

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



CIDE

“LA RELACIÓN NORMATIVA ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE
DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN: UN ANÁLISIS DE LA
OPERATIVIDAD DE NUESTRO PARÁMETRO DE REGULARIDAD”

TESINA

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

ALONSO MADRAZO LABARDINI

DIRECTOR DE TESINA: DR. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

CIUDAD DE MÉXICO, AGOSTO DE 2016

Este trabajo se lo dedico con mucho cariño a mi tío Raúl.

Por su generosidad, cariño y fortaleza. Por ser un gran ejemplo de vida.

Chito, va por ti.

A mi mamá, Adriana, por ver valentía en mi rebeldía.

A mi papá, Javier, por soportarla.

Agradecimientos:

A mi director de tesina, Ministro José Ramón Cossío Díaz, por guiarme en este proceso de aprendizaje que cristaliza una nueva etapa de mi vida. Le agradezco infinitamente la dedicación y el tiempo invertido para poder cumplir este objetivo. Particularmente, nunca olvidaré la calidad humana que lo identifica y que, sin duda, me motiva a ser mejor persona y abogado. Doctor, muchas gracias

A mi jefe, mentor y amigo, Raúl Mejía, por convertir la oficina en una escuela, en donde ha proliferado mi pasión por el derecho. Por cuidarme y por preocuparse, siempre estaré agradecido. Gracias, jefe.

Al Ministro Javier Laynez Potisek, por sus enseñanzas en la esfera del derecho administrativo.

A mis profesores del CIDE Alfonso Pasapera, Jimena Moreno, José Antonio Caballero, Ximena Medellín, Gustavo Fondevila, Ana Laura Magaloni, Max Diener, Javier Cruz Angulo y Werner Vega por contribuir a la pasión que tengo por el derecho o que, de diferentes maneras, me han enseñado importantes lecciones.

A mi familia. A mi papá, por siempre estar ahí, por siempre poner primero a sus hijos, por siempre estar preocupado por mi crecimiento y mi camino de vida.

A mi mamá, por ser la persona que más me ama en este mundo. Por enseñarme el camino de las risas y del amor. Gran parte de lo que soy y seré te lo debo a ti, mamá. Te amo.

A mis hermanos, Diego y Javier. A mis dos mosqueteros. Los adoro y admiro profundamente. Son un ejemplo para mí. En esta vida vamos juntos a todas. Lo que nos une es mucho más grande que la sangre. Todos para uno y uno para todos.

A mis primos, que hacen de mi vida algo más bonito. No hay nada como el carisma del Chuyo, Andreita y Fer; la inteligencia de la Piri y Regina; la felicidad que irradian Victoria y Lorenzo; la nobleza del Chaparro; el humor y la clase de Pau y nada como la seguridad de Capi. Gracias, primiza. A mis tías, Paulina y Victoria por siempre estar presentes para poder dar un buen consejo. A Arturo y Silvia por recibirme con tanto amor y por tratarme como a un hijo.

A mis otros hermanos, a Santiago Oñate, Alan Spindel, Gustavo Ramírez, Luis Flores, Rubén Turok y Santiago Marcos. Por su amistad, gracias. A Karla Prudencio, por ser tan genuina, tan pura y tan extraordinaria.

Mi estancia en el CIDE y mi crecimiento como abogado no sería el mismo sin el Jessup. Agradezco a mis mentores Camilo Soto y Luis Jardón. A mis compañeros, Ana, Juan Pablo, Luis, Mike, Rich y Gaby. A mis *coacheados*, porque el que en realidad aprendió de ustedes fui yo.

A mis queridos colegas y amigos, Jimena y Santiago. TTDTLV.

ÍNDICE

I. <u>CAPÍTULO PRIMERO</u>	1
<u>EL ALCANCE CONCEPTUAL DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS</u>	1
A. <u><i>La Fragmentación del Sistema: El Contexto General</i></u>	1
B. <u><i>Metodología de Análisis</i></u>	6
C. <u><i>Interpretación del artículo 1º: justificación del método</i></u>	8
D. <u><i>Interpretación teleológica del concepto de en el proceso legislativo</i></u>	15
1) <u><i>Los diferentes puntos de teleología normativa</i></u>	15
2) <u><i>Descripción del Proceso Legislativo</i></u>	16
3) <u><i>Aplicación del estándar interpretativo al proceso legislativo del artículo 1º</i></u>	28
E) <u><i>Conclusiones</i></u>	35
II. <u>CAPÍTULO SEGUNDO</u>	37
<u>LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º: UN PROCESO DE CONSTRUCCIÓN Y DECONSTRUCCIÓN DEL PARÁMETRO DE REGULARIDAD DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO</u>	37
A) <u><i>Primer momento: Igualdad jerárquica y la Corte monista</i></u>	38
1) <u><i>Amparo en Revisión 151/2011: Traslado de Reos</i></u>	38
2) <u><i>Acción de Inconstitucionalidad 155/2007</i></u>	40
B) <u><i>Segundo momento: La prevalencia de las restricciones constitucionales y la fragmentación del sistema internacional del nacional</i></u>	45
1) <u><i>Contradicción de Tesis 293/2011</i></u>	45
2) <u><i>Contradicción de Tesis 21/2011: Procedencia del Amparo Directo en Revisión frente a la interpretación de tratados internacionales de derechos humanos</i></u>	50
C) <u><i>Tercer Momento: La Construcción del Concepto de y la metodología de inaplicación del derecho internacional frente al derecho constitucional y legal</i></u>	53
1) <u><i>Acción de Inconstitucionalidad 32/2012: Geolocalización</i></u>	53
2) <u><i>Amparo Directo en Revisión 1312/2014: Procedencia del Amparo en contra de actos del Consejo de la Judicatura Federal</i></u>	56

<u>D) Conclusiones</u>	58
III. <u>CAPÍTULO TERCERO</u>	60
<u>EL PUNTO DE QUIEBRE DEL BLOQUE DE REGULARIDAD Y LA OPERATIVIDAD DEL MODELO ADOPTADO EN LA CT 293/2011: UNA REFLEXIÓN</u>	60
A) <u>Marco de análisis jurisprudencial</u>	60
B) <u>La CT 293/2011: Validez lógica de la sentencia, su operatividad dentro del sistema jurídico-político mexicano y sus efectos frente al derecho internacional</u>	63
1) Los argumentos de la Corte en la CT 293/2011 son contradictorios	65
2) Los argumentos de la Corte en la CT 293/2011 no son contradictorios.	68
C) <u>Conclusiones</u>	78
<u>Bibliografía:</u>	81
<u>Tratados Internacionales:</u>	83
<u>Normativa Nacional:</u>	84
<u>Jurisprudencia y Sentencias Nacionales:</u>	84
<u>Instrumentos legislativos de la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 respecto del artículo 1º constitucional:</u>	85

I. CAPÍTULO PRIMERO

EL ALCANCE CONCEPTUAL DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

A. *La Fragmentación del Sistema: El Contexto General*

En virtud de la reforma constitucional en materia de derechos humanos (RCDH) del 6° y 10° de junio del 2011, se pretendía modificar todo un sistema de impartición de justicia, de eficacia y alcance de los derechos humanos. Como es bien sabido, para conseguir lo anterior, el Constituyente Permanente introdujo una serie de principios constitucionales en el artículo 1°, con la finalidad de cambiar la operatividad jurídica de las normas de derechos humanos en nuestro sistema jurídico, y optó por dotar de rango constitucional a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los cuales México es parte. Para propiciar el respeto y cumplimiento de los derechos humanos y hacer tangible la aplicación de estas normas, el Constituyente incorporó, *inter alia*, el principio pro persona a nuestro régimen constitucional.

En este proceso de cambio fundamental en nuestro sistema jurídico, la Suprema Corte también tendrá un rol esencial en la definición de la operatividad jurídica que tendrían todos estos nuevos conceptos y principios. La Corte en lo particular y el Poder Judicial de la Federación en lo general, serían los responsables de que este nuevo artículo 1° funcionara de manera que se satisficieran los objetivos motivadores de la reforma. Se podría decir, en este contexto, que el papel del Poder Judicial Federal era una función de carácter instrumental de manera que debía definir el diseño operativo y metodológico de integración y aplicación del parámetro de regularidad. Es decir: ¿cómo hacer para que el nuevo sistema funcione?

Como contexto general, en la doctrina nacional¹ e internacional² y en la jurisprudencia³, se dice que el principio pro persona tiene dos acepciones. La primera acepción de este principio, puede ser definida como el canon interpretativo en virtud del cual la autoridad está obligada a interpretar el contenido del enunciado normativo de manera más amplia, de manera que se busca maximizar la protección del individuo frente al poder público.⁴ La segunda acepción⁵ de este principio, la podemos definir como un criterio de aplicación normativa en virtud del cual se elegirá la norma de derechos humanos que tenga un alcance más protector, de manera que si la Constitución contiene una norma que tutela un derecho humano de manera más amplia que la norma contenida en los tratados internacionales, será la norma de fuente constitucional la que deberá ser aplicable. De igual manera, si algún tratado internacional contiene una norma de un derecho humano más amplia que la norma Constitucional, será la norma internacional la que debiera ser aplicada.

Adicionalmente, el Constituyente Permanente también optó por mantener la parte del artículo 1º -vigente desde 1917- que prescribe que los derechos humanos pueden ser restringidos y suspendidos en los términos que la Constitución establezca.

Naturalmente, esta composición fue, por decir lo menos, problemática para el intérprete constitucional. Cuando leemos el texto del artículo 1º constitucional y nos preguntamos: ¿qué quiere decir *restricción*?, necesariamente nos tenemos que preguntar también ¿con qué método se responde a dicha pregunta?

Los métodos y fuentes que se pueden emplear para dotar de contenido a una norma son numerosos y, por ello, son difíciles de ordenar. Sin embargo, esta pregunta es necesaria, pues

¹ Castilla, Karlos, “El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 65-83.

² Henderson, Humberto, “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: La Importancia del Principio Pro Homine”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, núm. 39, enero-junio de 2004.

³ “Principio Pro Persona. Criterio de Selección de la Norma de Derecho Fundamental Aplicable”: Época: Décima, Registro: 200 2000, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 2, pág. 799.

⁴ Castilla, Karlos, “El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 65-83.

⁵ *Ibidem*

el derecho en general y la Constitución en este caso de análisis específico, no son siempre autorreferentes en su contenido, no se autodefinen perfectamente. Esto es imposible. Las normas no prevén todos los supuestos y no enmarcan todos los conceptos.

Este texto aborda la pregunta general de cómo definir nuestro parámetro de control de regularidad normativo en virtud de la mencionada reforma constitucional. Para lograrlo, abordaré una segunda y fundamental pregunta: ¿cuál es el significado de la palabra *restricción* en el contexto del artículo 1º constitucional? ¿Cuándo se pueden restringir los derechos en ese contexto?

La definición del alcance conceptual de “*restricción*” es una de las más importantes preguntas que nuestra Suprema Corte ha tenido que responder en la Décima Época. Es, sin duda, una interrogante con un impacto determinante en la forma en que funciona nuestro sistema jurídico, con implicaciones fundamentales en la esfera de lo político, de la visión de Estado que adoptamos, de las relaciones internacionales en el cumplimiento del derecho internacional e, incluso, en la esfera de lo moral, de la filosofía y el Estado humanista. Todas estas implicaciones, que algunos clasificarían como meta-jurídicas, no deben ser obviadas de la esfera del derecho constitucional, pues la interdependencia disciplinaria para poder apreciar la *realidad* es, en gran parte, lo que le da contenido legitimador a lo que la Corte *dice* que *es* la Constitución. Dada la importancia de esta pregunta, debemos analizarla con cautela pero, sobre todo, con suma técnica jurídica y con rigor metodológico. Ahí es donde la democracia y el Estado Constitucional de Derecho encuentran una de sus virtudes más importantes: en el argumento y en la justificación normativa robusta de las decisiones que le dan rumbo a los diferentes procesos políticos. La calidad de la argumentación y de la justificación normativa está altamente condicionada por los métodos de análisis.

Nuestra Suprema Corte ya ha tenido primeros acercamientos a este importante debate. Arrojó una respuesta que puede gustar a unos y disgustar a otros. Esto, en un primer momento, no importa. Esto es natural en la democracia. Es sano. Lo que importa analizar en el presente trabajo es el proceso de justificación y la calidad argumentativa que soporta las conclusiones.

En términos generales, aunque unos Ministros lo hacen más explícito que otros en sus votos concurrentes, el problema se definió por la mayoría de la SCJN de la siguiente manera: El primer párrafo del artículo 1º constitucional dispone que la aplicación de las restricciones

expresas a los derechos humanos depende de la fuente formal de derecho de la que deviene la norma, es decir, la Constitución, mientras que el segundo párrafo dispone que el criterio para aplicar la norma debe ser el alcance material de ésta, sin importar la fuente formal de derecho de la cual devenga. El análisis de la operatividad del bloque de regularidad que

diseñaron los Ministros, parte de la premisa de que el concepto de se refiere a las acotaciones a los derechos humanos establecidas constitucionalmente. En un primer momento, no habría mayor concreción conceptual al respecto, pero este punto de partida significaría el comienzo de la dinámica constructivista de la funcionalidad del bloque a través de la jurisprudencia. Y, por otro lado, los Ministros definieron que el principio pro persona era el canon interpretativo en virtud del cual se debe elegir la norma que sea más protectora y en virtud del cual se debía interpretar dichas normas de la forma más amplia posible.

Así, la interpretación de la mayoría de Ministros en la Corte del artículo 1° consiste en una lectura que opone el ámbito de aplicación material del primer párrafo con el segundo y, partiendo de esa base material, ha intentado acomodar esa oposición de tal manera que se entienda que las imposición de las restricciones constitucionales es una pequeña excepción a la aplicación del principio pro persona como criterio de selección de normas. Así, y como veremos más adelante, la validez lógica de esta afirmación dependería y seguirá dependiendo de la ampliación o reducción conceptual del término de *restricción* en la práctica jurisprudencial de nuestra Suprema Corte. Los opositores a ésta decisión sostienen que este entendimiento del sistema genera una lectura contradictoria en la cual el derecho internacional se subsume jerárquicamente a la Constitución, lo cual deja inerte el principio pro persona como criterio de selección normativa.⁶

Sin embargo, esto, por el momento, no es relevante. Insisto, el análisis crucial, en un primer momento, son los procesos de racionalización que llevan a la conclusión, sobre todo porque dicho proceso determinará en gran parte la funcionalidad del sistema.

Ante todo, es preciso señalar que las acepciones conceptuales que pudieran dársele al concepto de *restricción* son muchas. A manera de ejemplo, podría definirse que el concepto de

⁶ Santiago Corcuera, “Otra vergonzosa decisión de la Suprema Corte”, Vanguardia, agosto 2015.

restricción se refiere a la derogación de derechos humanos en caso de emergencia⁷. Podría también significar cualquier acotación o limitante material a los derechos contenidos en la CPEUM. Podría también significar que cuando la Constitución contenga una cláusula competencial a favor de alguna autoridad que tenga como efecto restringir indirectamente el derecho.⁸ Podrían ser todas estas acepciones. Podría ser. La pregunta es: ¿que pretendía ser?

Ciertamente el texto constitucional es ambiguo, por decir lo menos, y está abierto a interpretación. Definitivamente genera dudas. Como veremos más adelante, la deficiente regulación del Constituyente Permanente propició un gran debate entre los Ministros en cuanto a los mecanismos de aplicación normativa en materia de derechos humanos.

Pareciera que la interpretación literal de los párrafos primero y segundo del artículo 1º deja ambigüedad y obscuridad en cuanto al significado real de la norma, ya que resulta imposible satisfacer el principio pro persona cuando paralelamente se pretende aplicar a raja tabla las restricciones a los derechos humanos que la misma norma fundamental contiene. Así, entonces, surgen diferentes preguntas: ¿cuál es el verdadero alcance conceptual de una *restricción constitucional* a entender del Constituyente Permanente? ¿Era la intención del órgano reformador de la Constitución que las restricciones constitucionales derrotaran siempre el contenido de los tratados internacionales? Probablemente sí, lo cual no supondría ningún problema. Una importante cantidad de sistemas jurídicos están diseñados con una estructura dualista en la cual el derecho interno prevalece frente al derecho internacional. El tema de fondo es analizar en el caso mexicano que se pretendía: ¿un monismo o un dualismo? ¿La integración o la fragmentación?

En suma, el gran problema que se generó para los intérpretes constitucionales, y en particular para la SCJN⁹, es que no parece haber una respuesta que se desprenda del texto mismo que dote de contenido al concepto de *restricción* ahí contenido.

⁷ J.R Cossío, R.M. Mejía, L.P Rojas, “*La Construcción de las Restricciones Constitucionales a los Derechos Humanos: Estudio y Documentos a Partir de las Contradicciones de Tesis 293/2011 y 21/2011*”, Editorial Porrúa, noviembre 2015, México, D.F, p.5

⁸ Véase, por ejemplo: Acción de Inconstitucionalidad 32/2012 en materia de geo-localización. Ministra Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos

⁹ Véase la Contradicción de Tesis 293/2011 y Contradicción de Tesis 21/2011 resuelta por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual será analizada en los capítulos posteriores.

Algunos argumentarán que volver a la discusión que ya tuvo la Corte carece ya de sentido pues ya ha sido decidida para sostener que las restricciones constitucionales prevalecen frente al contenido de los tratados. Esto es un error. El alcance de lo decidido por la Corte en las Contradicciones de Tesis 293/2011 y 21/2011 está comenzando a gestarse en la forma en que este bloque de regularidad abstracto se está aplicando en las decisiones concretas. La construcción abstracta de la operatividad del bloque de regularidad de nuestro sistema normativo se sigue construyendo en los casos específicos y es a través de la casuística que los Ministros de nuestra Suprema Corte definen lo que *es* nuestra Constitución, no solo desde el punto de vista material, sino también desde un punto de vista formal. En cada caso en el que los Ministros defienden si alguna regulación constitucionalmente establecida es o no una *restricción* y la aplican frente al contenido de los tratados para resolver un conflicto, deciden cuales contenidos forman parte de nuestro bloque de regularidad y cuáles no. Es por ello que considero que hoy, más que nunca, se necesita seguir en este debate, tomando en cuenta los diferentes rumbos que se podrán seguir dentro de este complicado bosquejo constitucional. Inevitablemente, la SCJN seguirá evaluando caso por caso la forma en que el concepto de *restricción* se amplía o se restringe y debe de hacerlo consciente de que eventualmente esto tendrá importantísimas implicaciones en la responsabilidad del Estado Mexicano en jurisdicción internacional.

También, no se debe obviar el hecho de que hay tres nuevos Ministros en la Corte desde la decisión en las CT 293/2011 y 21/2011, cuyas posturas pueden significar una diferencia fundamental en la forma en que apreciamos el derecho en México y su relación con el derecho internacional, tomando en cuenta que últimamente, y de ahí la importancia real del tema, esto afecta y seguirá afectando la manera en que las autoridades se relacionan con los ciudadanos en una multiplicidad de temas y situaciones que definen día con día la vida de miles de personas. El debate de ninguna manera está muerto. Esta vivo y está coleando.

B. Metodología de Análisis

Establecido este contexto, en el presente capítulo trataré de dilucidar, a través de un estudio del proceso de las reformas constitucionales¹⁰, cuál era la intención del Constituyente al

¹⁰ Al respecto, el mencionado estudio estará basado en los diferentes dictámenes y propuestas hechas por ambas cámaras del Congreso en el proceso de reforma constitucional al artículo 1º.

adoptar ésta redacción y esta nueva composición del artículo 1º constitucional. En este sentido, me refiero a la forma en que éste pretendía que el sistema de aplicación normativa funcionara, extrayendo no solo una intención ideológica o filosófica detrás del cambio al artículo 1º, sino el alcance conceptual específico y concreto de la *restricción* constitucional. Si bien es de extrema importancia entender las consideraciones humanistas y esenciales detrás de la reforma a nuestro artículo primero, es especialmente importante -precisamente para poner estas consideraciones en práctica- definir cuál es la funcionalidad de estas normas para que las metodologías de aplicación sean consistentes entre sí y con el contenido de los tratados internacionales.

Así, el objeto del primer capítulo consiste en analizar el texto del artículo 1º a la luz de todos los elementos normativos relevantes para definir cuál era la acepción conceptual de “*restricción*” pretendida, ya que ello resulta clave para conocer la operatividad normativa del parámetro de regularidad y la relación entre Constitución y tratados en materia de derechos humanos.

En este contexto, y de manera previa al análisis, cabe decir que, desde una perspectiva aislada del texto constitucional, el concepto de *restricción* constitucional a los derechos humanos pudiera ser entendido de diversas maneras: como *restricción* a los derechos humanos en un supuesto de excepción del régimen constitucional por causa de guerra o que en general se disturbe la paz pública, en los términos del artículo 29 constitucional¹¹ como *restricción* en virtud de una competencia otorgada a una autoridad que de manera indirecta transgrede el contenido de un derecho, como un régimen especial de derecho aplicable a una situación determinada que resulta en una *restricción* a un derecho, por mencionar algunos ejemplos.¹²

¹¹ **Artículo 29.**

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

¹² Las diferentes categorías de restricción que se han dado en la práctica judicial serán analizadas con detenimiento en los capítulos posteriores a través del estudio de los casos específicos relevantes.

