⁴¹⁸.

Un caso relevante lo es la libertad de conciencia y religión frente al respeto de los símbolos religiosos⁴¹⁹. Sustancialmente el asunto se puede desglosar en:

⁴¹⁴ Silva García, Fernando, *op, cit.*, nota 357, p. 34.

⁴¹⁵ *Idem*.

⁴¹⁶ Localización: [TA]; 8a. Época; Pleno; S.J.F.; Tomo V, Primera Parte, Enero-Junio de 1990; Pág. 17. XXXIX/90.

⁴¹⁷ Sánchez Gil, Rubén, *Nuevos apuntes sobre el principio de proporcionalidad*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nota 185, p. 155.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 154.

1. Antecedentes. El numeral 15 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacional, establecía que en las instituciones de enseñanza primaria, media y superior, se rindieran honores a la Bandera al inicio y al final en cada inicio de semana. Los testigos de Jehová objetaban tal mandamiento en razón de sus creencias religiosas.⁴²⁰
2. Normas enfrentadas. Artículos 9, 15, 21, 42 y 46 de la referida Ley, 3o. constitucional y 2o. de la Ley General de Educación, así como 18 y 28 del Acuerdo sobre Escuelas Primarias, que aludían expresamente el saludo a la bandera. Por otro lado, La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, de la que se desprende que “Artículo 1. (...) Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”. Además, el numeral segundo refería “2.El Estado Mexicano garantiza (...) c) No ser objeto de discriminación. Coacción u hostilidad por causa de sus creencias religiosas...”⁴²¹
3. Determinación: Apreciable en la siguiente tesis:

ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONALES, LEY SOBRE EL. NO SE VIOLAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL SEPARAR UN ALUMNO DE SU ESCUELA POR INCUMPLIRLA.

Los acuerdos que las autoridades educativas adopten para separar a los alumnos con base en la Ley del Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, no violan garantías en su perjuicio porque si por imperativos concernientes a su convicción de conciencia de una fe religiosa se permitiera a los que profesan apartarse de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de toda la sociedad, equivaldría someter la vigencia de esas normas, a la aprobación del individuo, lo que a su vez pugnaría con el acto de creación del derecho por parte de la comunidad.

Así, tales acuerdos apoyados en que el alumno, so pretexto de pertenecer a los “Testigos de Jehová”, omite rendir honores a los símbolos patrios contemplados en la invocada Ley, no trasgreden los artículos 3o, 14 y 24 constitucionales.

⁴¹⁹ Analizado en Villaseñor Goyzueta, Alejandra, *op. cit.*, nota 355, pp. 185-204.

⁴²⁰ *Ibidem*, p.p. 185-186.

⁴²¹ *Ibidem*, p.p.191-197.

El 3o. porque no se está impidiendo en forma absoluta el ingreso a las instituciones educativas, sino que únicamente se trata de preservar el espíritu de ese precepto derivado de la titularidad que se confiere al Estado para la conducción de la tarea educativa; el 14, porque si la educación como garantía individual de los mexicanos, está al margen de toda creencia, dogma o doctrina religiosa, no rige el principio de previa audiencia para que los alumnos sean separados de las escuelas, pues de escucharlos implicaría el absurdo de darle oportunidad de oponerse a las disposiciones reguladoras de la disciplina interna del plantel, bajo argumento de su fe de la secta denominada “Testigos de Jehová”; el 24 porque de conformidad con este artículo las ceremonias o devociones del culto religioso, se circunscriben a los templos o domicilios particulares, de modo que no es admisible que se traduzcan en prácticas externas que trasciendan en el ámbito social del individuo.⁴²²

4. Comentarios.

- a) La educación al margen de toda creencia o dogma, trastoca la libertad religiosa de los Testigos de Jehová.⁴²³
- b) Respecto a la idoneidad o adecuación de la medida restrictiva no se examina respecto hasta donde sería afectado el incumplir el saludo a la bandera. No se aborda el subprincipio de necesidad, pues no se inspeccionan otros medios para educar a los jóvenes en el patriotismo sin obligarles a saludar a la bandera o cantar el himno, so pena de expulsión escolar, trastocando además la libertad de expresión y de pensamiento. Dicha medida de sanción no tiene proporcionalidad en sentido estricto para un alumno de educación básica obligatoria el cual tendría que abandonar sus estudios por el peso irrazonable que se le otorga más al respeto a símbolos patrios que a la libertad de conciencia y religión.⁴²⁴

Por otro lado y de forma más reciente, los ordenamientos jurídicos locales que regulan el derecho a la manifestación, expresión y reunión, han sido

⁴²² Localización: [TA] ; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo V, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1990; Pág. 209

⁴²³ Villaseñor Goyzueta, Alejandra, *op. cit.*, nota 355, p. 200.

⁴²⁴ *Ibidem*, pp. 200-204.

combatidas ante los tribunales federales buscando el veto judicial. Así, en el amparo indirecto número 1751/2014⁴²⁵ y su acumulado 1753/2014, que reclamaban la inconstitucionalidad e inconveniencia de diversos artículos de la Ley de Movilidad del Distrito Federal, se amparó y protegió a los quejosos sobre distintos considerandos. Los ordenamientos señalados intentan desarrollar y regular los artículos sexto y noveno de la Constitución Federal, mismos que a la letra indican en la parte que interesan:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Artículo 9o. No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.

No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.

Así, el juzgador federal Fernando Silva García, determinó que se advierten, en principio dos derechos fundamentales que se encuentran en conflicto; por una parte el derecho a la libertad de expresión y a la manifestación de ideas, y por otro el derecho a la circulación y movilidad de las personas”.⁴²⁶ La ponderación que debería hacerse, establecería una armonización de ambos derechos

⁴²⁵ Disponible en:

http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=729/07290000158092820023014.doc_1&sec=Jos%C3%A9_Sebasti%C3%A1n_G%C3%B3mez_S%C3%A1mano&svp=1

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 11.

constitucionales en conflicto, cediendo parte de su contenido en función de la búsqueda de su equilibrio.⁴²⁷

La argumentación recurrida por Silva García, reseñó que el aviso previo por escrito a una protesta o manifestación a la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, no violentaba la Constitución, siempre y cuando “no signifique o implique la obtención de un permiso previo otorgado por un agente con facultades discrecionales, ni tampoco se interprete como un acto que condicione la legitimidad de una protesta ciudadana”.⁴²⁸

Lo anterior en virtud de que se estimó que dar aviso previo a la manifestación, no violenta los derechos de expresión ni libertad de reunión, toda vez que la realización de la concentración o protesta, se podrá efectuar sin que se deba tener autorización de alguna autoridad⁴²⁹, aunado a que es una norma imperfecta, pues no se contempla sanción alguna en caso de que no se diera la citada comunicación.⁴³⁰

No obstante, lo anterior no aplicaría para el caso de protestas espontáneas o urgentes, las cuales por su premura, suponen un número menor y razonable de personas, y la notificación es imposible por cuestiones fácticas, resultando constitucional el artículo 212 si y solo si, se interprete en el sentido de que se inaplique en el caso de protestas espontáneas y apremiantes.⁴³¹

Otra de las cuestiones que se impugnó, fue el hecho de que en el numeral en comentario, se requería que las manifestaciones tenían que tener una finalidad perfectamente lícita, la cual a criterio del juzgador “es una norma con carácter restrictivo del ejercicio del derecho de libertad de expresión y de asociación, y que además genera un efecto inhibitorio en el derecho fundamental a la libertad de expresión y de reunión”.⁴³²

Dicha exigencia significaría la abstención de ejercer los precitados derechos, mismos que no pueden ser calificados de manera previa, dado que la libre

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁴²⁹ *Idem*.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 18.

⁴³² *Ibidem*, p. 19.

expresión y libre manifestación de ideas en sí mismas, son lícitas, y una vez efectuadas, es cuando debe determinarse si afectaron otros intereses jurídicos y su correspondiente sanción⁴³³. Por lo cual, la obligación de presentar un aviso previo a la congregación en donde se justifique la licitud de la misma, resulta inconstitucional.⁴³⁴

El conflicto que por antonomasia se da en esta ponderación de derechos, es cuándo debe determinarse si altera el orden público. El artículo 213 de la Ley en comento, establecía que solo por excepción podían usarse vías primarias, es decir, era una restricción de hacer uso de vías importantes de circulación continua en la Ciudad de México.⁴³⁵