C. Interpretación del Artículo 1º: Justificación del Método.

Ahora bien, como se ha expuesto *in extenso* en la literatura jurídica, la RCDH de 2011 supone un muy importante acontecimiento para la vida jurídica del país y para la construcción de un sistema fuerte de eficacia de los derechos humanos.¹³ Ciertamente, una reforma de ésta magnitud debe ser bienvenida, pero también debe estar propiamente diseñada para que su instrumentalización en todos los niveles de gobierno sea efectiva y para que tenga un efecto tangible y práctico en la forma en que los individuos exigen los derechos humanos de los cuales son titulares. Las autoridades, dentro de sus competencias, deben asegurarse que el diseño de la Constitución, las normas generales y los mecanismos de implementación, sean coherentes entre ellos para así conformar un sistema completo y efectivo. La instrumentalización de la RCDH es el gran reto que ahora tienen los diferentes operadores jurídicos del sistema, empezando por la Suprema Corte en el diseño abstracto del sistema.

A continuación, se transcriben los cambios al artículo 1º Constitucional y se subrayan los dos párrafos que aparentemente entran en conflicto o que, por lo menos, generan dudas respecto a su significado:

Artículo 1º constitucional antes de 10 Junio 2011

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

Artículo 1º constitucional vigente

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

¹³ Senado de la República. “*La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos: Una Guía Conceptual*” Instituto Belisario Domínguez. Coordinadores: Pedro Salazar Ugarte, José Luis Caballero Ochoa y Luis Daniel Vázquez; Senado de la República, Dictamen de Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales respecto de la reforma del 6 y 10 de junio de 2011. (Discusión en Cámara de Senadores); Cámara de Diputados, Dictamen de Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales respecto de la reforma del 6 y 10 de junio de 2011. (Discusión en Cámara de Diputados) (Dictamen de 13 de diciembre de 2010); S. García Ramírez y J. Morales Sánchez, *La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, Porrúa/UNAM, México, 2011, págs. 9-16; Rodríguez Huerta, Gabriela, *El Quehacer en la LX Legislatura. Antecedentes y Entorno. La Celebración de Tratados en el Orden Constitucional*, Senado de la República, ITAM, México, 2008; Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte “*La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*”, Editorial Porrúa y UNAM, Anexo I. Cuadro Comparativo entre el nuevo y derogado artículo 1º de la CPEUM.

establece.

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

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

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 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, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

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

y la protección de las leyes.

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

Debido a la insuficiencia de otros métodos interpretativos al analizar el artículo 1º, considero útil partir de un enfoque teleológico para desentrañar el sentido real de la norma.

La elección de un enfoque teleológico en la interpretación no es cuestión de azar ni mucho menos. Me parece que el diseño normativo del artículo 1º constitucional, por su ambigüedad y poca claridad, debía ser analizado más allá de su literalidad, ya que el texto evocaba un sistema de funcionalidad cuestionable e incluso parecía ser que algunas interpretaciones del mismo podían ir en contra del objeto de su modificación. La naturaleza abstracta de los conceptos claves del artículo 1º autoriza al intérprete, *prima facie*, a construir una baraja amplia de conceptos de *restricción*, lo cual implica un riesgo para éste de perderse en el vagaje conceptual. Por ello, repito, que un enfoque textual resulta insuficiente para determinar el sentido de la norma. Me parece que el enunciado contiene un grado más alto de complejidad que exige un enfoque interpretativo que comprenda elementos externos al texto pero que expliquen la génesis del mismo.

Dado que no existen normas positivas que prevean un proceso de interpretación constitucional, me parece complicado establecer una metodología objetiva y concreta de interpretación en nuestro orden constitucional. Parecería que al interpretar un texto existe un alto grado de discrecionalidad al escoger el enfoque o el método interpretativo “correcto”. Sin embargo, me parece que en aras de proteger la consistencia en la aplicación del derecho,

existe -como mínimo- una obligación de justificar la metodología de interpretación empleada, pues es de esta manera que se pueden identificar los elementos esenciales de aplicación. Por nombrar algunos métodos, se podría acudir a una interpretación literal, teleológica, sistémica, originalista o evolutiva del derecho, todo dependiendo de la complejidad de la pregunta y más importante aún, la claridad del núcleo normativo.

Bajo la premisa fundamental de que la interpretación es aquella operación jurídica que dota de contenido a un enunciado normativo con el objeto de definir la norma que subyace del mismo¹⁴, tenemos que la función del intérprete es abstraer el mandato *real* del texto, en función de diversos elementos que le permiten desentrañar la norma.

Ahora bien, como sostuve anteriormente, en nuestro orden constitucional no existen normas interpretativas que nos obliguen a seguir una metodología concreta. Existen sistemas normativos como es el caso del Derecho Internacional Público en donde se definen positivamente los métodos interpretativos a seguir, imponiendo así una obligación concreta al intérprete.¹⁵

Sin embargo, considero que en los dominios del derecho constitucional mexicano estos diferentes métodos si bien no son obligatorios, funcionan de manera instrumental para justificar un resultado o una conclusión a la que se llega respecto del significado del texto, ya que a través de estas herramientas se hace explícito el proceso de racionalización que conduce a un resultado determinado.

Dicho en términos simples, el ejercicio de interpretación consiste en la construcción de la norma por medio del entendimiento del mandato del texto. Ahora bien, dicho “entendimiento” consiste en un ejercicio cognitivo en el cual se descubre el significado real de las palabras, la norma detrás del enunciado normativo.

Establecido lo anterior, cabe preguntar: ¿para qué sirven esta serie de herramientas? Es decir, últimamente: ¿qué se busca lograr con ellas? Mi apreciación es que estas directrices buscan desentrañar la voluntad del emisor de la norma. Sin duda esto es discutible y una de las

¹⁴ Ricardo Guastini, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. México (Editorial Porrúa, 2008) Universidad Nacional Autónoma de México, Octava edición, p. 11.

¹⁵ Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

discusiones más relevantes en las teorías de la interpretación se refiere a la adecuada ponderación entre las limitantes del enfoque textual y la intención de las partes, entre la letra y el espíritu.¹⁶ No obstante lo anterior, definir cuál es el mandato, funcionalidad y efectos pretendidos de la norma es lo que, desde mi perspectiva, todo sistema de interpretación debe satisfacer. Si nosotros le asignáramos otra finalidad a los medios de interpretación, entonces tendríamos que aceptar que la interpretación no busca desentrañar el significado que se le pretendía dar a la norma y que el derecho *es* lo que el intérprete considera que *debe de ser*. El dilema de la letra e intención, me parece, es un falso dilema. La intención es siempre lo que se busca abstraer del enunciado normativo, es a través de la intención del emisor, lo que define el contenido de la norma. Lo que cambia son los métodos para hacerlo y la forma en que definimos la voluntad del emisor de la norma. Considero que el enfoque textual es solamente una herramienta que nos puede auxiliar para el conocimiento o el descubrimiento de esa intención.

Pensemos, a manera de ejemplo, en la función judicial. Precisamente, la función del juez consiste en darle sentido a la norma conforme a la voluntad del emisor normativo, sin importar el conservadurismo o liberalismo del mismo. Los jueces más radicales en los diferentes polos de las diferentes líneas ideológicas podrán llegar a conclusiones diferentes porque su forma de definir las intenciones encuentran su anclaje en diferentes objetivos sociales, políticos o epistemológicos que se definen diferenciadamente ya que la intención del emisor normativo puede definirse en diferentes niveles de abstracción, pero al interpretar una norma debemos buscar la intención del aquel. Esto puede ser muy complicado o muy sencillo. Todo depende de la complejidad de los conceptos y de la evidencia normativa existente dentro del texto, así como instrumentos externos pero normativamente relacionados con el mismo.

Al respecto, podría ser ilustrativo el caso de las teorías interpretativas del originalismo y del evolucionismo¹⁷ constitucional las cuales constituyen los dos polos teóricos opuestos de la interpretación del constitucionalismo norteamericano. A pesar de las diferencias fundamentales en la visión de Estado de la cual estas teorías subyacen, en los métodos

¹⁶ Oliver Corten & Pierre Klein, *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités: Commentaire Article par Article* (Brussels, Bruylant, 2006); Ian Sinclair, *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, Manchester University Press, 1984).

¹⁷ También conocida como la teoría de “la Constitución viva”. Al respecto véase: S. Breyer, “*Making our Democracy Work: A Judges View*”, 2010, Alfred A. Knopf, New York.

argumentativos que las canalizan y en las diferentes concepciones de la función judicial frente al sistema político que representan, el factor común entre ambas teorías se encuentra en el hecho de que ambas tratan de desentrañar una voluntad. Por un lado, el originalismo fija la voluntad de una manera estática y así, pretende abstraer el mandato de los redactores originales del documento constitucional¹⁸ mientras que, por otro lado, la visión evolutiva de la Constitución se fundamenta en la idea de que la voluntad de los redactores de la propia Constitución era implantar un lenguaje abstracto para poder adaptar el texto constitucional a los cambiantes contextos sociales, culturales, políticos y que de tal manera el significado del texto fuese cambiando evolutivamente. Las implicaciones ideológicas, políticas de este tema escapan a la pregunta que este texto aborda y exceden el conocimiento del autor, pero ejemplifican que, sin importar las tendencias ideológicas de un juez, éste siempre busca desentrañar la voluntad del emisor normativo.

Habrán veces en las cuales el enfoque textual no aclare el sentido normativo y será necesario acudir a ulterior interpretación y habrá ocasiones en las que la letra sea clara y no sea necesario recurrir a métodos ulteriores de interpretación para desentrañar la voluntad del creador normativo.

Por ejemplo, en el caso del derecho internacional antes mencionado, existe una regla general de interpretación contenida en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que circunscribe la interpretación que hacemos del texto en función de la voluntad de los estados al suscribir el texto del tratado. Lo anterior no es por mera ocurrencia, sino que la misma naturaleza de los tratados exige que éste sea la finalidad última del sistema interpretativo.

Existen enunciados normativos que, a través de una simple interpretación literal, nos transmiten la voluntad del emisor de la norma sin mayor complicación. Existen otros textos de naturaleza compleja que nos podrían llevar a otros métodos interpretativos, tal como es el análisis de los instrumentos legislativos para poder apreciar el proceso de racionalización que dio origen a la norma y poder materializar los efectos pretendidos por el emisor de la misma.

¹⁸ A. Scalia, *"A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law"*, 1997, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.

Así, surge la siguiente pregunta: ¿bajo qué condiciones se puede pasar de un método interpretativo a otro? Planteado en otros términos: ¿cuál es el estándar que tiene que ser satisfecho para que se utilicen elementos adicionales al texto para darle contenido al mismo?

Como ya expresé, me parece que la voluntad del emisor se manifiesta, *prima facie*, a través de la literalidad del texto. Es por ello que ante la claridad en el texto no cabe ulterior interpretación, esto es: *claris non fit interpretatio*. Solo cuando existe ambigüedad en el uso de los conceptos es cuando se deben usar más herramientas, para definir el sentido del mismo. Así las cosas, sólo cuando existe duda sobre el significado de los conceptos, es necesario acudir a más herramientas de interpretación y éste debe de manifestar los elementos de incertidumbre o duda que justifican ulterior interpretación.

En el caso del artículo 1º de la Constitución encontramos en la palabra “restringirse” (*restricción*) un concepto que pudiera tener diferentes acepciones dentro del contexto normativo de nuestra Constitución, por lo cual un enfoque literal deja un alto grado de incertidumbre y dificulta la adopción de un concepto homogéneo de *restricción* dentro del universo conceptual que pudiese ser construido en la jurisprudencia.

Por ejemplo y por un lado, el artículo 16 constitucional regula el arraigo de los individuos vinculados con delitos de delincuencia organizada. Este precepto faculta a la autoridad judicial a decretar, a petición del Ministerio Público, el arraigo del individuo sospechoso del delito. Así entonces, dentro de las categorías ya mencionadas tenemos que esta es una *restricción* competencial, ya que a través de una facultad otorgada a las autoridades, se transgrede la libertad personal del individuo.

Por otro lado, en el artículo 130, fracción d) constitucional se limita el derecho a ser votado de los Ministros de culto, lo cual es una limitante directa y material a los derechos políticos de los Ministros de culto.

Por último, otro ejemplo, que supone una pregunta todavía más compleja para definir si estamos ante una *restricción* o no, es el requisito contenido en el artículo 3º constitucional en el cual se impone a los trabajadores de la educación del INEE la obligación de presentar un examen de capacidades y conocimiento para estar en posibilidad de controlar la calidad en el sistema educativo y el conocimiento de los mismos. Ha sido argumentado que esta medida

violenta el derecho al trabajo de los trabajadores de la educación. Aunado a que dicha medida parece ser fundamental para el desarrollo de nuestro sistema educativo, puede ser que se argumente que es una *restricción* a un derecho humano tomando un concepto muy amplio de *restricción* o puede considerarse que es un régimen especial que aplica a un determinado grupo de trabajadores en aras de proteger otro bien constitucional de enorme trascendencia como es la educación pública de calidad.

Una interpretación del contexto normativo¹⁹ de la Constitución no es suficiente para poder definir un concepto homogéneo de *restricción*, ya que las diferentes categorías de limitantes contenidas en la misma hacen imposible inferir un criterio consistente y no permiten dilucidar cuál es el funcionamiento del sistema de aplicación normativa en la materia.

Así entonces, considero que para estar en posibilidad de desentrañar el contenido del concepto de “*restricción*”, es necesario acudir a los instrumentos normativos que evidencian el proceso de racionalización de la norma, así como los efectos que se pretendía darle.

D. Interpretación Teleológica del Concepto de en el Proceso Legislativo

1) Los Diferentes Puntos de Teleología Normativa

Ahora bien, la definición de la voluntad del emisor de la norma puede estar anclada en diferentes niveles de abstracción. En el ejercicio de interpretación teleológica de un concepto o de una frase, el intérprete puede fijar la voluntad del emisor normativo en un marco muy esencialista y abstracto, haciendo referencia a los objetivos filosóficos o de política pública de la norma y a partir de esas consideraciones de carácter amplio, dotar de contenido al concepto o puede, por el contrario, fijar una voluntad más concreta y aterrizada respecto del significado específico que el legislador le dio a una palabra en un contexto normativo concreto. Existen conceptos que por su naturaleza indeterminada dejan un amplio margen de discrecionalidad a favor de la autoridad que aplica la norma para que adapte el contenido normativo a la situación *de facto* concreta, y hay conceptos cuya naturaleza permiten que se definan en abstracto con un nivel de concreción más alto, tal como el concepto de *restricción*.

¹⁹ Entendiéndose por ello que el intérprete dota de contenido a un concepto nutriéndolo con el significado que se le da al mismo concepto en otros preceptos del mismo cuerpo normativo (Constitución, tratado, etc.).

Al respecto, me parece oportuno retomar el análisis elaborado por Aharon Barak que sostiene que, pueden existir diferentes voluntades respecto de un mismo texto, dividiéndolas en cuatro diferentes niveles de abstracción²⁰: *i*) reconstrucción imaginativa de la voluntad del emisor normativo; *ii*) la voluntad del autor razonable; *iii*) propósito según el tipo de norma y; *iv*) el propósito adaptado conforme a los principios fundamentales del sistema.

En el caso de la interpretación del término de *restricción*, tenemos un ejercicio interpretativo que no supone una pregunta de un nivel muy abstracto o esencialista sino que, por el contrario, la pregunta es bastante concreta ya que lo que buscamos definir es la definición y alcance de la palabra *restricción*. Es por ello que considero que las primeras dos herramientas interpretativas que nos da Barak son especialmente importantes para efectos del presente análisis, pues esas dos primeras metodologías nos permiten llegar a un nivel de concreción conceptual más alto que la tercera y la cuarta, que sin duda son útiles para confirmar la conclusión que arrojen los primeros dos pasos.

2) Descripción del Proceso Legislativo

Ahora bien, antes de elaborar dicho análisis, es necesario hacer referencia a las iniciativas de reforma presentadas por los diferentes partidos políticos. Respecto de la iniciativa del 6 de septiembre de 2007, del grupo parlamentario del PAN de la Cámara de Diputados, es necesario decir que la iniciativa de reforma al artículo 1º tenía una construcción totalmente diferente a la de la norma vigente. Se proponía implementar un concepto de *restricción* de naturaleza flexible en virtud del cual se permitiera restringir los derechos humanos en aras de proteger “[...] otros derechos fundamentales, configurativos del orden público.”²¹

Por otro lado, en la primera iniciativa del grupo del PRD con fecha de 8 de noviembre de 2007, no se hace alusión al alcance y significado del concepto de *restricción* en términos del primer párrafo del artículo 1o. Sin embargo, la propuesta pretendía modificar el artículo 133

²⁰ A. Barak, “*Purposive Interpretation in Law*”, Princeton University Press, 2005, p. 150-153.

²¹ Todas las iniciativas de la reforma de derechos humanos se pueden consultar en el documento integral del proceso legislativo de la reforma que puede ser consultado en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf#page=7>, Iniciativa Grupo Parlamentario del PAN pp. 83-120.

de la Constitución con el objeto de reconocer explícitamente que los tratados internacionales de derechos humanos gozarán de jerarquía constitucional.²²

En la segunda iniciativa del PAN, del 29 de ese mismo mes y año, si se hizo referencia explícita al concepto de *restricción* y al hacer referencia al artículo 1º se manifestó de manera clara que es referente a los supuestos a los que se refiere el artículo 29 constitucional.²³ Se consideró necesario cambiar el concepto de otorgar por el de reconocer los derechos humanos y que la dignidad del ser humano debe ser respetada por el Estado.

En lo que hace al Partido Revolucionario Institucional, por medio de una iniciativa presentada el 16 de enero de 2008, se proponía modificar el artículo 1º con una construcción diversa al de la norma vigente. Se proponía mantener el concepto de *restricción* y suspensión en el mismo, respecto de los cuales no se hizo ninguna acotación conceptual.²⁴

El 5 de febrero de 2008, el PRD presentó una segunda iniciativa²⁵. Así también lo hizo el PAN el 30 de abril del mismo año²⁶; ambos sin hacer ninguna referencia al alcance del concepto de *restricción*. Lo mismo sucedió en la iniciativa presentada por diversos grupos parlamentarios el 24 de abril de 2008.²⁷

Ahora bien, respecto de las iniciativas provenientes de la Cámara de Senadores, solamente se presentaron tres iniciativas de reforma al artículo 1º.

El PRD presentó dos iniciativas. En una no se hace alusión al concepto de *restricción*. En la segunda, se hacen tres puntualizaciones.

“En primer lugar, se decidió conservar el párrafo inicial del artículo primero de la Constitución en lo relativo a que las restricciones y suspensión de derechos sólo podrán

²² *Ibidem*, Iniciativa Grupo Parlamentario del PRD pp.137 y ss.

²³ *Ibidem*, Iniciativa Grupo Parlamentario del PAN p.149

²⁴ *Ibidem*, Iniciativa Grupo Parlamentario del PRI pp.174-187

²⁵ *Ibidem*, Iniciativa Grupo Parlamentario del PRD pp.188-191

²⁶ *Ibidem*, Iniciativa Grupo Parlamentario del PAN pp.192-201

²⁷ *Ibidem*, Iniciativa de diversos grupos parlamentarios, pp. 238-246

realizarse en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece.” Sin más que agregar al respecto.

En segundo lugar, se habla de implantar herramientas de análisis de validez de restricciones a los derechos humanos, refiriéndose a los diferentes estándares de ponderación y de análisis de razonabilidad de las medidas, pero nunca se habla de cuál es la acepción conceptual que se adopta normativamente.

Finalmente, y de manera interdependiente, se habla de las restricciones que el legislador puede imponer a través de las leyes, sin que éstas trastoquen el núcleo esencial del derecho humano. Cabe aclarar que, bajo este esquema, nunca se definió la acepción que se le debía dar a la palabra *restricción*.

El grupo parlamentario del PAN se limitó a hacer referencia al proceso histórico que dio pie a este cambio fundamental, sin abundar en el tema del concepto de *restricción*.

Así, en suma, del análisis de todas las iniciativas de reforma de las Cámaras de Diputados y de Senadores se deriva que, en este punto, no habría gran concreción conceptual de la palabra *restricción*, ya que solamente resalta una iniciativa del PAN en la que se relaciona la operatividad de las restricciones del artículo primero, con la aplicación de las restricciones constitucionales en términos del artículo 29 de la Constitución. Sin embargo, si parecía existir consistencia y consenso entre los partidos políticos respecto de la idea de que la Constitución no otorga derechos humanos, sino que los reconoce,²⁸ sin mencionar la constante referencia al concepto de la dignidad de las personas como el punto motivador de la reforma en su totalidad y el principio axiológico de la reforma.²⁹

Sería hasta la formulación de los dictámenes en donde se abundaría un poco más respecto del contenido de este concepto clave de la reforma y en donde el Constituyente tomaría una postura más consistente y homogénea.

²⁸ Iniciativas Grupo Parlamentario del PRD pp.48, 209, 321, 352; Iniciativas Grupo Parlamentario del PAN pp.32, 33, 150, 310, 317; Iniciativa Grupo Parlamentario del PRI pp.174, 177, 182; Iniciativas Grupo Parlamentario del PVEM p.338; Iniciativas formuladas por diversos Grupos Parlamentarios, p.225

²⁹ Iniciativas Grupo Parlamentario del PRD pp. 47, 138, 205, 292, 353; Iniciativas Grupo Parlamentario del PAN pp.31, 84, 87, 146, 196, 316; Iniciativa Grupo Parlamentario del PRI pp.177, 180, 182; Iniciativas Grupo Parlamentario del PVEM p. 338; Iniciativas formuladas por diversos Grupos Parlamentarios, pp.212, 215.