No obstante, si bien ninguno derecho es absoluto o ilimitado⁴³⁶, a efecto de restringir o limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de asociación, en su modalidad de manifestación pública “no basta la simple posibilidad de que la misma produzca una alteración al orden público, sino que dicha afectación debe ser inminente y cierta, de modo tal, que impida el normal desarrollo de la convivencia de los gobernados en aspectos que afecten su integridad física o moral, la integridad de bienes públicos o privados, o bien su libertad de tránsito”.⁴³⁷

En ese orden de ideas, el derecho a la manifestación tiene como núcleo esencial el que las peticiones de la sociedad tengan un cauce de expresión y que el mensaje de los reclamantes sea dado a conocer al público, no pudiendo tener como finalidad específica el bloquear intencionadamente el tránsito vehicular, dado que ni la Constitución ni los tratados internacionales, reconocen un derecho al bloqueo deliberado e indeterminado o permanente de carreteras o calles.⁴³⁸

Sin embargo, la manifestación puede realizarse en espacios públicos que tienen proyección altamente notoria, accesibles desde vías secundarias y cuando no sea el caso, por vías primarias, por lo que esa porción normativa (213 de la Ley

⁴³³ *Idem*.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 23

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 24.

Movilidad de la Ciudad de México) deberá interpretarse para permitir que los particulares utilicen las citadas vías principales momentáneamente para dar su mensaje, “cuando dadas las circunstancias y por la trascendencia de la manifestación, por el número de participantes que concurrirán a ellas y para salvaguardar la seguridad de los manifestantes y de terceros, sea necesario utilizar transitoriamente las vías primarias de la Ciudad a fin de llegar a su lugar de destino”.⁴³⁹

La ponderación deberá realizarse caso por caso, para dilucidar si se está ante un uso transitorio y justificado de las vías primarias de circulación para ejercer la libertad de expresión o frente a un abuso de esas libertades, con la intención deliberada de obstruir la movilidad de terceros.⁴⁴⁰

Finalmente, respecto al artículo 214 de la multicitada Ley, se impugnaba la porción que establecía que la Seguridad Pública tomaría las medidas necesarias para evitar el bloqueo de vías primarias de circulación continua, apegándose a las normas aplicables⁴⁴¹, lo cual Silva García consideró inconstitucional.

Lo anterior, dado que en la narración de sus argumentos sobre excepcionalidad y proporcionalidad al uso de la fuerza, la existencia de un marco normativo que la regulara y su control adecuado, generaba incertidumbre en cuanto a su alcance, pues no establecía de forma expresa el tipo de medidas permitidas y delegaba su configuración a normas reglamentarias, inhibiendo el ejercicio de los derechos en cita.⁴⁴²

Como pudo advertirse, las restricciones reguladas en los artículos de la legislación inferior (Ley de Movilidad), fueron tachadas de inconstitucionales e inconvenientes utilizando tres métodos de interpretación: Proporcionalidad, ponderación e interpretación conforme. Así, tenemos que cuando se regule una limitación constitucional expresa, deberán atender a dichas herramientas hermenéuticas, so pena de invalidarlas ante los Tribunales Federales.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 25.

⁴⁴⁰ *Idem*.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁴² *Ibidem*, p.p. 30 y 31.

4.4 Las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos deben someterse a un control de convencionalidad.

No se pretende decir la obviedad, dado los argumentos que se han esgrimido, sobre todo a raíz de los pronunciamientos que ha tenido la Suprema Corte reseñados en el capítulo segundo, sino colocar especial énfasis a lo propuesto: Las restricciones constitucionales deben someterse a un control de convencionalidad.

Los derechos humanos como eje rector del actuar del Estado y de los particulares ejerciendo funciones homólogas de autoridad, deben ser respetados. Naturalmente, no todas las restricciones son ilegítimas, algunas están bien fundamentadas y justificadas, como las restricciones a derechos políticos que el numeral 130 de la Constitución refiere, sin embargo, coexisten con otras restricciones que se han enclavado legalmente en el sistema jurídico, como es el caso del arraigo.

No obstante, se debe dilucidar caso por caso. Así como la Suprema Corte se ha abierto al derecho constitucional local (y tiene el deber, pues los derechos humanos contenidos en todos los ordenamientos tendrían que ser parámetro de regularidad, atendiendo al principio *pro persona*) para combatir a las limitaciones inmanentes, como es el caso de la educación gratuita en el Estado de Michoacán⁴⁴³, debería también abrirse al derecho convencional a efecto de dotar de efectividad al principio *pro persona*. Corresponde a los órganos jurisdiccionales, en especial los que ejercen control constitucional directo, interpretar cuando una restricción de dicho rango vulnera derechos humanos, de manera casuística y óptimamente argumentada.

Muchas veces bastaría con realizar una interpretación sistemática⁴⁴⁴, interpretación conforme tratándose de leyes que desarrollen postulados constitucionales para salvar dichas limitaciones (*supra* 4.3) o un control judicial

⁴⁴³ Al efecto, véase el Amparo en Revisión 750/2015 sobre educación gratuita en la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, disponible en:

http://207.249.17.176/Primera_Sala/Asuntos%20Lista%20Oficial/AR-750-2015-160407.pdf

⁴⁴⁴ Al efecto, ver el voto concurrente del Ministro Pardo sobre la AI 155/2007.

integral⁴⁴⁵. Ahora bien, la Constitución también tendría que interpretarse conforme a los tratados internacionales, con la finalidad de que los derechos humanos de todas las fuentes (constitucional, convencional) sean efectivamente una masa versátil.

En tanto no se permita dicha apertura total al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), México incumple con lo que se ha obligado internacionalmente, pese a ciertas reservas legítimas que ha emitido al suscribir los tratados (como es el anteriormente referido caso de los derechos políticos de los Ministros de culto).

Un claro ejemplo lo es la resolución sobre la supervisión de cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con data 20 de marzo de 2013, en la que se estableció que cuando se ha aceptado soberana y democráticamente al Derecho Internacional por un Estado, es inaceptable que una vez que la Corte IDH haya pronunciado sentencia con carácter de cosa juzgada, el derecho interno o sus autoridades intenten dejarla sin efectos.⁴⁴⁶

Además, de conformidad con los artículos 67 y 68 de la CADH, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle plena observancia. Los efectos vinculantes de las sentencias no se limitan a la parte dispositiva, sino a todos los

⁴⁴⁵ Al efecto, véase la siguiente jurisprudencia:

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SEPARACIÓN DE CARGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS SUJETOS AL SISTEMA DE CARRERA MINISTERIAL, POLICIAL Y PERICIAL. CONTRA EL ACUERDO DE INICIO PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN III, INCISO B), DE LA LEY DE AMPARO.

Contra el acuerdo de inicio del procedimiento administrativo de separación del cargo de los agentes del Ministerio Público, de los petitos y de los miembros de las corporaciones policiales en los tres niveles de gobierno procede el juicio de amparo indirecto, por violaciones a las reglas que lo rigen establecidas en la legislación aplicable a cada caso en concreto, al constituir un acto de imposible reparación en términos del artículo 107, fracción III, inciso b), de la Ley de Amparo, ya que conforme al precepto 123, apartado B, fracción XIII, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, está prohibido reinstalarlos aun cuando en las instancias judiciales se demuestre la ilegalidad del procedimiento y, en consecuencia, de la resolución respectiva; motivo por el que una violación acaecida durante el inicio del procedimiento se traduciría, en última instancia, en una transgresión que trasciende irremediablemente al derecho sustantivo al trabajo y a no ser separados injustificadamente de él, reconocido tanto a nivel constitucional como convencional.

Localización: [J]; 10^a. Época; 2^a. Sala; Gaceta S.J.F; Libro 30, Mayo de 2016; Tomo II; Pág. 1329 2^a./J.49/2016 (10^a).

⁴⁴⁶ Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf, párrafo 90.

fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo tal, que supedita en su integridad.⁴⁴⁷

En ese sentido, la obligación del Estado de cumplir los fallos de la Corte, es parte suplementaria de cumplir de buena fe con la Convención Americana, vinculando a todos sus poderes y órganos, incluidos jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la sentencia, dado que el control de convencionalidad es una herramienta para aplicar el propio Derecho Internacional.⁴⁴⁸

Por eso, a pesar de contar con herramientas hermenéuticas que puedan salvar una restricción constitucional expresa, con el objeto de cerrar el círculo interpretativo para fortalecer el principio *pro persona* y con ello, la defensa judicial a los derechos humanos caso por caso, las restricciones a derechos en la Constitución, deben aprobar su convencionalidad.