Al respecto, el dictamen de la Cámara de Diputados es claro, pues la única referencia que se hace respecto del concepto de *restricción* es para definir las condiciones y principios de aplicación del sistema de derogación de derechos humanos en caso de emergencia. No existe ninguna distinción conceptual entre el supuesto de *restricción* del artículo 1º y el artículo 29 de la Constitución. Parecería que, en el caso hipotético de que existiera una intención de diferenciar el concepto y el ámbito de aplicación material de “*restricción*” del artículo primero, se haría explícita tal distinción conceptual o por lo menos se haría referencia implícita al tratamiento diferenciado del texto.³⁰

Más aún, se estableció de manera sistemática que se busca cambiar la nueva configuración estructural de nuestro orden jurídico de manera que no debe existir distinción jerárquica entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos y será sólo su contenido el que defina sus condiciones de aplicación.³¹ Si bien existieron algunas iniciativas que buscaban la subsunción jerárquica de los tratados respecto de la Constitución³² y otras la subsunción del derecho interno a los tratados internacionales de derechos humanos³³, estas posturas no cristalizaron en derecho positivo pues la postura final del Constituyente fue transformándose tal y como se desprende de los dictámenes de ambas cámaras de las cuales destaca lo siguiente.

En el dictamen de la Cámara de Diputados se expresó:

“La reforma ubica a la persona como titular de los derechos humanos, incluidos aquellos establecidos en los tratados internacionales celebrados por nuestro país, que agreguen alguna garantía a la Constitución y que **formen parte integrante de la misma.** “

³⁰ Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, Dictamen de discusión respecto de la Reforma en materia de derechos humanos, pp.4 y 5.

³¹ Iniciativa de Diputada Alliet Mariana Bautista Bravo, Grupo Parlamentario del PRD del 25 de abril de 2007, p.53; Iniciativa de Diputada Holly Matus Toledo, Grupo Parlamentario del PRD del 8 de noviembre de 2007, pp.138-143; Iniciativa de diversos grupos parlamentarios del 24 de abril de 2007, pp.212-213; Iniciativa de Senador Grupo Parlamentario del PRD, del 19 de abril de 2007, p.331; Iniciativa de Senador, Grupo Parlamentario del PRD, del 25 de septiembre de 2008, pp.353-354.

³² Iniciativa de Senadores de Diversos Grupos Parlamentarios, del 29 de noviembre de 2007, p.345.

³³ Iniciativa del Diputado Adolfo Mota Hernández, Grupo Parlamentario del PRI, 16 de enero de 2008, p. 181.

“La protección de los derechos humanos es uno de postulados del Estado mexicano. Ningún acto de autoridad puede estar por encima de la ley, nadie en su actuar debe apartarse de la ley sin recibir sanción. **El fortalecimiento de los derechos humanos requiere la armonización del texto constitucional con las normas internacionales.**”³⁴

Precisamente en este sentido, la Cámara de Senadores estableció que una de las intenciones de carácter general era dotar a los tratados internacionales de jerarquía constitucional y “[c]onsecuentemente, con este reconocimiento se evita crear derechos de primera y de segunda categoría según estén o no en la Constitución, ya que actualmente [antes de la reforma] los derechos que se contienen en las garantías individuales gozan de una protección más amplia y directa que aquellos que se encuentran consagrados en los tratados internacionales.”³⁵

El carácter explícito del lenguaje de estos párrafos transcritos, no deja duda sobre el consenso que existía en ambas cámaras, para abrir el sistema jurídico mexicano y hacer propios los estándares internacionales de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los cuales México es parte.

Lo anterior, como cuestión técnica, encuentra anclaje en cuestiones más generales de carácter *ius-philosófico* y antropológico, que también se hacen explícitas en dicho proceso de reforma, en el cual se manifiesta una supuesta nueva relación Estado-individuo, se sostuvo (Cámara de Diputados): “Ahora bien, **los derechos humanos se orientan por una serie de principios básicos, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de hombres y mujeres. El Estado no puede restringir los derechos humanos fundamentales.** Pero si bien son derechos consubstanciales al ser humano, lo cierto es que no siempre han sido respetados y menos aún reconocidos”³⁶

³⁴ Dictamen de discusión, Cámara de Diputados, Reforma en materia de Derechos Humanos, p. 22.

³⁵ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos, p.14 (Dictamen de la Cámara Revisora)

³⁶ Dictamen de discusión, Cámara de Diputados, Reforma en materia de Derechos Humanos, p. 9.

Adicionalmente, la Cámara Revisora buscaba “fortalecer los derechos de la persona y la protección de su dignidad, mediante la adopción en el sistema jurídico mexicano de los conceptos empleados al derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, con la modificación ya no existirá la distinción entre los derechos reconocidos en la Constitución y los que están reconocidos por el Estado en los tratados internacionales.”³⁷

La confirmación del resultado descrito se aprecia en el segundo párrafo del artículo 1º:

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

Adicionalmente, en la parte considerativa del mencionado decreto, se ratificó con especial énfasis la intención del órgano reformador en conjunto de constituir un sistema jurídico monista, a través del principio pro persona como criterio rector de aplicación de normas de derechos humanos:

“Desde la primera propuesta de las Cámaras, se incorpora el principio pro persona, el cual obedece a la obligación del Estado de aplicar la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.”³⁸

Adicionalmente, en las primeras páginas del dictamen de reforma al artículo 1º de la Cámara de Senadores (Revisora), se enlistan una serie de finalidades que se buscan conseguir a través de la RCDH para fortalecer nuestro sistema de eficacia de los derechos humanos que incluyen, *inter alia*, hacer efectiva la aplicación de los derechos humanos tutelados en los tratados

³⁷ Dictamen de discusión, Cámara de Senadores, Reforma en materia de Derechos Humanos, 7 de abril de 2010, pp. 12 y 13.

³⁸ Diario Oficial de la Federación, “Decreto que Modifica la Denominación del Capítulo I del Título Primero y Reforma Diversos Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 10 de junio de 2011, p.7.

internacionales y revisar la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.³⁹

Refiriéndose a este cambio, la Cámara de Senadores sostuvo en este dictamen que “[c]onsecuentemente, con este reconocimiento se evita crear derechos de primera y de segunda categoría según estén o no en la Constitución, ya que actualmente [antes de la reforma] los derechos que se contienen en las garantías individuales gozan de una protección más amplia y directa que aquellos que se encuentran consagrados en los tratados internacionales.”⁴⁰

En esta misma línea argumentativa, se dijo que a través de la RCDH se buscaba “fortalecer los derechos de la persona y la protección de su dignidad, mediante la adopción en el sistema jurídico mexicano de los conceptos empleados al derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, con la modificación ya no existirá la distinción entre los derechos reconocidos en la Constitución y los que están reconocidos por el Estado en los tratados internacionales. La única diferencia entre los derechos será su fuente y origen, que no debe influir para jerarquizarlos.”⁴¹

También se dijo “que el reconocimiento de los derechos humanos es el criterio legitimador de la norma constitucional y su contenido sustancial.”⁴²

En suma, es evidente que existe una intención general de dotar de supremacía jerárquica al contenido de los tratados internacionales que tutelen derechos humanos.⁴³ ¿Pero qué hay específicamente del concepto de *restricción*?

³⁹Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos, p.13 (Dictamen de la Cámara Revisora)

⁴⁰ *Ibidem.* p.14

⁴¹ Dictamen Cámara de Senadores de 7 de abril de 2010, pp. 12 y 13.

⁴² *Ibidem.*, p. 13.

⁴³ Cabe destacar al respecto, que 4 días antes de que fuera emitido el decreto de reforma al artículo 1º, se modificó el artículo 103 de la Constitución que regula los principios generales del juicio de amparo. Uno de los cambios trascendentes a éste fue la ampliación del marco normativo de control de constitucionalidad dentro el cual funciona el juicio de amparo, extendiendo el parámetro de regularidad a los tratados internacionales, lo cual

El dictamen de la Cámara Revisora no atiende de manera frontal y explícita qué significado tiene este concepto, pero pareciera que nos da una respuesta indirecta. La única pregunta que se planteó en lo relativo a la *restricción* y suspensión de los derechos humanos en el contexto del artículo 1º, consistía en determinar si en la RCDH se debía explicitar que la no *restricción* ni suspensión de derechos humanos a las cuales el artículo 1º se refiere, se debía extender a las garantías individuales. Al respecto, se dijo:

“La regulación de los casos excepcionales en los que es necesaria la suspensión del ejercicio de los derechos y de las garantías individuales dentro del constitucionalismo mexicano ha sido tradicionalmente escueta. Este fenómeno seguramente está relacionado con que en México, a diferencia de otros países de América Latina, prácticamente no se ha utilizado esta figura.”

“Por ello sostenemos que el artículo 29 constitucional necesita una clara adecuación para ubicarlo a nivel de los postulados del constitucionalismo moderno y de los tratados internacionales que ha firmado México en materia de derechos humanos.”

Así entonces, por un lado tenemos que hay una modificación textual al artículo 1º, en el cual se prescribe que las restricciones y suspensiones que se hagan a los derechos humanos pueden extenderse también a las garantías individuales. Por otro lado, tenemos que la justificación de ese cambio textual reside en que se necesita modificar el artículo 29 constitucional “para ubicarlo a nivel de los postulados del constitucionalismo moderno y de los tratados internacionales que ha firmado México en materia de derechos humanos”.

Independientemente de la definición del significado de “constitucionalismo moderno” para el Constituyente, resulta particularmente relevante puntualizar que en el imaginario jurídico de éste, existe un cambio en la funcionalidad del artículo 29 al modificar el artículo 1º.

Efectivamente, esto se hizo explícito en las discusiones en la tribuna de la Cámara de Senadores cuando el Senador Santiago Creel expresó:

(...)

“Es pues, precisamente, lo que inspira la **nueva redacción del artículo 1º** de nuestra Constitución, que establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán

confirma indubitablemente la intención del órgano reformador de la Constitución de dotar de jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución, y en los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección, **las cuales no podrán restringirse ni suspenderse**, salvo en los casos y en las condiciones que esta Constitución establece. **Siguiendo este precepto, establecimos en el artículo 29 constitucional**, que lo que se suspende en caso de invasión, en caso de perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, no son los derechos humanos en sí, y esto debe de quedar muy claro, sino solamente su ejercicio y esto también con excepciones, puesto que los derechos humanos son inherentes a la persona no son otorgados ya por el Estado y, por consecuencia, insisto, no se pueden revocar, suspender o restringir.”⁴⁴

Tomando en cuenta lo anterior, cabe cuestionar: ¿porqué se afecta la operatividad de ambos artículos con la modificación del artículo 1º? ¿Porqué el Constituyente, en su proceso legislativo, discute modificaciones al artículo 1º haciendo referencia al 29?

De manera más concreta: ¿porqué se modifica el artículo 1º constitucional adicionando las garantías individuales a los casos de *restricción* y suspensión, cuando se dice que se “necesita una clara adecuación” del artículo 29 constitucional? Independientemente de que el artículo 29 también fue modificado, ¿porqué parece ser que existe, en la lógica del Constituyente,⁴⁵ una causalidad entre la modificación textual del artículo 1º y la extensión de los efectos de *restricción* y suspensión previstos por el artículo 29 constitucional a las garantías?

Pareciera curioso que, con el objeto de cambiar el sentido del artículo 29, el Constituyente haya optado por modificar el texto del artículo 1º. ¿Acaso no es suficiente reformar solamente el artículo 29 cuando lo que se pretende es cambiar la operatividad de ese artículo aisladamente?

Tratando de desentrañar la voluntad del Constituyente tanto en sus dictámenes, como en el decreto de la RCDH, la respuesta a esta pregunta sería no, no necesariamente. Parece ser que la composición final de los dos primeros párrafos constitucionales que nuestro Constituyente Permanente aprobó, tiene implícita una premisa fundamental que supone la existencia de una

⁴⁴ Discusión de la Cámara de Senadores, Reforma al artículo 1º constitucional, 8 de abril del 2010, intervención del Senador Santiago Creel Miranda, p.18.

⁴⁵ *Ibid.* supra note # 11. p 13 y 14

relación clara entre ambos artículos multicitados. Establecido lo anterior, cabe ahora preguntarnos ¿cuál es el elemento que vincula o conecta a éstos dos artículos? Para responder lo anterior, considero pertinente transcribir cuales fueron las modificaciones que se hicieron de la propuesta inicial al texto final que fue aprobado. La primera propuesta de Reforma estaba compuesta de la siguiente manera:

“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.”⁴⁶

Sin embargo, la Cámara de Senadores concluyó posteriormente que “sin embargo, se estima conveniente explicitar que la no *restricción* ni suspensión se refiere tanto a los derechos humanos como a las garantías”, quedando la propuesta final de la siguiente manera:

“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.**”⁴⁷

De la transcripción anterior tenemos que se agrega a la propuesta original, que las garantías para proteger los derechos humanos también pueden restringirse y suspenderse. Tenemos también que, a entender del Constituyente, esto afecta el ámbito de aplicación del artículo 29 constitucional. Pareciera entonces, que la razón de lo anterior es que cuando el artículo 1º prescribe que los derechos y sus garantías se puedan restringir, significa que cuando se cumplan los supuestos de actualización del artículo 29, éste no solo restringirá los derechos, sino que también restringirá las garantías. Así entonces, pareciera ser también de manera muy clara que el elemento de conexión entre estos dos artículos reside en el concepto de *restricción* y suspensión, dado que la forma en que se restringen los derechos humanos en el contexto del

⁴⁶ Dictamen de Cámara de Senadores, p.13.

⁴⁷ Dictamen de Cámara de Senadores, p.14.

artículo 1º es el mismo supuesto de *restricción* del artículo 1º. Consecuentemente, parece evidente que, a entender del órgano reformador de la Constitución, el concepto de *restricción* contenido en el artículo 1º es el mismo que el contenido en el artículo 29º. Si no fuera así, no se explicaría la conexión que el Constituyente Permanente identifica entre ambos artículos, y menos aún la conexión que se da en términos del mecanismo de *restricción* de derechos de estos preceptos tal y como lo expresa el Constituyente.

Ciertamente, el dictamen da luz a la relación que existe entre los artículos 1º y 29 de nuestra Constitución, y más importante aún, se clarifica la acepción real de *restricción* que el Constituyente intentaba plasmar en el texto constitucional. Si el Constituyente Permanente tuviera la intención de plasmar un concepto diferente al mencionado, la extensión del ámbito de aplicación del artículo 29 a las garantías constitucionales no se hubiera conformado desde el artículo 1º, y se hubiera construido una diferenciación conceptual de la *restricción* de derechos humanos a la que el artículo 1º constitucional se refiere, en contraste del concepto del artículo 29 constitucional.

En suma, los instrumentos legislativos indican que cuando el artículo 1º prescribe que se podrán restringir los derechos humanos y sus garantías cuando la Constitución lo establezca, a lo que en realidad se refiere el órgano reformador de la Constitución es que los derechos humanos podrán ser restringidos en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, tal y como mandata el artículo 29º de nuestra Carta Magna.

En el mismo tenor, en el “*Decreto que Modifica la Denominación del Capítulo I del Título Primero y Reforma Diversos Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*” es decir, en el acto mismo que da vigencia a los nuevos artículos 1º y 29, se definen de manera explícita los conceptos de *restricción* y suspensión de derechos y garantías.

Respecto del artículo 1º se dijo que:

“La Cámara de Senadores partió de que las garantías individuales son derechos humanos, y que se trata de los derechos consagrados en los primeros 29 artículos de la Constitución. Propuso que no se desechara el concepto de garantía y que se incluyera en la denominación del capítulo, y que se abarcara este concepto también en las limitaciones a la *restricción* y

suspensión del ejercicio de los derechos regulada en el artículo 29. Se destacó en el Senado que el reconocimiento de los derechos humanos es el criterio legitimador de la norma constitucional y su contenido sustancial (como se ha reconocido en la doctrina constitucional).”⁴⁸

Posteriormente, en la definición más concreta del concepto de *restricción* y suspensión se dijo que:

“A. Concepto de suspensión y *restricción* :

En la propuesta del Senado se enfatiza la inclusión del término *restricción*. En relación con esta facultad se afirma: “Sobre el particular, estas comisiones unidas estiman que la *restricción* y la suspensión del ejercicio de los derechos son figuras cuya finalidad no es aumentar los poderes de los gobernantes; por el contrario, permiten adoptar medidas de carácter extraordinario dentro del marco de la legalidad y el respeto al Estado de derecho. No deben ser entendidas como una invitación a la arbitrariedad, sino justamente como un mecanismo de protección de la dignidad de la persona humana **bajo situaciones excepcionales de emergencia.**”⁴⁹

No solo tenemos esta referencia al concepto de *restricción* por el emisor normativo sino que éste fue más allá al mencionar los principios generales del procedimiento legal para restringir a los derechos humanos, el cual, evidentemente, se refiere a la derogación de derechos humanos en supuestos de emergencia:

“-Principio de legalidad. Implica la existencia de normas que lo regulen y de los consiguientes mecanismos de control.

-Principio de proclamación.

-Principio de no discriminación.

⁴⁸ Diario Oficial de la Federación, “*Decreto que Modifica la Denominación del Capítulo I del Título Primero y Reforma Diversos Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”, 10 de junio de 2011, p.5.

⁴⁹ *Ibid.* p.14

-Principio de notificación. Es indispensable notificar la suspensión a la Organización de Estados Americanos.

-Principio de temporalidad.

-Principio de amenaza excepcional.

-Principio de proporcionalidad. Las medidas adoptadas durante la suspensión, así como su alcance, deben estar en consonancia con la intensidad del peligro enfrentado; la proporcionalidad es un requisito de carácter complejo, el cual incluye, entre otras cuestiones, la exigencia de justificar una racionalidad de medios/fines.

-Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad con las normas de derecho internacional suscritas por México.”⁵⁰

Una vez descrito el proceso legislativo es necesario contrastar el contenido de éste con diferentes estándares de interpretación teleológica que se mencionaron anteriormente.

3) Aplicación del Estándar Interpretativo al Proceso Legislativo del Artículo 1º.

a) **Primer Nivel: Nivel Bajo de Abstracción y la Reconstrucción Imaginativa.**

En el ejercicio de interpretación teleológica, en este primer nivel de abstracción, se pretende dotar de contenido a la norma tratando de desentrañar cual era el objetivo del emisor normativo, en virtud del cual, el intérprete jurídico trata de adoptar la mentalidad del mismo y ponerse en los “zapatos del legislador”. Lo que Posner llama la “reconstrucción imaginativa”⁵¹, precisamente consiste en un análisis de la pregunta jurídica con un enfoque en el cual el intérprete trata de definir el significado del enunciado normativo como si fuera el creador de la norma quien fuera a resolver dicha pregunta jurídica y dotar de contenido a la norma bajo esta perspectiva. Dicho en otras palabras, es el proceso de construcción en el cual se define en abstracto una proposición jurídica desde la perspectiva del emisor normativo. Cabe destacar que este método de interpretación no es sólo una propuesta de carácter teórico,

⁵⁰ *Ibid.* p.15

⁵¹ R. Posner, “*Problems in Jurisprudence*”, Harvard University Press, 1990, pp. 270, 273.

sino que ha sido utilizado de manera sistemática por esta Suprema Corte al desentrañar el sentido del texto constitucional cuando los conceptos y finalidades de éste no sean claros o evidentes en el texto mismo.⁵²

Dada la evidencia contenida en el proceso legislativo, es fácil inferir que la intención del órgano reformador de la Constitución era introducir un concepto de *restricción* relativo a los supuestos de excepción del Estado Constitucional de Derecho en términos del artículo 29 constitucional y no a un concepto material que nulifique la aplicación de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, siempre que la Constitución tuviera un alcance más restrictivo respecto de aquellos. Si bien en las iniciativas no existía un consenso generalizado respecto de lo anterior, una vez que se conformaron los dictámenes de ambas cámaras, se puede inferir que la voluntad del Constituyente era adoptar un concepto en estos términos.

Visto de esta manera, pareciera que los dos primeros párrafos del artículo 1º no producen una contradicción normativa entre sí, ya que el ámbito de aplicación reducido y excepcional del artículo 29 armoniza con el contenido de los primeros dos párrafos del artículo 1º, sin crear un sistema de aplicación normativa en donde la Constitución funciona como una lista de restricciones frente a los tratados internacionales. La *restricción* a los derechos humanos opera respecto de la Constitución y de los tratados internacionales en conjunto, en situaciones extraordinarias de hecho en los cuales, el poder ejecutivo necesita tomar medidas para proteger la vida de la nación.

La intención específica de adoptar un concepto de *restricción* en este sentido es congruente con la intención general de dotar de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y con la intención de crear un sistema de aplicación de normas basada en un criterio material de aplicación. De lo contrario, resultaría imposible satisfacer el criterio de aplicación normativa pro persona, ya que en este supuesto se entendería que el mandato derivado del artículo 1º constitucional sería aplicar la norma de derechos humanos

⁵² Al respecto véase: La Interpretación Teleológica del Artículo 22 Constitucional: Tesis Jurisprudencial (Constitucional): 1ª Sala 15/2015 (10ª.), rubro: “EXTINCIÓN DE DOMINIO. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”

más amplia, pero al mismo tiempo se debería de aplicar la norma restrictiva cuando una de las opciones normativas, es decir, la Constitución así lo mandatara.

b) Segundo nivel: Nivel Intermedio de Abstracción y el Propósito del Autor Razonable

En este segundo nivel, se deja de lado la voluntad hipotética del emisor de la norma. Más bien, este enfoque consiste en dotar de contenido a la norma a partir de un análisis de un propósito razonable y de un autor razonable. En este nivel de abstracción, el ejercicio de interpretación es muy similar al descrito anteriormente, sin embargo, el intérprete debe de suplir la voluntad del autor real por aquella del “autor razonable”. Barak define al autor razonable como aquel autor que refleja en la norma un balance adecuado entre los valores y principios propios del sistema. Esta metodología de interpretación se fundamenta en la premisa esencial de que el emisor normativo crea las normas de buena fe y, más importante aún, está basada en la idea de que el emisor normativo busca los medios idóneos para maximizar el potencial de solución a un problema a través de la norma. Es la idea del legislador diligente y razonable.⁵³

Ahora bien, respecto de la norma que nos ocupa, considero que esta forma de acercarse a la voluntad del órgano reformador puede resultar de suma utilidad para definir el significado de la palabra *restricción*, ya que se dota de contenido al concepto de acuerdo a las finalidades generales del sistema, adoptando así la acepción conceptual que genere los efectos que satisfagan dichas finalidades, es decir que los tratados internacionales en materia de derechos humanos estuvieran situados en un plano de jerarquía igual al de la Constitución y que si existiera un conflicto normativo entre ambos, la norma más protectora debiera constituir el parámetro abstracto de regularidad.

Dicho lo anterior, cabe preguntar: ¿sería medianamente razonable adoptar un concepto de *restricción* que implicara que en los casos que la Constitución fuese más restrictiva se debe aplicar la misma y por tanto anular la aplicación de los tratados cuando estos contengan estándares más protectores? ¿Sería razonable concluir que el Constituyente adoptó este concepto y al mismo tiempo sostener que pretendía darle a los tratados condiciones de aplicación jerárquicamente iguales a las de la Constitución?

⁵³ A. Barak, “*Purposive Interpretation in Law*”, Princeton University Press, Princeton, 2005, p. 152.

En este sentido, considero oportuno recordar que uno de los objetivos primordiales de la reforma era positivar una cláusula monista que equiparara jerárquicamente a los tratados en materia de derechos con la Constitución, tal y como se desprende de los diferentes instrumentos del proceso legislativo.

Dada la evidencia legislativa previamente descrita, si concluyéramos que efectivamente el Constituyente adoptó un concepto de *restricción* tan amplio, de manera que todas las restricciones materiales y competenciales a los derechos humanos contenidos en la Constitución (tal como el arraigo) prevalecieran frente al contenido de un tratado internacional más protector, tendríamos que aceptar que la voluntad del Constituyente en el diseño instrumental del artículo 1º de la Constitución, va totalmente en contra de la intencionalidad tanto técnica y antropológica a la que hago referencia en los párrafos anteriores. Aceptar esta idea significaría aceptar que el Constituyente buscaba aparentar una postura proteccionista y pro derechos humanos, pero que en realidad pretendía implantar una operatividad restrictiva de derechos y excluyente del derecho internacional. Esto es, para aceptar esta definición de *restricción*, tendríamos que asumir la mala fe del Constituyente, o alternativamente tendríamos que aceptar que carece de la capacidad intelectual de comprender que esta concepción del artículo primero es contradictoria y, más importante aún, que destruye la razón de ser de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011.

Creo que la claridad de los instrumentos legislativos evidencia todo lo contrario, y que en efecto, el Constituyente conformó un sistema de solución de conflictos entre normas de derechos humanos que permite la aplicación de la norma más protectora, lo cual es coherente y sistemático con un concepto de “*restricción*” de carácter excepcional, que no implica una obligación para el juez constitucional de incrustar las restricciones materiales o de cualquier otra índole en el contenido abstracto del derecho humano para construir el parámetro de regularidad con el cual se contrastan las normas y actos del Estado.

c) **Tercer y Cuarto nivel y la Necesidad de un Análisis Conjunto.**

Respecto de los últimos dos pasos que configuran el espectro de fijación de la voluntades determinantes de una norma, considero pertinente hacer un análisis conjunto en este caso

específico por tratarse de una norma constitucional que representa un cambio fundamental en el diseño estructural y axiológico del sistema jurídico. Me explico.

El tercer paso que Barak propone, en términos generales, fija la voluntad del emisor normativo de acuerdo al carácter material de la norma en lo general. El cuarto paso es un ejercicio en virtud del cual se le da significado a una norma informándola con los principios fundamentales del sistema. Sin embargo, ¿qué sucede cuando la norma objeto de análisis es la norma que cambia esos o algunos de los principios fundamentales en el sistema?

Justamente, la utilización de este método implica que la norma que se interprete no esté cambiando esos principios fundamentales, como es el caso del artículo 1º, el cual representa una re-articulación de nuestro sistema constitucional y es por ello que no podemos definir su contenido axiológico haciendo referencia al sistema jurídico como constituido en un momento previo a la reforma. La base detrás de la RCDH de 2011 encuentra cimientos en años de construcciones y reconstrucciones de la filosofía política y de la teoría del Estado y su posicionamiento frente a la persona. Es en este sentido en donde el tercer y cuarto paso encuentran conexión. Solamente podemos establecer qué tipo de norma es el artículo 1º a través de un estudio general de los axiomas teóricos de la reforma y los principios axiológicos que nutren a la norma. Si bien resulta tentador hacer referencia directa a la teoría política, y al debate teórico respecto de los complejos conceptos de democracia y Estado y cómo se definen por los distintos autores, desde un punto de vista técnico, debemos hacer éste análisis tomando únicamente en cuenta el proceso legislativo, pues éste refleja los términos en los que se adopta la norma y nos permite objetivarla en los términos en que se pretendió implantar al sistema.

- i) *Nivel alto de abstracción, el propósito derivado del tipo y de la naturaleza del texto.*

A través de este tercer enfoque interpretativo se dota de contenido a la norma en virtud del contexto normativo que la rodea o del tipo de norma general en la cual está contenido el precepto normativo que debe ser interpretado. En este ejercicio interpretativo, el intérprete debe separar la intención objetiva y concreta del emisor normativo y debe más bien atender a la *raison d'être* del tipo de norma emitida de tal manera que, por ejemplo, si tenemos una norma fiscal debemos entender que la esencia de ésta es maximizar la recaudación o si

tenemos una norma de derechos humanos es proteger al máximo a los individuos. Así entonces, el intérprete llega a una conclusión sobre la voluntad detrás de la norma tomando en cuenta esencialmente cuales son los efectos que normalmente se buscan por medio de ese instrumento normativo.

ii) Nivel supremo de abstracción y el propósito derivado de los principios fundamentales del sistema.

En este último nivel de abstracción, Barak deriva la intencionalidad del emisor normativo con un método que abarque cuestiones más amplias y difusas a través de los significados de los principios fundamentales del sistema. Dicho de manera distinta, las normas se definen de tal manera que ésta pueda contribuir a satisfacer esos principios de carácter general y abstracto. Valores como la equidad, la dignidad del ser humano, la justicia, entre otros, son algunos ejemplos de principios que pueden contribuir a que el juez abandone una comprensión formalista del texto y entienda éste a la luz de aquellos. Al respecto, Barak sostiene que los valores fundamentales y las concepciones morales que rodean a la Constitución constituyen a su vez el propósito objetivo de la Constitución misma. Estos principios son, para Barak, la concepción básica de los valores de una nación que expresan las posiciones básicas de la sociedad sobre derechos humanos, separación de poderes y democracia.

Al respecto, me parece que estos tercer y cuarto *tests* de interpretación teleológica, confirman desde otro punto de análisis, la conclusión a la que se arriba en los pasos anteriores. Definido esto es preciso analizar cuáles son esos principios fundamentales que, a entender del Constituyente, representan el eje rector de la RCDH de 2011.

Del análisis integral del proceso legislativo de la reforma nos podemos percatar de que la misma encuentra anclaje en tres axiomas, a los cuales se hace constante alusión para justificar todos los cambios técnicos del sistema de derechos humanos.

Los derechos humanos son intrínsecos a la persona y el Estado no los otorga sino que los reconoce.⁵⁴

⁵⁴ Iniciativas Grupo Parlamentario del PRD pp.48, 209, 321, 352; Iniciativas Grupo Parlamentario del PAN pp.32, 33, 150, 310, 317; Iniciativa Grupo Parlamentario del PRI pp.174, 177, 182; Iniciativas Grupo

La dignidad del ser humano es el principio axiológico cumbre de un sistema de respeto a los derechos humanos.⁵⁵

La existencia del Estado y de la Constitución se justifica en razón del respeto al individuo.⁵⁶

Estos axiomas en lo particular, y todo el proceso legislativo en lo general, nos indican que el legislador pretendía crear un marco objetivo de derechos más amplio a través de la inclusión de los tratados y además pretendía establecer las bases para desarrollar sistemas de eficacia de ese marco de derechos. Estas tres consideraciones filosóficas nos autorizan de una manera más concreta a entender la génesis y naturaleza del artículo 1º, el cual representa el pináculo de un sistema jurídico cuyo centro reside en el respeto del individuo.

La capacidad del Estado de hacer valer estas ideas y conceptos abstractos es, desde mi perspectiva, lo que le da contenido *real* a nuestra democracia. Esto cobra importancia para el presente estudio, ya que la implementación de esas ideas requiere de concreción en diferentes niveles. Uno de esos niveles es adaptar los conceptos normativos constitucionales y legales al unísono de estos principios, como es por ejemplo y con especial relevancia, el concepto de *restricción* constitucional.

Es en este punto en donde las consideraciones de carácter *ius-filosófico* debieran encontrar una injerencia en la forma en que se hace operativo el sistema, de manera que adoptemos conceptos que permitan realizar e implementar la teleología de la reforma.

Establecido esto y si tomamos en cuenta los principios axiológicos constitutivos de la reforma para definir el concepto de *restricción*, resultaría natural adoptar un concepto que permitiera la cristalización de los objetivos mencionados, tal como la *restricción* y suspensión de derechos

Parlamentario del PVEM p.338; Iniciativas formuladas por diversos Grupos Parlamentarios, pp.225; Discusión de Senadores pp.4, 5, 10, 17, 18; Dictamen de Diputados pp.44 y 45; Dictamen de Cámara de Senadores pp.12; Decreto de Reforma pp. 5, 6,7.

⁵⁵ Iniciativas Grupo Parlamentario del PRD pp. 47, 138, 205, 292, 353; Iniciativas Grupo Parlamentario del PAN pp.31, 84, 87, 146, 196, 316; Iniciativa Grupo Parlamentario del PRI pp.177, 180, 182; Iniciativas Grupo Parlamentario del PVEM p. 338; Iniciativas formuladas por diversos Grupos Parlamentarios, pp.212, 215; Discusión de Senadores pp.4, 5, 10, 17, 27; Dictamen de Diputados p. 4; Dictamen de Cámara de Senadores p. 16; Decreto de Reforma pp. 4, 5, 6, 7, 14.

⁵⁶ Iniciativas Grupo Parlamentario del PRD pp.138, 189; Iniciativas Grupo Parlamentario del PAN pp.31, 83, 146, 308; Iniciativa Grupo Parlamentario del PRI pp.177; Iniciativas formuladas por diversos Grupos Parlamentarios, pp.214, 342; Discusión de Senadores pp. 5, 17, 18; Dictamen de Diputados pp.44 y 45; Dictamen de Cámara de Senadores pp.12 y 13; Decreto de Reforma pp. 1-6.

en términos del artículo 29 constitucional y no, por el contrario, un concepto que no sólo carecería de idoneidad para satisfacer dichos principios, sino que actuaría en contra de los principios axiológicos y técnicos del artículo 1º.

¿Cómo podríamos hacer valer esta nueva postura del Estado, *vis-a-vis* el individuo con una definición conceptual de los mecanismo técnicos, que tuvieran como efecto inaplicar el contenido protector de los tratados internacionales, cuya inclusión al sistema jurídico mexicano representa(ba) la medida técnica de mayor importancia, para poder hacer efectivas las consideraciones de teoría política?

La respuesta, consistente con las conclusiones de los primeros pasos de interpretación, sería adoptando un concepto de *restricción* aplicable sólo en casos de emergencia, cuyo ámbito de aplicación no afecta la operatividad normal del sistema y la integración del contenido internacional al nacional. De lo contrario, la aplicación material de restricciones convencionales o constitucionales a raja tabla representa anular los principios antes aludidos.

E) Conclusiones

En suma, el estudio anterior hace evidente tres cosas: i) primero, que las normas son producto de voluntades y que esas voluntades determinan el contenido *real* que se le da al enunciado normativo; ii) segundo, que la voluntad del órgano reformador de la Constitución era implantar un concepto de *restricción* referente al estado de emergencia de excepción y que no pretendía que las restricciones materiales contenidas en la Constitución actuaran como un parámetro que desplace el contenido de los tratados internacionales. Tercero, y más importante aún, propone que, en gran parte, la legitimidad de las decisiones encuentra su anclaje en el proceso de racionalización que les dé camino y en el nivel de argumentación para darle sentido a las normas. Como veremos en los siguientes capítulos, la mayoría de la Corte optó por una interpretación que, desde mi perspectiva, no tenía contacto con el concepto de *restricción* que se pretendía implantar. Cabría preguntar cuáles fueron los motivos por los cuales el Pleno de la Suprema Corte optó por un concepto diverso al que pretendía ser implantado, si fue debido a que no utilizaron los instrumentos legislativos del proceso de reforma o si, más bien, el Pleno optó por usar y manipular el concepto de *restricción* como una herramienta para moldear el sistema jurídico mexicano de manera que las competencias

de las autoridades prevalezcan frente al contenido de los tratados internacionales de derechos humanos.

II. CAPÍTULO SEGUNDO

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º: UN PROCESO DE CONSTRUCCIÓN Y DECONSTRUCCIÓN DEL PARÁMETRO DE REGULARIDAD DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

Antes de analizar algunos de los casos más importantes en los cuales la Suprema Corte ha interpretado el significado y operatividad del artículo 1º constitucional, conviene señalar que, la descripción de éstos debe ser entendida como un proceso en el cual nuestra Suprema Corte estableció, en un primer momento, un criterio hermenéutico de aplicación normativa y que, en un segundo momento, moldearía, en un esfuerzo por armonizar diferentes visiones, un nuevo sistema de aplicación y construcción del parámetro de regularidad para poder definir y explicar el bloque de regularidad del orden jurídico en materia de derechos humanos. Desde mi perspectiva, la pregunta que nuestra Suprema Corte debía responder en este punto del proceso era: ¿la armonización normativa entre el contenido de los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución se da en virtud de un criterio de jerarquía normativa o en virtud del principio *pro homine*, como criterio de selección de normas? Como veremos, la Corte optó por dotar prevalencia en la aplicación a la Constitución cuando ésta previera alguna *restricción* a los derechos humanos respecto del contenido regulado en normas internacionales. Naturalmente, como se dijo en el capítulo anterior, la pregunta relativa al significado de la palabra *restricción* recobra fundamental importancia.

Posteriormente, en un tercer punto de este desarrollo jurisprudencial, la Corte iría construyendo casuísticamente un concepto de *restricción*.

Ahora bien, la Suprema Corte encuentra su primer gran precedente en la materia, en el expediente varios 912/2010, en donde se sentenció, entre otras cosas, que la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, constituirían el nuevo bloque de regularidad normativo de derechos humanos, que representaría el punto de contraste para todos los actos y normas del Estado Mexicano. En éste caso, no se desarrolló explícitamente el tratamiento que se le debía dar a las restricciones constitucionales, en gran parte porque la SCJN estaba llamada a definir el nuevo funcionamiento estructural de control judicial de la

Constitución y de los tratados internacionales en la materia. La Corte resolvió que los tribunales de legalidad, tanto federales como locales, estaban ahora facultados para llevar a cabo un control difuso de la Carta Magna y los tratados de manera tal que debían inaplicar incidentalmente toda norma que resultara inconstitucional en el caso concreto. Adicionalmente, se definió que todos los tribunales del Poder Judicial de la Federación debían hacer un control concentrado de la Constitución y de los tratados internacionales.

Es necesario destacar que este fue el primer pronunciamiento que nuestra SCJN haría del nuevo sistema de control constitucional, en el cual se diseñaron las generalidades funcionales del mismo. En este punto, la Corte no se pronunció respecto del significado que se le debía dar a la palabra *restricción*, lo anterior quizás se dio así porque la forma en que operaban las restricciones en el modelo diseñado por la Corte en el expediente varios 912/2010 resultaba implícito con el diseño operativo del principio *pro persona*.

El presente capítulo, fuera de pretender ser una descripción estática de los diferentes precedentes relevantes, pretende trazar una línea jurisprudencial a fin de abstraer la relación entre los diferentes casos relevantes y los patrones en la forma de definir el parámetro de regularidad en el sistema jurídico mexicano, en diferentes momentos e identificar cuáles han sido los cambios metodológicos que la Corte fue adoptando en sus diversos precedentes, para construir el parámetro de regularidad del orden. De manera especialmente relevante, se pretende analizar también que acepción del concepto de *restricción* ha ido construyendo la Suprema Corte.

A) **Primer momento: Igualdad jerárquica y la Corte monista**

1) **Amparo en Revisión 151/2011: Traslado de Reos.**⁵⁷

⁵⁷ Decidido por mayoría de diez votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Ortiz Mayagoitia y Presidente Silva Meza se determinó conceder el amparo al quejoso por violación directa del párrafo penúltimo del artículo 18 constitucional. El señor Ministro Aguirre Anguiano votó en contra.

En este recurso, el quejoso era un sentenciado que estaba compurgando su pena por la comisión de un delito en un centro penitenciario en Cieneguillas, Zacatecas, que era el centro más cercano a su domicilio. Posteriormente, argumentando que existía una sobre-población en este centro penitenciario, las autoridades trasladaron al quejoso de Zacatecas a otro Centro de Reinserción Social en Veracruz.

Amparándose en contra de este acto, el quejoso argumentaba que el artículo 18 de la Constitución reconoce un derecho a compurgar su pena en el centro penitenciario más cercano a su domicilio y que, además, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

Así, la SCJN debía responder dos preguntas: ¿qué norma de derechos humanos es más protectora, la constitucional o la convencional? y ¿es constitucional, en términos del artículo 18 de la Norma Fundamental, negar a un reo el traslado al centro penitenciario más cercano a su domicilio, en virtud de que el legislador secundario no emitió la legislación que prevea los casos y condiciones bajo los cuáles dicho traslado se podrá ejecutar?

Respecto de la primera interrogante, la Corte decidió aplicar el artículo 18 de la Constitución, ya que éste era más protector para el quejoso en el caso concreto, bajo la consideración de que la Constitución prevé ésta medida como un elemento fundamental para la reinserción de los sentenciados a la sociedad.

Respecto de la segunda pregunta, la Corte respondió en lo negativo al tenor de los siguientes argumentos. Que en virtud de la reforma constitucional de junio de 2011 al artículo 18 y 21 de la Carta Magna, se introdujo el nuevo modelo penitenciario de reinserción social y judicialización del régimen de modificación y duración de penas cuyas especificadas se regularían en las leyes secundarias.

Al respecto, el artículo quinto transitorio de la reforma en comento dispone:

“Quinto. El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria

correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.”

Por otro lado, el artículo 18 dispone, *inter alia*, que los sentenciados tienen derecho a compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, siempre y cuando no se trate de reos que hayan sido sentenciados por crímenes de delincuencia organizada o de reos que requieran de medidas especiales de seguridad.

En virtud de lo anterior, nuestra Suprema Corte determinó que si bien el legislador efectivamente goza de la facultad constitucional para establecer los casos y condiciones bajo los cuales se puede ejercer ese derecho, el hecho de que no haya legislado al respecto no implica que los sentenciados que se encuentran en la hipótesis normativa del artículo 18 no tendrán derecho a pedir purgar su pena en el penal más cercano a su domicilio. Decidir de manera converso implicaría “que ese derecho fundamental que el constituyente reconoce a favor de los individuos sentenciados y por consecuencia, el propio mandato del Poder Constituyente, quedarán sujetos a un acto de voluntad de uno de los poderes derivados del Estado.”

Por tanto, la Corte decidió otorgar el amparo al quejoso, revocar la sentencia recurrida y ordenar que éste debía de ser trasladado del Centro de Readaptación Social ubicado en Veracruz al Centro ubicado en Cieneguillas, Zacatecas, el cual era el más cercano a su domicilio

2) *Acción de Inconstitucionalidad 155/2007*⁵⁸

En el mismo tenor metodológico, el 7 de enero de 2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estaba llamada a pronunciarse respecto de la acción de inconstitucionalidad 155/2007.

⁵⁸ Decidido por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Silva Meza, se aprobó la determinación consistente en que es fundada la presente acción de inconstitucionalidad. Los señores Ministros Aguilar Morales y Ortiz Mayagoitia votaron en contra.

El Procurador General de la República controvertía la constitucionalidad 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 Yucatán⁵⁹, ya que consideraba que estos resultaban contrarios a la libertad al trabajo tutelada en los artículos 5º y 21 constitucional. Se argumentaba que la medida contenida en las normas impugnadas era inconstitucional, ya que facultan a la autoridad administrativa a que imponga como sanción trabajos a favor de la comunidad. A consideración de los promoventes, esto es inconstitucional, ya que nadie puede ser obligado a trabajar sin una justa retribución y sin su consentimiento, salvo aquellos trabajos impuestos por una autoridad judicial como pena a determinadas conductas.

Además, la parte actora argüía que los trabajos a favor de la comunidad violaban el principio de individualización de la pena ya que no existía un mecanismo normativo para adaptar la duración de los trabajos (100 jornadas) en función de la gravedad de la pena.

Por último, se consideraban violados los artículos 16 y 133 de nuestra Carta Magna, ya que la norma impugnada facultaba a las autoridades administrativas a imponer sanciones con el carácter de pena lo cual contraviene los artículos ya mencionados, ya que esto, se argumentaba, es una facultad puramente jurisdiccional.

Así entonces, la Corte pasó a estudiar el contenido de los artículos 5º y 21 de nuestra Constitución a fin de contestar la siguiente pregunta: **¿es contrario a la libertad de trabajo que las autoridades administrativas impongan como sanción a los particulares la realización de trabajos a favor de la comunidad?**

⁵⁹ “**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:

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.

[...]

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.”

Para estar en posibilidad de contestar a esta pregunta, la Suprema Corte siguió una metodología, con diversos pasos, para dotar de contenido a los diferentes derechos humanos de diferentes fuentes formales de derecho.

Así, el primer paso consistió en dotar de contenido, *in abstracto*, a la libertad de trabajo en la Constitución y definir cuáles son sus restricciones en el supuesto de los trabajos personales.

En relación con la anterior y con base en el primer párrafo del artículo 123⁶⁰ y el artículo 5^o, tercer párrafo⁶¹ constitucionales, la Corte determinó que bajo nuestro régimen constitucional, la libertad al trabajo puede ser coartada solamente por una decisión judicial que impone un trabajo sin retribución y sin consentimiento como pena. Sin embargo, la Corte no obvió que el artículo 21 constitucional dispone:

“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.”

Así, se concluyó que nuestro régimen constitucional también permite la *restricción* a la libertad de trabajo cuando una autoridad administrativa impone un trabajo personal a favor de la comunidad como pena.

Ahora bien, basándose en el artículo primero constitucional⁶² y en el Varios 912/2010,⁶³ la SCJN sostuvo que el juez constitucional debe también hacer un estudio de *convencionalidad*

⁶⁰ Art. 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

⁶¹ Art. 5o.-

[...]

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

⁶² Art. 1o.-

[...]

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

ex officio, respecto del contenido de los derechos humanos de los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte y por tanto, no es la Constitución la única norma que compone el *parámetro de control de la regularidad* de las normas que integran el sistema jurídico mexicano.

Al respecto la Corte sostuvo:

“La existencia de este parámetro de regularidad constitucional, de conformidad con lo establecido por la Suprema Corte, no determina *ex ante* un criterio de jerarquía entre las normas que lo integran. Ello es así, debido a que de acuerdo con el texto del segundo párrafo del nuevo artículo primero constitucional, cada una de las autoridades debe favorecer la protección más amplia para cada caso concreto⁶⁴.

Así las cosas, la Corte elaboró estudio de convencionalidad *ex officio* respecto del alcance y las restricciones que la libertad al trabajo contiene en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte. La Suprema Corte basó el estudio antes mencionado en tres instrumentos que regulan el derecho humano en comento: 1) Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (Convenio 29 de la OIT); 2) Artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Del estudio integral de los instrumentos internacionales mencionados, la Corte determinó que, por un lado, la Constitución contiene tanto una *restricción* al trabajo por una pena impuesta por una autoridad jurisdiccional como por una autoridad administrativa y, por el otro, que los tratados internacionales objeto del control de convencionalidad de este caso, solamente prevén la pena impuesta por autoridad jurisdiccional como *restricción*. Por tanto, fue decisión de la Corte que el derecho convencional es menos restrictivo respecto del régimen constitucional y que, por tanto, para satisfacer el mandato del segundo párrafo del artículo primero constitucional, era menester aplicar la norma de derechos humanos de fuente convencional,

[...]

⁶³ Véase los párrafos 27 y ss. del asunto Varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno en la sesión de catorce de julio de dos mil once.

⁶⁴ “(...) Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
(...)”

pues éstas establecen las modalidades en las que el Estado puede interferir con tal libertad en la menor medida posible.

Una vez establecido el parámetro de regularidad y la norma de contraste en el caso concreto, la Corte concluyó que los artículos impugnados son inválidos, ya que la hipótesis de estos facultaba a la autoridad administrativa para imponer penas en forma de trabajos a favor de la comunidad.

Al respecto la Corte sentenció:

“Consecuentemente, en el caso concreto que nos corresponde analizar, debemos aplicar el estándar internacional antes aludido a 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 impugnados, que establecen una sanción administrativa, por reincidencia, consistente en trabajos a favor de la comunidad, al padre o tutor responsable que desatienda los programas terapéuticos de sus hijos; y, a quienes impidan u obstaculicen la realización de actos que tengan por objeto verificar el cumplimiento de las disposiciones de la ley, conforme a lo previsto en el artículo 68, fracciones XII y XIV, del referido ordenamiento.”

Estos dos criterios a los que se hace referencia eran los primeros casos en los que la Corte estaba aplicando a un caso concreto el nuevo régimen constitucional de derechos humanos. En ellos, la Corte adoptó una metodología muy clara: se debe interpretar separadamente la norma constitucional e internacional en abstracto y posteriormente contrastar una con otra. Aquella norma que resulte tener un contenido más amplio en relación con la pretensión del accionante será la norma parámetro con la cual la norma secundaria o acto de Estado será contrastada. Parecía que la Corte estaba construyendo una pauta definitiva y que la inclusión del sistema jurídico internacional había sido bien vista por la mayoría de los Ministros de la Suprema Corte. Sin embargo, como es bien sabido, en la CT 293/2011 el diseño metodológico de la construcción del parámetro de regularidad y de aplicación de normas internacionales sería invertido, constituyendo un importantísimo punto de quiebre en la forma de definir nuestro orden constitucional.

B) Segundo Momento: La Prevalencia de las Restricciones Constitucionales y la Fragmentación del Sistema Internacional del Nacional.

1) Contradicción de Tesis 293/2011⁶⁵

Tratados y Constitución: Relación Normativa

El 3 de septiembre de 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la Contradicción de Tesis 293/2011 bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar. Fueron dos las preguntas jurídicas planteadas.

Por un lado, la Corte estaba llamada a pronunciarse respecto de la sistematización de la aplicación de normas de derechos humanos y la relación jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos respecto de la Constitución. El criterio que derivó de esta contradicción de tesis dispone:

“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**

⁶⁵ Los Ministros y Ministras Zaldívar, Pérez Dayán, Ortiz Mena, Franco, Sánchez Cordero, Luna Ramos, Silva, Valls, Pardo y Aguilar votaron a favor del proyecto. El Ministro Cossío votó en contra

supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como 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”.⁶⁶

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Pleno expuso la evolución jurisprudencial que la Suprema Corte ha desarrollado respecto de la relación jerárquica entre tratados internacionales y la Constitución. Al tenor del último precedente, concluyó que los tratados internacionales están por debajo de la Constitución y por encima de las leyes locales y federales. Sin embargo el punto fino a resolver era: ¿este criterio es aplicable a los tratados internacionales de derechos humanos?

La respuesta fue en lo negativo. La Corte concluyó que un enfoque jerárquico no era el adecuado para determinar la mecánica de aplicación de las normas de derechos humanos constitucionales y convencionales.

Lo anterior, en virtud de dos puntos en particular: “una relacionada con los alcances de los precedentes que sostienen dicha doctrina; y otra vinculada con la necesidad de adoptar un nuevo enfoque para responder el problema aducido, dando cuenta del nuevo contenido del artículo 1º constitucional.”(pag.24 de la sentencia)

Respecto de lo anterior, la Corte argumentó que la Constitución en su artículo 1º reconoce dentro de su “catálogo” de derechos humanos aquellos contenidos en los instrumentos

⁶⁶ Entre las sustentadas 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. 3 de septiembre de 2013. (Décima Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, P./J. 20/2014, pág. 202).

internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte y que por tanto, los tratados internacionales de la materia y aquellos que no sean considerados tratados de derechos humanos pero contengan alguna norma de esa naturaleza, deberán ser dotados de rango constitucional.

Al tenor de lo anterior, la Corte enfatizó:

“Lo anterior da paso a una segunda cuestión. Antes de la reforma constitucional, habría sido posible estudiar la dicotomía de “tratados internacionales de derechos humanos” y “tratados internacionales” en general a la luz del enfoque de jerarquía normativa construido a partir de la interpretación del artículo 133 constitucional. Sin embargo, no puede soslayarse que la reforma al artículo 1º constitucional no se acompañó con una enmienda al artículo 133, lo cual conduce a este Tribunal Pleno a concluir que la razón de dicha omisión atiende a lo insatisfactorio que sería abordar con base en un criterio de jerarquía formal la problemática surgida por la existencia de dos fuentes primigenias de reconocimiento de los derechos humanos.”

Más aún, determinó: “[...] conduce a este Tribunal Pleno a apuntar, como una conclusión preliminar, que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos.”

Así entonces, la Corte consideró necesario replantear el concepto de supremacía constitucional para entender su funcionamiento tomando en cuenta las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos.

En primer lugar, sostuvo que las reformas constitucionales de 2011 introducen nuevas medidas y figuras jurídicas que deben ser entendidas y aplicadas con el objeto de que se manifieste el efecto útil de la reforma y esta pueda ser optimizada para poder tutelar de manera efectiva los derechos humanos. Una de estas medidas, a consideración de la sentencia, es la incorporación de un conjunto de normas de derechos humanos (tratados internacionales de DDHH) que pueden ser aplicadas indistintamente, sin importar la fuente formal de derecho de la cual devenga. La sentencia reconoce que la operación de aplicación normativa no debe basarse en criterios que derivan del artículo 133º. En otras palabras, si la norma es de origen

constitucional o convencional resulta irrelevante a efectos de definir que norma se aplica. El criterio de aplicación es uno material, no formal.

Posteriormente, para robustecer lo anterior, la Corte hizo una interpretación del artículo 1º, *in toto* y concluyó:

“De acuerdo con lo anterior, de la literalidad de los primeros tres párrafos del artículo 1º constitucional se desprende lo siguiente: **(i)** los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los cuales México sea parte integran un mismo conjunto o catálogo de derechos; **(ii)** la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma; **(iii)** dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y **(iv)** las relaciones entre los derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos –lo que excluye la jerarquía entre unos y otros–, así como del principio *pro persona*, entendido como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos.”

Adicionalmente, la Corte robusteció la conclusión anterior en virtud de una interpretación sistémica de la Constitución a efectos de corroborar si el modelo antes descrito, ha sido adoptado por el Constituyente Permanente en la totalidad de nuestro sistema de regularidad y si existe coherencia entre lo que el artículo 1º dispone, con otros artículos constitucionales. Después de analizar los artículos 15, 103 y 105 de la Carta Magna, la sentencia confirmó el resultado lógico antes obtenido, ya que estos numerales reconocen de manera explícita a los tratados internacionales como parte del bloque de regularidad del orden jurídico mexicano.

Sin embargo, la Corte no se detuvo ahí, y también a través de una interpretación teleológica concluyó que el objeto y fin del Constituyente Permanente era: 1) Constituir un bloque de regularidad entre la Constitución y el derecho positivo internacional, y que ambas normas gozan de un rango constitucional. 2) Se pretendía que el conjunto de los derechos humanos vincule a los órganos jurisdiccionales a interpretar no sólo las propias normas sobre la materia, sino toda norma o acto de autoridad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, erigiéndose como *parámetro de control de regularidad constitucional* y; 3) Que toda norma de derechos humanos fuera parte del parámetro de regularidad, sin importar la fuente formal de derecho de la cual devengan.

No obstante lo anterior, la Corte tomó un giro argumentativo en la última parte de la sentencia en la cual, finalmente concluyó que las restricciones constitucionales deben ser aplicadas *prima facie* a pesar de que exista una norma de derechos humanos en un tratado internacional que sea más amplia en cuanto a su alcance protector.

En este sentido, la Corte planteó la siguiente pregunta: ¿cómo es posible que una norma, cuya existencia y validez depende de la Constitución, establezca junto con normas constitucionales, el parámetro de control de la validez de todas las demás normas del ordenamiento jurídico?

Así entonces, la Corte distinguió entre dos elementos necesarios para la incorporación de los tratados internacionales a nuestro orden jurídico, esto es: i) los requisitos formales (que se refieren a la satisfacción del procedimiento de adopción del tratado por parte del Presidente de la República y del Senado) y ii) materiales (que se refieren a la congruencia sustancial del tratado con la Constitución) de validez para entender la operatividad de aplicación de las normas convencionales en nuestro orden jurídico.

Así, en la sentencia se expresa que dado que estos elementos de vigencia y validez de los tratados internacionales están previstos por la Constitución, no se pueden aplicar contenidos de los tratados cuando éstos vayan en contra del contenido de la Constitución.

Por tanto, como ya se señaló, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió que cuando en la Constitución haya una *restricción* expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional sin importar que la norma convencional sea más protectora.

La vinculatoriedad de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por otro lado, la Corte estaba llamada a pronunciarse sobre el status vinculatorio de los precedentes de la Corte Interamericana dentro de nuestro régimen constitucional. Los Ministros Gutiérrez, Zaldívar, Valls, Cossío, Sánchez Cordero y Silva consideraron que los precedentes resueltos por la Corte Interamericana resultaban obligatorios para el juez constitucional mexicano, siempre que su aplicación estuviese en sintonía con el principio *pro persona* y sin importar si México fuese parte del caso. Al respecto, se concluyó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para los jueces mexicanos siempre y

cuando su aplicación favorezca el ejercicio de los derechos humanos y cumpla con ciertos pasos metodológicos.

Al respecto, la Corte razonó que los operadores jurídicos se encuentran obligados a analizar si el precedente de la CIDH resulta aplicable al ordenamiento jurídico mexicano, es decir que el marco normativo analizado y el contexto fáctico de ambos casos sean análogos y por tanto idóneos para la aplicación del precedente internacional, ya que la jurisprudencia interamericana constituye un todo integral o como “una especie de línea evolutiva formada por sentencias que se encuentran interconectadas”. Como consecuencia, se parte bajo la concepción de que estas sentencias constituyen un proceso constructivo del contenido de los derechos humanos de la Convención Interamericana.

2) *Contradicción de Tesis 21/2011: Procedencia del Amparo Directo en Revisión frente a la interpretación de tratados internacionales de derechos humanos.*⁶⁷

Esa misma semana, la Corte decidió una segunda contradicción de tesis estrechamente vinculada con la recién descrita. En esta contradicción de tesis entre la Primera y Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Pleno estaba llamado a pronunciarse sobre la siguiente pregunta:

¿Es procedente el recurso de revisión en el amparo directo cuando la pregunta verse sobre la interpretación de un tratado internacional?

Así, para responder a dicha interrogante, el Pleno buscaba dilucidar sí, el contraste entre leyes secundarias y tratados que regulen derechos humanos o la interpretación directa de una norma convencional que reconozca un derecho humano es una cuestión de constitucionalidad y si por consiguiente, el recurso de revisión en el amparo directo es procedente. Así las cosas, la Corte abundó respecto dos temas: i) la naturaleza de los derechos humanos de fuente convencional y; ii) respecto de la naturaleza del amparo directo en revisión.

⁶⁷ Decidido por mayoría de nueve votos de los Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Pérez Dayán, y el Presidente Silva Meza. El Ministro Cossío Díaz y la Ministra Luna Ramos votaron en contra.

En lo concerniente al primero de ellos, la mayoría consideró, al tenor de lo resuelto en la CT 293/2011, que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales no se relacionan entre sí en términos jerárquicos y que los conflictos materiales que pudiesen surgir entre tratado y Constitución se verán resueltos en virtud del principio *pro homine*.

Se enfatizó en el hecho de que la reforma de derechos humanos representó un cambio *ius-filosófico* que impactan en la naturaleza de los derechos humanos. Bajo el esquema constitucional actual, los derechos humanos se reconocen, no se otorgan. Más aún, se dice que bajo este esquema ya no existen las garantías individuales, sino que somos acreedores inherentes a derechos humanos y existen garantías que son medios para asegurar el goce de los derechos. Así entonces, se dijo que el nuevo artículo 1º dio lugar a una interrelación material entre las normas constitucionales y la de los tratados internacionales ratificados por México, sin que sea relevante para determinar la aplicación normativa, la jerarquía de su fuente.

Por ende, la Suprema Corte determinó “[...]el control de convencionalidad es un control de constitucionalidad desde el punto de vista sustantivo[...].” y adicionalmente sentenció “[p]ara esta Suprema Corte, cuando exista una aparente diferencia entre normas constitucionales y de tratados internacionales que, *prima facie*, regulen las mismas posiciones jurídicas que den lugar a un derecho humano, el contenido del mismo deberá integrarse y armonizarse a partir de la interpretación de las disposiciones normativas aplicables que más favorezcan a la persona [...].”

Ahora bien, en lo concerniente al tema del amparo directo en revisión, la Corte se vio en la necesidad de determinar los elementos que definen una “cuestión constitucional” en términos del artículo 107 constitucional. En este sentido, los criterios para determinar que es una cuestión constitucional, se definieron en lo positivo y en lo negativo.

Conforme al primero de los criterios, una cuestión constitucional se identifica por el ejercicio interpretativo de un elemento propiamente constitucional. Así, la interpretación de un elemento o norma constitucional es lo propio de una cuestión constitucional, pues en ese supuesto se pretende desentrañar cual es la solución normativa que prescribe la Constitución para un determinado caso [...].

“Por otro lado, la cuestión constitucional identificada por virtud de criterios negativos radica en la caracterización de su opuesto: la cuestión de legalidad. Ésta consiste en aquellos presupuestos jurídicos atinentes exclusivamente a determinar la debida aplicación de una ley o de una norma infra constitucional que no dan lugar a la procedencia del recurso de revisión en amparo directo.” Así entonces, “el objeto motivador de la cuestión constitucional pasa por la tutela del principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Constitución Federal” el cual se integra con dos acepciones:

Por un lado, la primera acepción se refiere a que aquellas normas cuyo proceso de creación esté previsto en la Constitución deben estar de acuerdo con el contenido de la misma.

Por otro lado, la segunda acepción salvaguarda la unidad de principios objetivos del ordenamiento, en donde se establece una jerarquía axiológica de derechos.

Como consecuencia de lo anterior, la Suprema Corte determinó que cuando se alega una confrontación entre una ley secundaria y un tratado internacional que no regule un derecho humano, el conflicto normativo entre éstos no es una cuestión constitucional sino legal y por tanto, el amparo directo en revisión debiese ser declarado improcedente. Sin embargo, cuando se confronte una ley secundaria con un tratado internacional que no regule un derecho humano y la pregunta que la Corte deba responder sea respecto de la interpretación del principio mismo de supremacía constitucional o determinar el alcance del sistema de fuentes previsto constitucionalmente se tendrá que será, *prima facie*, una cuestión constitucional.

Así entonces se consideró que cuando se interprete una disposición convencional cuyo contenido sea un derecho humano deberá entenderse que se está ante una pregunta constitucional y que, en tal virtud se debe tener como procedente el recurso de revisión cuando se interpreten los derechos humanos contenidos en las normas internacionales.

Ahora bien, derivado de este segundo momento, podemos inferir que la Corte reafirma que los tratados y la Constitución deben ser concebidos como parte de un mismo catálogo normativo en virtud de la materia que protegen, pero que, sin embargo, se debe inaplicar la norma de fuente internacional cuando la constitucional contenga alguna *restricción* en virtud de que ésta última prevé los procesos de creación normativa de aquellos. Así entonces, tenemos que la Corte cambia su criterio respecto de lo resuelto en los casos de traslado de reos y trabajos

forzados toda vez que condiciona la aplicación de los tratados a que coincidan materialmente con la Constitución. Dicha decisión estuvo anclada en la aplicación de las restricciones constitucionales pero la Corte no definió cuál sería el significado de éste importante concepto.

Tercer Momento: La Construcción del Concepto de *Restricción* y la Metodología de Inaplicación del Derecho Internacional Frente al Derecho Constitucional y Legal.

Ahora bien, después de estos dos pronunciamientos que cambiaron radicalmente el diseño metodológico del parámetro de regularidad, se podían esperar, al menos desde mi perspectiva, dos opciones para llegar a una definición conceptual de *restricción*. Por un lado, la Corte tenía la opción de pronunciarse en abstracto y construir en definitiva un concepto normativo de *restricción* que pudiera ser aplicado a cada caso o, por el contrario, tenía la opción de ir definiendo (y moldeando) el concepto de manera casuística, sin pronunciarse definitivamente respecto de su significado y su alcance de aplicación. La Corte optó, por esta segunda opción y en tal virtud resulta necesario analizar esos casos en donde se dota de contenido al concepto.

A) Acción de Inconstitucionalidad 32/2012: Geolocalización ⁶⁸

En esta acción de inconstitucionalidad, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, tildaba de inconstitucional el contenido de los artículos 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones, pues consideraba que violaban el derecho humano a la privacidad contenido en diferentes tratados internacionales y en la Constitución. Los artículos aludidos prescriben:

“Artículo 133 Quáter.- Tratándose de investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas, el Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, solicitarán por simple oficio o medios electrónicos a los concesionarios o permisionarios del servicio de

⁶⁸ Se aprobó por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena en contra de las consideraciones, Luna Ramos, Franco González Salas en contra de las consideraciones, Zaldívar Lelo de Larrea en contra de las consideraciones, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales con salvedades, Pérez Dayán y Presidente Silva Meza con salvedades, respecto del considerando quinto, relativo al reconocimiento de validez de los artículos 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales y 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Los señores Ministros Cossío Díaz, Valls Hernández y Sánchez Cordero de García Villegas votaron en contra.

telecomunicaciones la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados.

De todas las solicitudes, la autoridad dejará constancia en autos y las mantendrá en sigilo.

En ningún caso podrá desentenderse la solicitud y toda omisión imputable al concesionario o permisionarios, será sancionada en términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal.

Se castigará a la autoridad investigadora que utilice los datos e información obtenidos como resultado de localización geográfica de equipos de comunicación móvil para fines distintos a los señalados en este artículo, en términos de lo establecido en la fracción IV del artículo 214 del Código Penal Federal”.

“Artículo 40 Bis.- Los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones, están obligados a colaborar con las autoridades en la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas, a solicitud del Procurador General de la República, de los procuradores de las entidades federativas o de los servidores públicos en quienes deleguen esta facultad, de conformidad con las leyes correspondientes.

Cualquier omisión o desacato a estas disposiciones será sancionada por la autoridad, en los términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal”.

El concepto de invalidez hecho valer por la parte actora, consiste en que los Procuradores Federal y estatales tienen la facultad de ordenar la localización geográfica de una persona sin un mandamiento escrito por autoridad judicial, lo cual resulta en un mecanismo arbitrario de invasión a la privacidad y sin un control de los límites y responsabilidades de las autoridades facultadas y puede servir como herramienta arbitraria de registro de diversos aspectos de la vida privada de los individuos. La Comisión argumentaba que bajo nuestro marco Constitucional, es necesario que este tipo de actividades estén autorizadas por una autoridad

judicial, deben tener un límite temporal y que, finalmente, estén precisados específicamente los sujetos que serán localizados.

Al respecto, la Corte sentenció que dicho concepto de invalidez era infundado y consecuentemente la medida resultaba constitucional. La *ratio decidendi* de la Corte radicaba en que la medida impugnada constituía parte integral de la facultad de persecución de los delitos propia del Ministerio Público, la cual encuentra anclaje constitucional y legal en los artículos 21 y 102 de la Carta Magna y en los artículos 2º, 3º, 4º, 113 y 123 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Es necesario hacer énfasis en el hecho de que el argumento de constitucionalidad material de la medida impugnada derivó de un análisis competencial, en el cual la Corte hace referencia al marco competencial del Ministerio Público, tomando en cuenta las normas constitucionales y secundarias pertinentes. Adicionalmente, se hizo hincapié en la intención del legislador de fortalecer las herramientas ministeriales en el combate de delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y extorsión. La conclusión inmediata de la Corte es que entonces, la medida impugnada busca mantener el orden público y la paz social y la tutela de la vida e integridad física y psicológica de las personas, lo cual justifica la facultad de la Procuraduría General de la República y que, por tanto, la norma encuentra asilo constitucional siempre que sea referente a los supuestos de delitos excepcionales enlistados.

Se argumentó, además, que no es necesario tener una orden judicial para poder hacer valer la referida facultad del MP, dado que el régimen constitucional aplicable es el del artículo 16 constitucional, que se refiere actos de molestia y no un acto privativo referente al marco constitucional del artículo 14 constitucional. Por otro lado, también se dijo que no se transgrede el derecho a la privacidad, ya que la autoridad tiene la carga de justificar el uso de la facultad en cada caso concreto.

Para efectos del presente trabajo, es necesario hacer especial énfasis en el argumento de la Corte que defiende la constitucionalidad de la medida bajo un parámetro de carácter competencial, lo cual afecta la forma en que los Ministros entienden la función judicial dentro del sistema político, sosteniendo que el legislador ordinario goza de libertad configurativa que le permite regular la política en materia de seguridad pública con mayor amplitud y sin escrutinio constitucional judicial. Así, en este precedente la Corte cede gran parte de poder

político formalizado ya que, con un entendimiento bastante conservador de su función, da un campo bastante amplio de deferencia regulatoria, no sólo al Constituyente Permanente sino también al legislador secundario.

Lo anterior implica que en el caso en cuestión, la Corte caracterizó la facultad persecutoria de delitos propia del Ministerio Público, como la *restricción* constitucional que justifica la medida impugnada. Dicho en otras palabras, justificó una limitación material a un derecho bajo el argumento de que es parte de la competencia o la facultad de una autoridad, en este caso, el Ministerio Público. Más importante aún, justificó la *restricción* a partir de una competencia construida en ley, no en el texto constitucional. Lo anterior implica que la Corte, al establecer el parámetro de regularidad para analizar la constitucionalidad de la norma en cuestión, toma en cuenta leyes secundarias y éstas, a su vez, encuentran aplicación prevalente respecto del contenido de los tratados internacionales de derechos humanos. Lo anterior, en conexión con lo resuelto en la CT 293/2011, significa que el entendimiento de la Corte del concepto de *restricción* en lo particular y de la metodología de aplicación normativa en lo general, en materia de derechos humanos, había cambiado radicalmente en este punto, ya que la inaplicación material de los estándares internacionales se daría también en virtud de cláusulas competenciales contenidas en las Constitución y en las leyes. Así entonces, parece que bajo este criterio, resuelto por la mayoría, se podría avalar la constitucionalidad de cualquier medida en el plano material, siempre que se identifique esa *restricción* material, como parte de la facultad legal de una autoridad para llevar a cabo determinado acto.

b) Amparo Directo en Revisión 1312/2014: Procedencia del Amparo en Contra de Actos del Consejo de la Judicatura Federal⁶⁹

⁶⁹ Decidido por mayoría de cinco votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Luna Ramos apartándose de la consideración relativa a la procedencia del juicio de amparo respecto de otros actos del Consejo de la Judicatura Federal, Franco González Salas, Pardo Rebolledo y Pérez Dayán, respecto del considerando séptimo, relativo al estudio de fondo. Los señores Ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea y Presidenta en funciones Sánchez Cordero de García Villegas votaron en contra y anunciaron sendos votos particulares. El señor Ministro Pardo Rebolledo reservó su derecho a formular voto concurrente. Los señores Ministros Silva Meza y Presidente Aguilar Morales no participaron en las votaciones por haberse declarado impedidos para conocer del asunto.

Este caso constituye otro claro ejemplo de la práctica que ha adoptado la Corte de construir el parámetro de regularidad conforme a cláusulas competenciales y a través de dichas cláusulas justificar la medida restrictiva de un derecho.

En este amparo, la quejosa impugnaba la inconstitucionalidad del artículo 61 de la Ley de Amparo ya que consideraba que éste restringe el derecho de acceso a la justicia, en virtud de que prescribe la improcedencia del juicio de amparo en contra de actos del Consejo de la Judicatura. Además se argumentaba que el artículo 100, fracción IX de la Constitución debía ser interpretado de manera tal que el juicio de amparo fuera procedente en contra de conflictos de trabajo que surjan entre los servidores públicos del Consejo, pues de lo contrario se violaría el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, además de los artículos 17, 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así las cosas, la mayoría decidió que cuando un servidor público busque remedio judicial a través del amparo en contra de un acto que es competencia del Consejo de la Judicatura, dicho recurso de amparo deberá ser considerado improcedente, pero que cuando se trate de un acto que excede las competencias otorgadas al órgano mencionado entonces el amparo sí resulta procedente. Esta lógica encuentra conexión con la metodología adoptada por la Corte en la acción de inconstitucionalidad 32/2012 relativa a la geolocalización antes descrita, en virtud de la cual la Corte construye el parámetro de regularidad a través de una norma secundaria competencial, concede una deferencia al Constituyente Permanente (en este caso concreto) y al legislador secundario (en el caso de geolocalización) y ha optado por dejar de realizar un escrutinio material exhaustivo de las diferentes medidas restrictivas de los derechos elaboradas por el legislador.

Así, se confirma el entendimiento de la Corte de que bajo el diseño del sistema abstracto en las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011, el concepto de *restricción* constitucional que desplaza la aplicación del contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, comprende aquellas cláusulas competenciales a favor de la autoridad y ésta condición jurídica justifica, a entender de la Corte, la razonabilidad de la medida dentro del parámetro de regularidad.

D) Conclusiones.

Estos casos constituyen ejemplos sumamente ilustrativos de la tendencia interpretativa y metodológica de la Corte al hacer operativo el modelo de las CT 293/2011 y 21/2011. Ciertamente existen otros precedentes relevantes, tales como el polémico caso de la figura del arraigo federal analizado en el amparo directo en revisión 1250/2012 y el expediente varios 1396/2011 respecto de la recepción de las obligaciones del Poder Judicial de la Federación derivado de una sentencia condenatoria del caso Inés y Valentina⁷⁰, que emitió la Corte Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, resulta difícil hacer una descripción detallada de las consideraciones de estos dos casos pues los engroses no han sido publicados después de más de un año⁷¹. No obstante lo anterior, la tónica de la decisión mayoritaria en estos casos confirma la postura de la Corte en los casos previamente descritos, en virtud de la cual las cláusulas restrictivas contenidas en la Constitución acaban siendo el derecho aplicable para contrastar las normas y actos del Estado.

Hasta aquí se discutió por cuanto atañe a lo que la Corte ha dicho en materia de restricciones e inaplicación del derecho internacional. Sin embargo, también resulta valioso destacar lo que la Corte ha dejado de esclarecer en esta línea jurisprudencial. Me parece que el trascendente contexto jurídico y político de estas decisiones, exigía un mayor nivel de conceptualización con categorías de análisis mejor definidas, para poder ordenar y hacer operativo el sistema. Independientemente de las inclinaciones ideológicas de los diferentes Ministros, y de las diferentes posturas que tienen respecto de la adopción de un régimen monista o dualista, es relevante mencionar que la construcción teórico-conceptual de la Corte no ha creado categorías para poder determinar cuándo opera la aplicación de una *restricción*. Me parece que, hasta cierto grado, la Corte ha abdicado en su rol ordenador del sistema jurídico, y ha dejado de clarificar la distinción entre una *restricción*, una limitación o un régimen regulatorio especial (*lex specialis*) y por tanto, ha creado un concepto indeterminado, dentro de un modelo que ha sido interpretado por cada uno de los Ministros de manera distinta, lo que seguirá propiciando la inconsistencia judicial, pues el término de “*restricción constitucional*” se ha

⁷⁰ COIDH, Caso de Inés y Valentina

⁷¹ El expediente varios 1396/2011 se resolvió el 11 de mayo de 2015 y el ADR 1250/2012 fue resuelto el 14 de abril de 2015

convertido en un concepto que puede ser moldeado a *modo*, dependiendo de las condiciones materiales de cada caso concreto.

CAPÍTULO TERCERO

III. EL PUNTO DE QUIEBRE DEL BLOQUE DE REGULARIDAD Y LA OPERATIVIDAD DEL MODELO ADOPTADO EN LA CT 293/2011: UNA REFLEXIÓN

A) Marco de Análisis Jurisprudencial.

Las anteriores decisiones constituyen un proceso en virtud del cual la Corte eligió un rumbo para definir la funcionalidad y contenido del parámetro de regularidad. Como vimos, en este proceso podemos apreciar ciertos puntos de inflexión en donde el sentido de las decisiones evoca una concepción diferente de la funcionalidad del parámetro de regularidad, esto a su vez derivado de inconsistencias interpretativas del artículo 1º constitucional, pero más allá de esto, parece ser que ha habido un cambio en la forma de definir la función judicial dentro del sistema político mexicano, en la manera en que la Corte se relaciona con los otros poderes de la unión y el grado de responsabilidad que asume dentro del proceso de consolidación de un sistema democrático.

En este capítulo me daré a la tarea de analizar las características e implicaciones de los diferentes “puntos de inflexión” descritos en el capítulo anterior.

Ahora bien y a manera de recapitulación, en un primer momento la Corte parecía desarrollar una doctrina constitucional anclada en el principio pro persona como criterio de selección normativa. Efectivamente, cuando la Corte estuvo en la necesidad de analizar la pregunta relativa al diseño del parámetro de regularidad, la *ratio decidendi*, de la misma en la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007 “trabajos forzados” y en el AR 151/2011 “traslado de reos” consistió en un análisis material de la norma en virtud del cual se contrastaba el derecho constitucional con el convencional y finalmente se aplicaba la norma que proveyera la protección más amplia.

En un segundo momento, el bloque de regularidad fue invertido a una lógica restrictiva, a partir de las Contradicciones de Tesis 293/2011 y 21/2011. Respecto de este segundo punto,

hay dos aspectos a destacar, que si bien son interdependientes, por cuestión de método los separaré. (i) El primero es referente a la definición del criterio formal o material de aplicación normativa de normas de derechos humanos que se discute en la sentencia ⁷² y el (ii) segundo relativo a la definición conceptual de *restricción*.

Al principio de la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011, se sostenía que el criterio de aplicación normativa debía ser uno material en virtud de la incorporación del principio *pro persona* al régimen constitucional, pero hacia el final de la misma, se planteó la siguiente pregunta: ¿cómo es posible aceptar que los tratados internacionales sean parte del bloque de regularidad junto con la Constitución, cuando ésta establece los criterios formales y materiales de validez de aquéllos? Respondiendo a ésta interrogante, la mayoría determinó que si bien el principio *pro persona* debía ser el criterio rector de aplicación, se debe aplicar la Constitución cuando ésta contenga restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos, ya que es imposible que el contenido de los tratados, prevalezca en vez de la Constitución, cuando ésta prevé los elementos de validez de aquéllos. Finalmente, éste fue el argumento que justificó un modelo en donde se aplican imperativamente las restricciones constitucionales en la construcción del derecho.

Cabe destacar que, desde mi perspectiva, el problema no reside en la aplicación de restricciones a los derechos humanos *per se*. Tradicionalmente, una de las funciones del juez constitucional ha sido encontrar un adecuado balance entre los diferentes bienes constitucionales y analizar la “razonabilidad” de las medidas que restringen a los mismos.⁷³ El problema, más bien, radica en el hecho de que la aplicación de estas restricciones constitucionales no es sometida a un escrutinio de “razonabilidad”, sino que son impuestas en virtud de un criterio formal, es decir, son impuestas por el simple hecho de que están en la Constitución, sin más ni menos.⁷⁴

Respecto del segundo aspecto, relativo a la construcción del concepto de *restricción*, en la CT 293/2011, la cual encontró confirmación en la CT 21/2011, la mayoría de los Ministros de

⁷³ Respecto de las diferentes enfoques y metodologías de ponderación constitucional, véase: A. Barak, “*Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*”, Cambridge University Press, 2012, pp.19-21.

⁷⁴ Al respecto véase: J. Roldán Xopa, “...*Kelsen ha muerto. ¡Viva Kelsen!*”, Revista Nexos: El Juego de la Suprema Corte, Septiembre, 2013.

la Corte interpretaron el concepto de *restricción* constitucional de manera que cuando la Constitución contenga una “*restricción expresa*” a un derecho humano, se le deberá de tomar en cuenta por encima del contenido del tratado internacional, para construir el parámetro de regularidad con el cual se contrastarán las normas o los actos del Estado relevantes en el caso. Se argumentó que esto no representa la inoperancia del principio pro persona en el sistema sino que, de manera excepcional, las restricciones a los derechos humanos contenidos en la Constitución deberán prevalecer.

Sin embargo, la Corte no definió de manera explícita y concreta el significado de “*restricción constitucional expresa*.” En la línea jurisprudencial relativa al tema en comento, habría diferentes niveles de concreción conceptual del término y sería después (y lo seguirá siendo todavía) que a través de la casuística se dotaría de contenido a este concepto. Ahora, en este primer punto si se llegó a un primer paso de concreción del concepto, consistente en que, primeramente, “*restricción*” no es referente a los supuestos del artículo 29 constitucional y que cuando la Constitución restrinja de manera expresa, esto constituirá el derecho aplicable. Así, en este punto, no habría más concreción conceptual. Me parece que esto fue una decisión totalmente intencional, pues los Ministros y Ministras eran conscientes de que tendrían la oportunidad de definirlo en futuros casos.

El Ministro ponente, Arturo Zaldívar, que es considerado como un juez liberal, probablemente pensó que la batalla se había perdido pero que la guerra se podía ganar en el constreñimiento del concepto, anclando dicha estrategia en la distinción conceptual entre *restricción* y limitación. Sería una estrategia interesante, pero de difícil ejecución si consideramos la inflexibilidad del ala conservadora en su miedo, más cultural y nacionalista que jurídico, de que la Norma Fundamental “cediera” ante el derecho *internacional*.⁷⁵ En efecto y como se analiza más adelante, las decisiones posteriores han evidenciado todo lo contrario.

⁷⁵ Cabe destacar que cuando las fuentes del derecho internacional son incluidas como parte del derecho nacional en virtud de la voluntad de una autoridad interna, ya sea positivamente en la Constitución o interpretativamente por una decisión judicial, ya no cabe, desde un punto de vista formal, hablar de derecho internacional, pues el contenido de esas normas internacionales se vuelve, en virtud de esos actos, derecho interno. Al respecto, véase la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. En la parte relevante Kelsen sostiene: “[...] la primacía del orden jurídico internacional [...] es compatible con el hecho de que la Constitución de un Estado contenga una disposición según la cual el derecho internacional general debe valer como parte integrante del orden jurídico estatal.”

B) La CT 293/2011: Validez lógica de la sentencia, su operatividad dentro del sistema jurídico-político mexicano y sus efectos frente al derecho internacional.

Sin embargo, antes de entrar a fondo al análisis de cómo se ha ido definiendo caso por caso el concepto de *restricción*, considero relevante analizar algunas de las implicaciones de la CT 293/2011 por sí misma. En la literatura y en la jurisprudencia, comúnmente se refiere a la discusión objeto de la presente tesis como aquella que responde a la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en contraste con la Constitución. Si bien esto no es erróneo, a mi parecer, no se trata de la pregunta central que se abordó en las discusiones de las sentencias descritas en el capítulo anterior. La definición de la ubicación jerárquica de un instrumento normativo respecto del otro, era una respuesta o una consecuencia una vez que se respondiera a la *litis* central de la discusión, que en realidad era tocante a los criterios de aplicación normativa de las normas de derechos humanos. *Mutatis mutandis*, la *litis* del debate jurisprudencial, era definir la naturaleza material o formal del criterio de aplicación normativa en materia de derechos humanos, cuando exista discrepancia entre el contenido de los tratados internacionales y la Constitución.

Como ya vimos, el problema al que se enfrentaba la Corte es que nuestra Constitución - aparentemente- contenía dos sistemas de aplicación normativa, uno formal y uno material. Al menos así se centró el debate en las contradicciones de tesis de manera implícita, sin perjuicio de la conclusión del capítulo primero del presente trabajo que considero hubiera sido el ejercicio metodológicamente correcto. En resoluciones anteriores a la RCDH de 2011, nuestra Corte había interpretado el artículo 133 constitucional de manera tal que los tratados internacionales (de la materia que fueran) estaban por debajo de nuestra Constitución y por encima de las leyes emitidas por el Congreso de la Unión⁷⁶. Si bien éste no es el tema objeto

⁷⁶ 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.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena

del presente trabajo, basta decir que dicho análisis era uno que se definía en virtud de la ubicación jerárquica de los diferentes instrumentos normativos, por debajo de aquella norma encargada de establecer los requisitos de validez normativa de esos otros instrumentos normativos. Ahora bien, en virtud de las modificaciones hechas al artículo 1º en 2011, el criterio citado ya no es aplicable a los tratados en materia de derechos humanos, ya que, el régimen incorporado al artículo primero, prima la protección del individuo frente al poder público, sin importar su procedimiento de creación normativa. Así, en virtud de este cambio, se modificó el criterio de aplicación normativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pasando de un criterio formal a uno material o, al menos, un ejercicio de análisis material que determina la aplicabilidad de la norma.

Ahora bien, esta determinación fue objeto de mucho debate no sólo dentro de la Corte, sino que generó preocupación en la academia, en las ONG, en los litigantes y en general en el gremio jurídico de nuestro país e, incluso, ha generado reacciones de prominentes académicos internacionales como Manuel Atienza. Éste último, ha defendido la postura de la CT 293/2011, argumentando que no es contradictoria y naturalmente existen aquellos que argumentan lo contrario, tales como el Ministro José Ramón Cossío y el Doctor Ramón Ortega.

Consecuentemente, considero preciso analizar los argumentos que se han esgrimido en este diálogo, para definir cuáles son los defectos y virtudes tanto lógicas como funcionales de semejante decisión. Lo anterior es relevante para estar en posibilidad de preguntarnos qué cambios son necesarios –si es que lo son- para poder implantar un sistema de aplicación normativa con una operatividad coherente que satisfaga el objeto último de la RCDH: la máxima protección normativa de la persona frente al Estado y la aplicación, *prima facie*, de estándares más protectores en diferentes materias.

En el presente apartado retomaré algunos de los argumentos esgrimidos por juristas que sostienen que dicha sentencia es armonizable tales como el argumento de Manuel Atienza y

Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, que defienden que la CT 293/2011 no es contradictoria. Lo anterior con la finalidad de analizar cuáles son las diferentes formas de leer la Constitución a través de la tan polémica resolución del Pleno de la Corte y cuáles son sus implicaciones desde una perspectiva operativa. También prestaré debida atención a los argumentos de aquellos que se oponen a la decisión como son, por ejemplo, el Ministro José Ramón Cossío y el Dr. Ramón Ortega.

1) Los argumentos de la Corte en la CT 293/2011 son contradictorios

a) Ministro José Ramón Cossío Díaz:

Como es bien sabido, el Ministro Cossío Díaz votó en contra de la multicitada contradicción de tesis. En general, sostiene que el criterio adoptado es contrario a la esencia de la RCDH y es auto-contradictoria.⁷⁷ En lo particular, señala que el criterio mayoritario emplea un criterio de jerarquía normativa para relacionar la Constitución con los tratados en materia de derechos humanos, pues desde su perspectiva, es imposible sostener un criterio hermenéutico conforme al cual se aplique la norma en razón de su contenido protector y simultáneamente pretender aplicar las restricciones constitucionales a los derechos humanos.

Al respecto, el Ministro sostiene que la relación de los tratados de derechos humanos frente a nuestro orden jurídico se define en virtud de dos elementos. Primero, cuando el tratado cumple con los requisitos formales y materiales de validez es, en términos del artículo 133 constitucional, inferior a la Constitución misma, simplemente porque ésta dicta sus requisitos de validez. Después de esto, el artículo 1º de la Constitución “da lugar a una operación normativa completamente diferenciada, que nada tiene que ver ya con cuestiones de jerarquía” en virtud de la cual el principio pro persona define la aplicación de una u otra norma sin establecer ninguna jerarquía entre ellos.”

⁷⁷ José Ramón Cossío, “*Las trampas del consenso*”, Revista Nexos, 3 de octubre de 2013.

El Ministro Cossío establece que el concepto de *restricción* debió ser entendido en términos del artículo 29 constitucional, ya que éste y el artículo 1º, tienen una misma lógica, una misma génesis y por ello, no debieron haber sido interpretados con orientaciones diversas.

“Éstas son expresiones técnicas y específicas que deben utilizarse sólo en estos casos, sin extenderse a cualquier *restricción* que pudiera entenderse contiene la Constitución. Las últimas reformas a los artículos 1 y 29 tienen la misma génesis, por lo que no deben ser interpretados con orientaciones diversas.”

“Lo que la posición mayoritaria terminó generando fue una regla universal de interpretación por virtud de la cual el derecho convencional cede frente al derecho constitucional desplazando la posibilidad de resolver los problemas caso por caso aplicando efectivamente el principio *pro persona*. No es verdad, como sostuvo la mayoría, que la interpretación generada por ella permita la ponderación caso por caso de todos los derechos humanos. Para que ello fuere así, debía darse la plena igualdad entre los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional. Pero como se introdujo una diferenciación entre uno y otro tipo de derechos al darle preeminencia jerárquica a las restricciones constitucionales, tal igualdad se rompió. Lo más que puede hacerse en este tipo de operación es determinar si en la situación concreta que se enfrente existe tal *restricción* para, a partir de ahí, desplazar al derecho humano establecido en un tratado.”

“Es cierto que siempre que los derechos colisionen —por decirlo de esta forma— debe generarse una interpretación como forma de resolución de estos conflictos. Ésta ha sido una de las funciones históricas del constitucionalismo. Sin embargo, lo que se generó con la adopción de este criterio es una regla hermenéutica de carácter general para decidir siempre en favor de la norma constitucional frente a la convencional. Consecuentemente, al haberse creado una regla de jerarquía, se eliminó la posibilidad de aplicar el principio *pro persona* para resolver los conflictos entre derechos.”

Finalmente, el Ministro lamentó el regreso a partir de la decisión citada, a la formalización jerárquica del proceso de aplicación normativa y el abandono de criterios materiales, en específico del principio *pro persona*.

b) Dr. Ramón Ortega García

De manera muy similar, en su artículo “*El Enfoque Restrictivo de los Derechos Humanos: Comentarios a la Contradicción de Tesis 293/2011*”⁷⁸, Ramón Ortega García sostiene que la sentencia de la SCJN es contradictoria ya que, por un lado, pretende aplicar la norma más favorable en abstracto y aplicar las restricciones en razón de su fuente constitucional.

Al respecto, el autor sostiene que la respuesta final de la Corte retoma un criterio jerárquico -el principio de supremacía constitucional- como herramienta principal para llegar a una conclusión, a pesar de afirmar lo contrario en la primera parte de la sentencia. Para Ortega, “[l]a SCJN ha sentado una interpretación excesivamente rígida del principio de supremacía constitucional que comporta el encubrimiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, con lo cual queda demostrado que en realidad no existe esa pretendida igualdad entre derechos humanos de fuente constitucional e internacional, resultando evidente la contradicción lógica en que incurre la SCJN.”

En el párrafo transcrito, el autor señala que se construyó una interpretación rígida del principio de supremacía constitucional. Desde mi perspectiva, la interpretación rígida a la que hace alusión Ortega, implica que la Corte no logró aceptar un cambio de aplicación normativa que está contenido en el mismo texto constitucional y formuló un criterio en virtud del cual se mantiene inalterado el criterio formal de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Carta Magna, tal como se había establecido en la jurisprudencia antes de la RCDH de 2011.

Así entonces, la crítica de Ortega reside en que la Corte adoptó un criterio en virtud del cual se adoptan dos criterios de aplicación normativa cuya naturaleza no es conciliable, ya que éstos atienden a diferentes elementos de la norma para definir la aplicación de la misma. Por un lado, el principio pro persona atiende al contenido de la norma y, por otro, la aplicación a raja tabla de las restricciones constitucionales, no atiende a la norma *per se* ni a su contenido, sino a la fuente formal de la cual deviene la norma, el cual es un análisis formal de validez.

⁷⁸ Ortega García, Ramón, “*La Jerarquía de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a la luz de la Reforma Constitucional del 10 de Junio de 2011*”, Revista Ex Legibus.

Posteriormente, al autor argumenta que dicha contradicción se hace aún más evidente en sus implicaciones. Sostiene que dicho criterio resulta en la inaplicación sistemática de los tratados internacionales de manera tal que la Constitución sería la única norma aplicable para fijar el bloque de regularidad de las normas y actos del Estado.

Caso	Constitución	Tratado Internacional	¿Cuál norma se aplica?
1	P	R	Constitución
2	R	P	Constitución
3	P+	P-	Constitución
4	P-	P+	Constitución

Para Ortega, “Donde P = protectora; R = restrictiva; P^+ = más protectora y P^- = menos protectora. En el caso 1, la norma de la Constitución es protectora y la del tratado internacional es restrictiva. En ese supuesto debería aplicarse la norma constitucional por ser la más favorable. En cambio, en el caso 2, la norma de la Constitución es restrictiva y la del tratado internacional es protectora. Aquí también debería aplicarse la norma constitucional por disponerlo así la última parte del párrafo primero del artículo 1° de la propia Constitución y ahora, la jurisprudencia obligatoria de la SCJN. En el caso 3, la Constitución es más protectora que el tratado, por lo que resulta obvio que debería aplicarse la norma constitucional. Y en el cuarto y último supuesto, la Constitución es menos protectora que el tratado, lo que es tanto como decir que es más restrictiva, por lo que también resultaría aplicable la norma constitucional.”⁷⁹

2) Los argumentos de la Corte en la CT 293/2011 no son contradictorios.

a) Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

⁷⁹ Ortega García, Ramón, “La Jerarquía de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a la luz de la Reforma Constitucional del 10 de Junio de 2011”, Revista Ex Legibus.

El Ministro Zaldívar elaboró tanto un voto concurrente como un voto aclaratorio. Dado que es en el voto concurrente en donde analiza el tratamiento de las restricciones constitucionales, será el contenido de éste al que me referiré.

El Ministro Zaldívar parte de la premisa de que los derechos humanos no son absolutos y que por tanto éstos tienen ciertas restricciones. Bajo la óptica del Ministro, la aplicabilidad de las restricciones se define en virtud de un análisis casuístico, de cada una de las restricciones a la luz de las exigencias que impone la vigencia de un Estado democrático y constitucional de derecho. Esta aproximación tiene el efecto de que en algunos casos, las restricciones constitucionales se apliquen y que en otras se inapliquen, sin embargo, dicho resultado es en función de un análisis en el cual se armonizan los bienes constitucionales en juego y tomando en cuenta las particularidades fácticas de cada caso. Ahora bien, sostuvo el Ministro, cuando el contenido de los diferentes bienes constitucionales no puedan ser armonizados en el caso concreto se debe elegir la norma que proteja más a la persona en virtud del principio *pro homine* como criterio seleccionador de normas. Así, el Ministro ratificó la idea de que los tratados Internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución no se relacionan en términos de jerarquía normativa.

Relacionado con lo anterior, el Ministro expresó que la aplicabilidad de las restricciones a los derechos humanos debe hacerse con un método casuístico “no solo porque la técnica legislativa utilizada en la Constitución es muy variada, sino porque es previsible que existan desacuerdos en cada caso concreto en relación a si la disposición normativa a la que nos enfrentamos constituye en realidad una “*restricción expresa*” de las que habla el criterio”. Finalmente, el Ministro fue crítico de la postura de otros Ministros que sostienen que los tratados Internacionales de derechos humanos y la Constitución se relacionan en términos de jerarquía, sin embargo consideró que no es necesario acudir a ese criterio de aplicación normativa al aplicar las restricciones constitucionales toda vez que éstas últimas han operado tradicionalmente como una excepción a la regla general que son los derechos humanos.

b) *Dr. Manuel Atienza*

Ahora bien, respecto de lo dicho por Manuel Atienza, conviene mencionar que sus argumentos eran una respuesta al análisis de Ramón Ortega en el texto analizado anteriormente. En su

texto, Atienza trata de demostrar que los argumentos de Ortega están basados en aseveraciones falaces y que la CT 293/2011 no es contradictoria. Dado que su argumentación es breve, es conveniente transcribir lo argumentado por el jurista español:

“Ad 1) Lo que establece la sentencia de la SCJN no es para nada contradictorio, sino una manera razonable de interpretar un texto que, efectivamente, es impreciso. Y la forma de resolver esa imprecisión (de evitar la “apariencia de contradicción” que contiene) consiste en fijar que las normas de la Constitución y las de los tratados internacionales suscritos por México tienen el mismo valor normativo, salvo en los supuestos en los que la Constitución haya establecido una “*restricción expresa*” al ejercicio de uno de ellos. O sea, lo que se establece, en uno y otro caso, tiene ámbitos de aplicación distintos y, por eso, no cabe hablar de contradicción lógica. De manera semejante, si una norma dijera que los automóviles no pueden circular por las autopistas a más de 120 kilómetros por hora, pero que esa velocidad se reduce hasta 80 kilómetros por hora cuando se trata de vehículos de gran tonelaje, nadie pensaría que se está incurriendo en una contradicción. Por lo demás, a favor de la interpretación de la Corte puede aducirse también que ese (el significado que ella fija) es el más acorde con el texto (y aquí cabría recordar que el propio Ortega escribe en su obra –p. 38– que el intérprete no “está autorizado a transgredir las convenciones establecidas del lenguaje”); y que la reforma de 2011 no modificó (cuando –obviamente– podría haberlo hecho) el art. 133 que sigue estableciendo que la Constitución, las leyes y “todos los tratados que estén de acuerdo con la misma” constituyen “la Ley Suprema de toda la Unión”.⁸⁰

Las líneas argumentativas que ambos adoptan encuentran su punto de engranaje en la premisa de que la imposición de las restricciones es una condición excepcional a la aplicación de los tratados internacional, pero retomando lo argumentado por el Ministro Cossío y el Doctor Ortega parece ser que esto no es del todo acertado ya que esta excepción limita en todos los casos la aplicación del derecho internacional, como a continuación se argumenta.

Los argumentos que defienden la resolución de la CT 293/2011, pienso, pueden ser muy útiles para tratar de dilucidar cuales son los efectos del modelo adoptado por la SCJN y cuál es una de las posibles lecturas que se pueden hacer para armonizar la decisión de la Corte. En este

⁸⁰ Manuel Atienza, “Comentario al nuevo Libro de Ramón Ortega: El modelo constitucional de derechos humanos. Estudios sobre constitucionalización del Derecho. Véase en: <http://lamiradadepeitho.blogspot.mx/2015/01/comentario-al-nuevo-libro-de-ramon.html>

sentido, la validez o falsedad del argumento se debe demostrar a través de un análisis del alcance de aplicación del término “*restricción*”.

Por un lado, me parece que hay dos elementos claves que nos indican cuál es la lectura de Atienza y del Ministro Zaldívar respecto de la resolución emitida por la Corte. En primera instancia, Atienza señala que la resolución no es contradictoria toda vez que la aplicación del principio pro persona y la aplicación de las restricciones constitucionales tienen ámbitos de aplicación distintos. Para ejemplificar lo anterior, Atienza pretende dar un supuesto de lógica similar y entonces dilucidar como opera el mecanismo de la CT 293/2011. Al respecto, Atienza sostiene “si una norma dijera que los automóviles no pueden circular por las autopistas a más de 120 kilómetros por hora, pero que esa velocidad se reduce hasta 80 kilómetros por hora cuando se trata de vehículos de gran tonelaje, nadie pensaría que se está incurriendo en una contradicción.”

A mi parecer, la interpretación que hace el Dr. Atienza de la sentencia, es que existe una regla general y una excepción, de manera que el criterio pro persona es la regla general de aplicación normativa y que de manera secundaria o excepcional se aplica un criterio formal de derecho, esto es, cuando la Constitución restringe algún derecho humano. En este respecto, en principio, concuerdo con el Dr. Atienza, ya que resulta en un sin sentido hablar de una contradicción normativa cuando un postulado jurídico de excepción es contrario a un postulado jurídico general. En estos supuestos, el intérprete jurídico debe apreciar que no estamos ante dos normas contrarias, sino ante una sola norma que nos indica bajo qué supuestos de hecho específicos, que resultarían aplicables a la regla general, se debe aplicar una excepción que la misma norma indica.

Respecto del ejemplo de Atienza, considero conveniente alterar la composición gramatical de la norma sin alterar el núcleo normativo para estar en posibilidad de entender de manera clara la operatividad del ejemplo.

Regla General: Los automóviles no pueden superar la velocidad de 120km/h al circular en las autopistas.

Excepción: Los automóviles de gran tonelaje no pueden superar una velocidad de 80 km/h al circular en las autopistas.

Si bien no se dice de manera explícita por el autor, parece ser que su interpretación de lo anterior es que la primera proposición normativa es una regla general para todos los automóviles, pero que tratándose de un sujeto especial, es decir los automóviles de gran tonelaje, existe una obligación diferente: no sobrepasar una velocidad de 80 km/h. Esta conclusión es, porque los dos enunciados normativos se interpretaron de manera integral con el objeto de conformar una sola norma que opera conjuntamente.

Ahora bien, desde mi perspectiva, el análisis o el ejercicio de interpretación debe partir desde un paso previo para efectos de aplicar la misma lógica a la cuestión de las restricciones a derechos y el principio pro persona. Al respecto, considero que desde una perspectiva lingüística pura, la conclusión es otra. Es necesario destacar que el argumento del Dr. Atienza está basado *a priori* en una interpretación integral de ambos enunciados.

Desde una perspectiva semántica o conceptual, considero que en el ejemplo de Atienza efectivamente hay una contradicción normativa ya que la primera norma indica que todos los automóviles tiene como límite de velocidad 120 km/h, mientras que la segunda norma indica que una parte de los sujetos a los que va dirigida la norma, es decir, los automóviles de tonelaje pesado tienen como límite de velocidad 80 km/h. Así entonces pareciera que si contrastamos uno y otro mandato si hay una contradicción natural en el lenguaje, pues el segundo mandato viola parcialmente el primer mandato ya que limita el mandato de que todos los automóviles puedan ir hasta 120 km/h. Sin embargo, pareciera que esto no representa un problema. El derecho como herramienta de control de conductas establece sistemáticamente excepciones a conductas generales porque así se desea regular algún supuesto de hecho por las razones que sean y los intérpretes jurídicos deben de integrar esas excepciones para que se conforme una sola regla, tal y como Atienza hace en el ejemplo de los automóviles. Esto no supone gran problema y más bien la pregunta más compleja y relevante es la siguiente:

¿Cuándo es válido interpretar dos mandatos que, *prima facie*, parecen contradictorios como una sola norma que establece una regla general y su excepción?

Me parece que la respuesta a lo anterior no tiene límites, excepto cuando la excepción deja de serlo y contiene un ámbito de aplicación personal o material de igual o mayor alcance que la supuesta regla general. En este sentido, a manera de ejemplo, pregunto: ¿sería válido hacer una lectura de regla general y excepción del ejemplo expuesto por Atienza si la supuesta

excepción mandatará que “todos los artefactos motorizados no pueden ir a más de 80 km/h en la autopista” ? ¿Esta norma podría ser entendida como una excepción cuando el ámbito personal de aplicación es igual o mayor que la supuesta regla general?

Me parece que la respuesta es no. Lo anterior, porque la relación entre ambas normas ya es completamente diferente, pues la “excepción” acaba aplicando a todos los sujetos a los cuales la “regla general” va dirigida, imponiendo otra consecuencia jurídica. Entonces, ya no tiene cabida hablar de una “excepción”, pues esta va dirigida a un supuesto personal de aplicación igual, pero con una consecuencia diferente. El resultado de lo anterior sería que la excepción acaba acaparando el ámbito de aplicación de la regla general, y entonces, no es técnicamente correcto ver la relación entre ambos mandatos normativos, como exceptuándose uno a otro, porque simplemente se contradicen en todos los supuestos de aplicación.

Ahora bien, como resulta evidente, este ejemplo es utilizado por Atienza como una analogía a la regla abstraída de la contradicción de tesis 293/2011, por su estructura símil en la cual se entiende que hay una regla general y una excepción.

RG: La Constitución y tratados en materia de derechos humanos gozan de la misma jerarquía normativa y deberá ser aplicada la norma que ofrezca mayor protección al individuo.

Excepción: Cuando la Constitución contenga alguna *restricción* a los derechos humanos se deberá aplicar dicha norma restrictiva.

Atienza señala que lo anterior no es contradictorio ya que la regla general y la excepción contienen diferentes ámbitos de aplicación. Conforme a la teoría existen cuatro ámbitos de aplicación normativa, *videlicet*: los ámbitos temporal, espacial, material y personal. En este sentido, comparto la idea de que dichas normas tienen diferentes ámbitos de aplicación. Me parece una observación evidente pero pregunto: ¿por qué es que este hecho implica necesariamente que no hay una contradicción entre un postulado jurídico y otro?

A mi parecer, en el ejemplo de los autos de Atienza es normativamente viable interpretar los dos mandatos como una sola norma, ya que el ámbito de aplicación de la excepción es sustancialmente menor al de la regla general, la cual sigue siendo eficaz para una gran parte de los sujetos a los cuales la norma va dirigida.

Establecido lo anterior, analicemos ahora si la misma lógica puede ser aplicada a los dos mandatos que derivan de la CT 293/2011.

Conviene destacar tangencialmente que el derecho, como disciplina imperativa y sancionadora, puede prever conductas que si bien encuadran en principio en una regla general, por tener alguna característica particular se les da un tratamiento diferenciado al de la regla general. Sin embargo, el campo de aplicación de la excepción deber ser, por definición, más acotado que el de la regla general, pues de lo contrario la llamada excepción sería en realidad la regla general.

Teniendo en mente lo anterior, tenemos que, en términos de lo argumentado por Manuel Atienza, la regla general de aplicación normativa en materia de derechos humanos bajo el régimen descrito en la CT 293/2011, mandata seleccionar la norma más protectora de las normas N1 (Constitución) o N2 (tratado internacional). Es decir, el intérprete jurídico que tenga que aplicar la norma más protectora tiene un universo acotado de selección de normas: los tratados o la Constitución. El universo material de selección de normas es significativamente más acotado respecto del ejemplo que da Atienza, en el que el universo de opciones es mucho más amplio, de manera que la excepción aplica a un campo reducido de sujetos que son solamente los autos de gran tonelaje dentro de las diferentes categorías de autos que existen. En el caso de la sentencia de la Corte, si se exceptúa la regla general cuando una de las dos opciones normativas restrinja el contenido de un derecho humano, inevitablemente será solamente esa norma la que resulte aplicable en todos los casos y por tanto, la regla general que consiste en **seleccionar** una u otra norma se vuelve inerte, ya que se anula la posibilidad de aplicar una de las dos opciones normativas. En este sentido, tenemos que los supuestos en los cuales los tratados internacionales aplicarían, se ven anulados por la supuesta excepción, de manera que sólo se podría aplicar la Constitución como parámetro.

Ahora bien, pudiera ser argumentado que, desde un punto de vista puramente lógico o técnico, esto no implica que el alcance de aplicación del principio pro persona se ve acaparado totalmente por el alcance de aplicación de las restricciones constitucionales como concepto general, ya que el principio pro persona podría seguir aplicando a la Constitución cuando esta sea más protectora. La razón por la cual sostengo que se desplaza dicha opción es porque, si analizamos la supuesta regla de excepción a *contrario sensu* podemos darnos cuenta que el

mandato nos dice que siempre que la Constitución sea más restrictiva debemos de inaplicar el tratado internacional.

El contraargumento natural a lo anterior es, sostener que el concepto de *restricción* expresa al que se hace referencia en la CT 293/2011 es un concepto acotado, que solamente se refiere a restricciones explícitas y directas al derecho humano en cuestión y que por tanto, existe un margen o un ámbito de aplicación que permite –por el constreñimiento conceptual del término- que todavía se apliquen los tratados internacionales cuando la Constitución contenga restricciones a derechos humanos que no sean expresas. Para aclarar lo anterior, se debe definir jurisprudencialmente el alcance de este concepto y ulteriormente crear diferentes categorías de análisis para determinar que es una *restricción*, limitación, facultad competencial con un impacto restrictivo en el derecho y establecer las metodologías de aplicación que determinan las relaciones de prevalencia entre unas y otras. Parece ser que la forma en que ira determinando este concepto es implícitamente a través de cada caso concreto y que la Suprema Corte evitará crear un concepto en abstracto. Probablemente esta decisión es producto de la cautela judicial, pero quizás también existe una voluntad política subyacente que consiste en omitir la concreción del concepto para poder usarlo como un “comodín”, en uno y otro caso para ajustar las decisiones a determinadas líneas políticas e ideológicas, dependiendo de la pregunta jurídica en cada caso concreto.

Imaginemos que no. Imaginemos que efectivamente, con un concepto más acotado de *restricción* expresa, existe un pequeño ámbito que permita la aplicación de los tratados cuando exista algún tipo de limitación a los derechos humanos contenidos en la Constitución. Bajo este supuesto, la conclusión del Dr. Atienza sería lógicamente correcta, ya que si existe una regla general y una excepción. Pero aun con esta conclusión, el problema funcional del sistema de aplicación persiste, pues la metodología de construcción del parámetro de regularidad de la Suprema Corte en algunos casos en donde se identifica un conflicto normativo entre la Carta Magna y los instrumentos internacionales, consiste en identificar primero la *restricción* constitucional y a partir de ello se define el primer paso para construir el derecho en abstracto.

Dicho esto, se tiene que resaltar que el análisis elaborado por Atienza es uno de carácter meramente lógico, de la forma en que el alcance lingüístico de dos enunciados normativos

limitan la aplicación de uno y otro y si, desde una perspectiva formal, prevalece algún ámbito de aplicación remoto de los tratados internacionales, bajo un sistema que permite la aplicación a raja tabla de la *restricción* constitucional, al construir el derecho y derivado de ello se define si estamos ante una regla general y una excepción. Dicho lo anterior, me parece que este análisis lógico deja de lado un análisis funcional del sistema en su conjunto y el contacto del derecho con la realidad política. Concuero en que la lógica es una herramienta importante para entender la operatividad de un sistema, sin embargo lo relevante en esta discusión es que la interpretación que la mayoría de los Ministros están construyendo del concepto de *restricción* de manera casuística, paulatinamente de-construye la integración de los tratados internacionales a nuestro orden y fragmenta aquello que evidentemente pretendía ser unido.

Los operadores del orden jurídico no sólo deben preocuparse por la pulcritud lógica de los enunciados, sino también en los efectos de los mismos, como estos funcionan entre si y como se relacionan con la realidad, tomando en cuenta la finalidad determinada que el derecho pretende satisfacer. Aún si concordáramos con el razonamiento lógico de Manuel Atienza, respecto de la CT 293/2011, que pretende demostrar por analogía con el ejemplo de los autos y el límite velocidad, el problema funcional persiste.

Al igual que Atienza, yo puedo pensar en un ejemplo que dilucide a modo el punto que quiero destacar, de manera que si existiera una norma que prescribiera:

Regla general: Todos los autos que circulen en un autopista deben circular de derecha a izquierda

Pero que, sin embargo, en la misma autopista:

Excepción: Todos los autos de gran tonelaje deben circular de izquierda a derecha en el mismo carril.

En este caso, no cabe hablar de una contradicción lógica, ya que se interpretan ambos enunciados de manera integral, entendiendo que desde una perspectiva lógica tenemos una regla general y una excepción, ya que el ámbito de aplicación de uno y otro enunciado nos autoriza a sistematizarlos de esta manera, pero tenemos una norma con un problema funcional y práctico: los autos van a colisionar.

La norma que se ha construido por la mayoría de la Corte en la CT 293/2011, tiene un problema similar. El efecto creado por ese mecanismo de aplicación normativo genera efectos que violan directamente el objeto mismo de la reforma y desplazan materialmente el derecho internacional a un segundo plano de aplicación, encapsulando así a los tratados internacionales en el vacío jurídico, privándoles de eficacia normativa y constituyendo el parámetro de regularidad como si no hubiera existido la reforma de 2011. Es cierto que el fino análisis lógico de Atienza pudiera ser válido dependiendo de la ampliación o acotación del concepto de *restricción*. Sin embargo, en su práctica ulterior, la Corte se ha decantado por la primera opción mencionada, lo cual parece ser, como se ha hecho en muchas otras jurisdicciones, el camino hacia el dualismo del sistema. Esto no supondría gran problema, excepto que se acaba por inaplicar el artículo 1º en la parte que mandata “y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

Ahora bien, la validez lógica de la postura de Atienza depende en gran parte del concepto de *restricción* que se tenga y es por ello que, resulta necesario analizar el tercer momento de la línea jurisprudencial, en el que se ha ido dando contenido al concepto de manera cada vez más expansiva.

Los casos descritos en el capítulo anterior -la acción de inconstitucionalidad 32/2012 de geolocalización y el ADR 1312/2012, relativo a la procedencia del amparo en contra de actos del Consejo de la Judicatura Federal- han definido que por *restricción* constitucional no sólo se debe entender aquella limitación material a un derecho humano, sino que también, se debe entender como una cláusula competencial que habilita a una autoridad a actuar de tal manera, que se ataque el contenido material de un derecho humano. La gravedad de lo anterior se profundiza, cuando tenemos que la construcción del marco competencial de la autoridad no sólo se lleva a cabo con la Constitución, sino que también se han integrado normas secundarias competenciales para justificar la validez material de una medida restrictiva, como fue en el caso de geolocalización.

Tenemos entonces que la funcionalidad de la norma fundamental frente al sistema de derechos humanos se invierte en la mayoría de los casos, de manera que se convierte en una lista de restricciones que desplazan sistemáticamente el contenido de los tratados internacionales, en vez de que la construcción abstracta del derecho se conforme sin la incrustación de las

medidas restrictivas constitucionalmente establecidas y que, más bien, el análisis de aplicabilidad y razonabilidad de estas medidas se haga en un segundo momento.

Dicho esto, se tiene que destacar también que esta problemática no se debe solamente a la interpretación que se hizo del concepto de *restricción* sino que, una práctica común del Constituyente ha sido constitucionalizar ciertas medidas para evitar que éstas sean sometidas a escrutinio constitucional y que no exista ningún instrumento procesal de control material de las mismas. De esta manera, la visión del Constituyente se impone de manera absoluta dentro del sistema constitucional, procurando entonces encapsular el debate entre poderes respecto de los procesos políticos cumbres del Estado. Esto se vuelve más grave cuando existen mayorías en las cámaras legislativas del partido político que ocupa la oficina ejecutiva federal.

Así entonces, cuando el máximo exponente del poder judicial cierra la posibilidad de incorporar estándares internacionales de derechos humanos al sistema jurídico, se manda un mensaje muy claro a los otros poderes de la unión en lo general y al poder constituyente en lo particular: constitucionaliza toda aquella política que quieres que sea intocable, aquí te damos cheque en blanco.

En esta dinámica, la mayoría de los Ministros han tomado un paso regresivo respecto de la concepción institucional y funcional de la Suprema Corte y ha adoptado una actitud de deferencia absoluta al Constituyente Permanente y, en algunos casos, al legislador secundario. Esto contrasta de manera evidente con la intención última de la reforma, que consiste en, a través de este sistema monista, constituir un marco general que evitara que aquellas medidas que fueran constitucionalizadas y que resultaran claramente violatorias de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales, fueran desplazadas del parámetro de regularidad tanto material, como formalmente.

C) Conclusiones

En suma, en el intento de armonizar dos mandatos contradictorios, el argumento de Atienza no justifica la interpretación que hace de la Constitución, toda vez que la aplicación de lo que él considera ser una excepción normativa que tiene un alcance de aplicación que nulifica, al menos en la práctica de la SCJN, la aplicación de la supuesta regla general del principio pro persona. En este sentido, considero que ésta interpretación de la Carta Magna no es sólo contraria a la esencia misma de la RCDH de 2011, sino que tiene como consecuencia que

dentro de las dos opciones que se tiene para aplicar la norma más amplia, se nulifica una de ellas, quedando sólo una opción de aplicación normativa, lo que entonces significa que el operador jurídico, no tiene margen de acción para aplicar la norma más amplia, ya que siempre estará obligado a aplicar la Constitución sea o no más protectora que el derecho convencional, lo cual implica una exclusión del derecho internacional de derechos humanos respecto del derecho doméstico.

Desde mi perspectiva, éste lamentable criterio tiene que ser revisado, ya que de lo contrario, la esencia de la RCDH se vería transgredida, lo cual en términos prácticos se traduce en que los estándares internacionales dejarían de ser aplicados en nuestro sistema jurídico, a pesar de que la misma Constitución ordena su aplicación. Al tenor de lo expuesto por el Dr. Ramón Ortega, comparto la idea de que este problemático criterio impacta en la conformación de nuestro bloque de regularidad, ya que desde un punto de vista práctico, se excluye por completo la aplicación de los instrumentos internacionales que contienen derechos humanos que México ha firmado y ratificado.

Es de extrema relevancia hacer notar que si por alguna razón se diera vuelta atrás, esto no necesariamente significa que debemos, desde foro nacional, aplicar absolutamente todos los criterios y estándares internacionales de derechos humanos. Se podría decir que, el proceso de creación normativa del derecho internacional, está construido bajo la premisa de que, el nivel de penetración material en los órdenes jurídicos domésticos, debe ser definido de manera cautelosa, tomando en cuenta las situaciones concretas de cada Estado de carácter social, político, económico, comercial, *inter alia*, y así poder regular de manera completa y comprehensiva, las diferentes preguntas que se presenten a las autoridades nacionales.

Ahora bien, la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos comprenden una habilitación a las autoridades nacionales para poder adaptar el derecho internacional a su contexto específico. Es decir, se reconoce, en abstracto, el interés regulatorio del Estado ya sea a través de la jurisprudencia⁸¹ o a través de los tratados⁸². Sin embargo, la gran diferencia con

⁸¹ Véase por ejemplo: *Handyside v The United Kingdom*, Corte Europea de Derechos Humanos (1976) párr.47; *Efraín Montt vs. Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (1993) párr. 24.

⁸² Véase por ejemplo: Convención Americana de Derechos Humanos, art.29 ; Convención Europea de Derechos Humanos, art. 2, 10, 11.

el modelo impuesto en la CT 293/2011 es que la argumentación para justificar los límites del derecho internacional en ese contexto normativo, se da en virtud de una apreciación material de cómo se debe regular determinado problema o situación social. No se da, de manera contraria, en virtud de la fuente formal de derecho de la cual devienen las normas, como se da hoy en el derecho constitucional mexicano.

La CT 293/2011, a la luz de las decisiones mencionadas, ha significado la destrucción funcional de los tratados internacionales dentro de nuestro sistema jurídico y político y su inaplicación sistemática, como parte constitutiva del parámetro de regularidad normativo. El alcance de este vicio todavía no está definido y me parece que nuestra Corte todavía está en tiempo para poder enmendar una dinámica jurisprudencial que resulta monista solamente en la retórica pero que, desde un punto de vista sistemático y práctico ha optado por excluir los estándares internacionales de derechos humanos de nuestro sistema jurídico. Esto dependerá en gran parte de la postura de los recién llegados Ministro Laynez Potisek y ministra Piña Hernández, quienes tienen una enorme responsabilidad para definir una mayoría y construir de nueva cuenta el monismo que el artículo primero constitucional pretendía definir, integrar eficazmente el derecho internacional al nacional y romper con la fragmentación de ambos órdenes, para fortalecer nuestro sistema de protección de derechos humanos, tanto de una perspectiva material, como de diálogo competencial entre los poderes de la unión. Lo anterior, representa un reto difícil de conseguir y de sistematizar y quizás no se pueda cristalizar, pero por lo menos, considero que la Corte, dentro del marco de la multicitada CT 293/2011, debe matizar y construir las diferencias conceptuales entre las diferentes categorías de análisis para aplicar el parámetro como pueden ser los términos de limitación, *restricción* y de regulación especial o *lex specialis*. Lo anterior, lejos de ser lo deseable en términos de la teleología legislativa detrás del artículo 1º constitucional, por lo menos daría un marco de certidumbre y seguridad jurídica en la aplicación de normas de derechos humanos y en la relación de los tratados internacionales de derechos humanos.

Otra importante ramificación de este problema se gestará, tarde o temprano, cuando el litigio internacional prolifere de manera más latente en contra del Estado Mexicano y los criterios de diferentes cortes y órganos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, el Comité en Contra de la Tortura y la Corte Interamericana de Derechos Humanos contrasten con los criterios jurisprudenciales internos. Quizás sea hasta ese

momento en donde la dinámica se vuelva a invertir, ya que las determinaciones de dichos tribunales resultan obligatorias para el Estado Mexicano. ¿Será necesario esperar ese momento?

Existe un largo proceso por delante, en el cual nuestra Suprema Corte tendrá que ser consciente que si se sigue ampliando el concepto de *restricción* expresa adoptado en la CT 293/2011, se verá frustrado el objetivo fundamental de la RCDH y el cambio *ius-filosófico* y antropológico que esto significó en cuanto a la relación del individuo frente al Estado, pero mas allá de esto irá construyendo un marco en el cual su función dentro del sistema irá disminuyéndose en su alcance y cada vez tendrá menos poder e injerencia en las discusiones cumbres de nuestra democracia. Dicho en términos mas simples, a través del concepto de *restricción*, la Corte está pulverizando el poder que ha ido construyendo desde la reforma política de mil novecientos noventa y cuatro.

Bibliografía:

- Castilla, Karlos, “*El principio pro persona en la administración de justicia*”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 20, enero-junio de 2009.
- Henderson, Humberto, “*Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, núm. 39, enero-junio de 2004.
- Corcuera, Santiago “*Otra vergonzosa decisión de la Suprema Corte*”, *Vanguardia*, agosto 2015.
- Cossío, José Ramón, Mejía, Raúl Manuel, Rojas, Laura Patricia, “*La Construcción de las Restricciones Constitucionales a los Derechos Humanos: Estudio y Documentos a partir de las Contradicciones de Tesis 293/2011 y 21/2011*”, Editorial Porrúa, noviembre 2015, México, D.F.
- Cossío, José Ramón, “*Las trampas del consenso*”, *Revista Nexos*, 3 de octubre de 2013.
- Ortega García, Ramón, “*La Jerarquía de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a la luz de la Reforma Constitucional del 10 de Junio de 2011*”, *Revista Ex Legibus*.
- Atienza, Manuel “*Comentario al nuevo Libro de Ramón Ortega: El modelo constitucional de derechos humanos. Estudios sobre Constitucionalización del Derecho*” Véase en: <http://lamiradadepeitho.blogspot.mx/2015/01/comentario-al-nuevo-libro-de-ramon.html>
- Posner, Richard “*Problems in Jurisprudence*”, Harvard University Press, 1990, pp. 270, 273.
- Senado de la República. “*La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos: Una Guía conceptual*” Instituto Belisario Domínguez. Coordinadores: Pedro Salazar Ugarte, José Luis Caballero Ochoa y Luis Daniel Vázquez.
- García Ramírez, Sergio, “*La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos*” (2009-2011), Porrúa/UNAM, México, 2011, págs. 9-16;

-Rodríguez Huerta, Gabriela, “*El Quehacer en la LX legislatura. Antecedentes y Entorno. La Celebración de Tratados en el Orden Constitucional*”, Senado de la República, ITAM, México, 2008;

-Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro “*La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*”, Editorial Porrúa y UNAM, Anexo I. Cuadro Comparativo entre el nuevo y derogado artículo 1º de la CPEUM.

- Guastini, Ricardo “*Estudios sobre la Interpretación Jurídica*”, México (Editorial Porrúa, 2008) Universidad Nacional Autónoma de México, Octava edición.

- Corten, Oliver & Klein, Pierre «*Les Conventions de Vienne Sur le Droit des Traités: Commentaire Article par Article* » (Brussels, Bruylant, 2006);

- Sinclair, Ian «*Vienna Convention on the Law of Treaties* » (Manchester, Manchester University Press, 1984).

- Breyer, Stephen “*Making our Democracy Work: A Judges View*”, 2010, Alfred A. Knopf, New York.

- Roldán Xopa, José “*...Kelsen ha muerto. ¡Viva Kelsen!*”, Revista Nexos: El Juego de la Suprema Corte, Septiembre, 2013.

- Scalia, Antonin, “*A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*”, 1997, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.

- Kelsen, Hans “*La Teoría Pura del Derecho*” Editorial Porrúa, 2007, México, D.F

Tratados Internacionales:

-Convención Europea de Derechos Humanos (adoptada el 4 de noviembre de 1950, vigencia desde 1953).

-Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, (adoptado el 22 mayo de 1969, vigente desde el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331.

--Convención Americana de Derechos Humanos (adoptada el 22 de noviembre de 1969, vigente desde el 18 de julio de 1978).

-Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, (vigente desde el 16 de diciembre de 1966) UNGA 2200ª (XXI).

Normativa Nacional:

-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

-Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán.

-Ley Federal de Telecomunicaciones (abrogada).

Jurisprudencia y sentencias nacionales:

-Expediente Varios 912/2010.

-Acción de Inconstitucionalidad 155/2007.

-Acción de Inconstitucionalidad 32/2012.

-Amparo Directo en Revisión 1312/2014.

-Amparo en Revisión 151/2011.

-Contradicción de Tesis 293/2011.

-Contradicción de Tesis 21/2011.

-“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.” Tesis: P. IX/2007, Pleno SCJN, Novena Época.

-“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”: Época: Décima, Registro: 200 2000, Fuente:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 2, pág. 799.

-“EXTINCIÓN DE DOMINIO. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.” 1ª Sala 15/2015 (10ª.).

Instrumentos legislativos de la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 respecto del artículo 1º constitucional:

Todos los instrumentos del proceso legislativo de la RCDH de 2011 pueden ser encontrados en:

<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf#page=7>.

-Senado de la República, Dictamen de Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales respecto de la reforma del 6 y 10 de junio de 2011. (Discusión en Cámara de Senadores).

-Cámara de Diputados, Dictamen de Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales respecto de la reforma del 6 y 10 de junio de 2011. (Discusión en Cámara de Diputados) (Dictamen de 13 de diciembre de 2010) j

-Iniciativas Grupo Parlamentario del PAN pp. 83-120.

- Iniciativa Grupo Parlamentario del PRD pp.137 y ss.

-Iniciativa Grupo Parlamentario del PRI pp.174-187

-Iniciativa de diversos grupos parlamentarios, pp. 238-246

-Iniciativas Grupo Parlamentario del PRD pp.48, 209, 321, 352; Iniciativas Grupo Parlamentario del PAN pp.32, 33, 150, 310, 317; Iniciativa Grupo Parlamentario del PRI pp.174, 177, 182; Iniciativas Grupo Parlamentario del PVEM p.338; Iniciativas formuladas por diversos Grupos Parlamentarios, p.225

-Iniciativas Grupo Parlamentario del PRD pp. 47, 138, 205, 292, 353; Iniciativas Grupo Parlamentario del PAN pp.31, 84, 87, 146, 196, 316; Iniciativa Grupo Parlamentario del PRI pp.177, 180, 182; Iniciativas Grupo Parlamentario del PVEM p. 338; Iniciativas formuladas por diversos Grupos Parlamentarios, pp.212, 215.

-Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, Dictamen de discusión respecto de la Reforma en materia de derechos humanos, pp.4 y 5.

-Iniciativa de Diputada Alliet Mariana Bautista Bravo, Grupo Parlamentario del PRD del 25 de abril de 2007.

-Iniciativa de Diputada Holly Matus Toledo, Grupo Parlamentario del PRD del 8 de noviembre de 2007, pp.138-143.

- Iniciativa de diversos grupos parlamentarios del 24 de abril de 2007, pp.212-213; Iniciativa de Senador Grupo Parlamentario del PRD, del 19 de abril de 2007, p.331; Iniciativa de Senador, Grupo Parlamentario del PRD, del 25 de septiembre de 2008, pp.353-354.

-Iniciativa de Senadores de Diversos Grupos Parlamentarios, del 29 de noviembre de 2007, p.345.

-Iniciativa del Diputado Adolfo Mota Hernández, Grupo Parlamentario del PRI, 16 de enero de 2008, p. 181.

-Dictamen de discusión, Cámara de Diputados, Reforma en Materia de Derechos Humanos, p. 22.

-Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos, p.14

-Dictamen de discusión, Cámara de Diputados, Reforma en materia de Derechos Humanos, p. 9.

-Dictamen de discusión, Cámara de Senadores, Reforma en materia de Derechos Humanos, 7 de abril de 2010, pp. 12 y 13.

-Diario Oficial de la Federación, “*Decreto que Modifica la Denominación del Capítulo I del Título Primero y Reforma Diversos Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”, 10 de junio de 2011, p.7.

-Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos, p.13 (Dictamen de la Cámara Revisora)

-Dictamen Cámara de Senadores de 7 de abril de 2010, pp. 12 y 13.

-Discusión de la Cámara de Senadores, Reforma al artículo 1º constitucional, 8 de abril del 2010, intervención del Senador Santiago Creel Miranda.

-Diario Oficial de la Federación, “*Decreto que Modifica la Denominación del Capítulo I del Título Primero y Reforma Diversos Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”, 10 de Junio de 2011.