No obstante, para lograrlo, no es necesaria una reforma constitucional en donde se indique expresamente lo anterior, por el hecho de que una contrarreforma podría anularla, como ha sido el caso de la reforma constitucional, tópico elemental de este trabajo, del 10 de junio de 2011, en donde ya se ha apreciado cierta resistencia política, con sendas iniciativas regresivas de diputados y senadores del Partido Revolucionario Institucional (PRI) en el año 2013.

Considero que la vía idónea para lograrlo, es el litigio estratégico que con argumentos convincentes, puedan obligar al Máximo Tribunal a una nueva y progresiva interpretación del artículo primero constitucional. Aun cuando se advierta una férrea defensa del último reducto de supremacía constitucional, como refieren diversos autores, como el Doctor Ferrer Mac-Gregor o Néstor Pedro Sagües, necesitamos encaminarnos a un derecho constitucional común en América Latina para la efectiva salvaguarda de los derechos humanos.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 102.

⁴⁴⁸ *Idem*.

CONCLUSIONES

PRIMERA. México definitivamente entró en un nuevo paradigma de protección de derechos humanos, al constitucionalizar los que provienen de fuente internacional, ampliando así, su margen de protección.

SEGUNDA. La incorporación de los principios de interpretación conforme y *pro persona* otorgan un nuevo balance en la jerarquía de derechos, destruyendo casi en su totalidad, la pirámide kelseniana, pues ahora se debe atender a la norma más protectora que esté conforme al texto constitucional o a los convenios internacionales.

TERCERA. El control de convencionalidad se reconoce expresamente por sentencias de la Corte Interamericana, en especial, por el caso Radilla Pacheco vs. México, e implícitamente se desprende de los principios hermenéuticos referidos en la conclusión segunda.

CUARTA. Del respeto a los derechos humanos que debe imperar en el actuar de las autoridades y de los particulares que ejerzan funciones análogas, se desprende que todas las materias del Derecho ahora están irradiadas por el respeto irrestricto a dichos derechos y libertades.

QUINTA. La cláusula de las restricciones y suspensión a derechos contenidos en el artículo primero constitucional, fue el parteaguas para que la Suprema Corte hiciera una interpretación literal de dicho contenido frente a los derechos convencionales, por lo que en las decisiones clave después de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, hiciera prevalecer a aquellas en detrimento de los derechos contenidos en los tratados internacionales.

SEXTA. Prevalecen las restricciones constitucionales expresas frente al mayor rango de protección que pudieran otorgar los Tratados Internacionales a partir de la contradicción de tesis 293/2011.

SÉPTIMA. El contenido de las sentencias de la Corte Interamericana que impliquen un desconocimiento a las restricciones constitucionales expresas, no serán aplicables en México.

OCTAVA. La Convención Americana estipula requisitos para que una restricción a derechos sea válida: permitida por el mismo texto regional, que esté contenida en Ley y persiga el bien común.

NOVENA. No obstante, al darle deferencia total a las restricciones constitucionales expresas frente a los instrumentos internacionales, México incumple con sus obligaciones respecto a los demás países y convenios que ha firmado.

DÉCIMA. Los caminos en la actualidad para combatir a las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos son sustancialmente cuatro: Control judicial integral, interpretación conforme, test de proporcionalidad y juicio de ponderación, pudiendo ampliarse con el derecho constitucional local y la interpretación sistemática.

DÉCIMA PRIMERA. Las restricciones constitucionales expresas deben someterse a un control de convencionalidad a efecto de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales y dotar de plena eficacia al principio *pro persona*.

DÉCIMA SEGUNDA. El principio *pro persona* no derrota a todas las restricciones constitucionales expresas, ni viceversa.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ALLIER, CAMPUZANO, Jaime, *Introducción a la interpretación constitucional mexicana*, México, Porrúa, 2013.
- ÁLVAREZ CIBRIÁN, Felipe de Jesús *et al.*, *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad, su debate actual*, México, Porrúa, 2015.
- BERNAL ARELLANO, Jhenny Judith, *Comprendiendo la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Porrúa, 2013.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, 2a. ed., México, Porrúa, 2014.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a. ed., México, Porrúa, 2014.
- _____, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2014.
- _____, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, 2a. ed., México, Porrúa, 2015.
- CASTAÑEDA, María Leoba y OTERO, Milagros (coordinadoras), *Eficacia de los derechos humanos en el siglo XXI. Un reto por resolver*, México, Porrúa, 2014
- CIANCIARDO, Juan (coord.), *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, México, Porrúa, 2012.
- CILIA LÓPEZ, José Francisco, *Los jueces nacionales frente a los derechos humanos*, México, Porrúa, 2013.

- CORCUERA, Santiago y GUEVARA, José, *México ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal – Universidad Iberoamericana, 2003.
- COSSÍO Díaz, José Ramón, *et al.*, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.
- _____, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Porrúa, 2015.
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos (coord.), *Supremacía constitucional*, México, Porrúa, 2009.
- _____, *Universalidad y primacía de los derechos humanos. Ensayos en torno a la consolidación de los derechos humanos como factores supremos en el sistema constitucional mexicano*, México, Ubijus, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo (coord.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, 2a. ed., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos.*, México, Porrúa, 2015.
- GARCÍA MORA, Ricardo (coord.), *Tópicos jurídicos contemporáneos*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2016.
- GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *Control de convencionalidad de los derechos humanos en los tribunales mexicanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2001*, 4a. ed., México, Porrúa, 2015.
- GARCÍA VILLEGAS SÁNCHEZ CORDERO, Paula M. (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Porrúa, 2014.
- GONZÁLEZ BLACKALLER, Ciro y GUEVARA RAMÍREZ, Luis, *Síntesis de historia de México*, 11a. ed., México, Editorial Herrero S.A., 1972.

- HERRERA GARCÍA, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2015.
- LARA PONTE, Rafael, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002.
- NASH ROJAS, Claudio, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, México, Porrúa, 2009.
- PACHECO PULIDO, Guillermo, *La inmensidad del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2014.
- PELAYO MÖLLER, Carlos María, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *et al., Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa, 2015.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional mexicano*, 12a. ed., México, Porrúa, 2009.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2014.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Porrúa, 2012.
- _____, *Principio pro homine vs. Restricciones constitucionales ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?*, México, Porrúa, 2014.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, 16a. ed., Porrúa, 1978.
- VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa, 2011.

TESIS Y JURISPRUDENCIAS NACIONALES E INTERAMERICANAS

- [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 151-156, Sexta Parte; Pág. 196.
- [TA]; 8a. Época; Pleno; S.J.F.; Tomo V, Primera Parte, Enero-Junio de 1990; Pág. 17. XXXIX/90.
- [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo V, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1990; Pág. 209
- [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Noviembre de 1999; Pág. 46. P. LXXVII/99.
- [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 6. P. IX/2007.
- [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; Pág. 2079. XI.1o.A.T.45 K
- [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Liro XIII, octubre de 2012, Tomo 3; Pág. 2038. 2a. LXXV/2012 (10a.).
- [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Julio de 2005; Pág. 68. 1a./J. 83/2005.
- [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012; Tomo 1; Pág. 533. 1a./J. 2/2012 (9a.).
- [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013; Tomo 2; Pág. 1221. I.3o.P. J/1 (10a.).
- [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014; Tomo I; Pág. 202. P./J.
- [J]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 12, Noviembre de 2014; Tomo I; Pág. 768. 2a./J. 119/2014 (10a.).
- [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 24, Noviembre de 2015; Tomo II ; Pág. 1299. 2a. CXXVIII/2015 (10a.).
- [J]; 10^a. Época; 2^a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 30, Mayo de 2016; Tomo II; Pág. 1329 2^a./J.49/2016 (10^a).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Olmedo Bustos vs. Chile*, sentencia de 05 de febrero de 2001, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Kimel vs. Argentina*, sentencia de 02 de mayo de 2008, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de 06 de agosto de 2008, disponible en: <http://www.cidh.org/demandas/12.535%20jorge%20castaneda%20gutman%20mexico%2021%20m>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx/JurLnt/STCIDHM1.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp.1pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Supervisión de cumplimiento de sentencia, caso Gelman vs. Uruguay*, resolución de 20 de marzo de 2013, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS