



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 32, enero-junio 2015

EL ENFOQUE RESTRICTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS: COMENTARIOS A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

Ramón ORTEGA GARCÍA*

I. INTRODUCCIÓN

El engrose de la contradicción de tesis 293/2011 me permite volver sobre ciertos temas que he tratado con anterioridad, principalmente la cuestión relativa a la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente a la Constitución. Más allá de la polémica generada en torno a este asunto, considero que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) termina por sentar las bases de un nuevo modelo de juridicidad en nuestro país, dando paso a una concepción del derecho emergente, cuyas consecuencias apenas comienzan a perfilarse. Y en cuanto al tema propiamente de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, mi impresión es que la sentencia encierra una contradicción lógica insuperable, que termina por destruir los beneficios de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 al establecer un enfoque restrictivo de los derechos humanos en México. A lo largo de este ensayo, voy a desarrollar algunos comentarios respecto de la sentencia de la SCJN, para lo cual voy a identificar en un primer momento las conclusiones más importantes de la misma.

* Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

II. LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

El engrose de este expediente arroja una idea clara y precisa de lo que el pleno de la SCJN resolvió el pasado 3 de septiembre de 2013. La tesis central que fue aprobada por la mayoría de ministros sostiene que los derechos humanos previstos en los tratados internacionales ratificados por México forman parte del bloque de derechos humanos reconocidos en la Constitución y tienen, por consiguiente, rango constitucional. Sin embargo, la tesis aclara que si la Constitución prevé una restricción al ejercicio de los derechos humanos deberá estarse a lo que disponga la propia Constitución. De manera que frente a un conflicto lógico entre una norma constitucional (restrictiva) y una norma de un tratado internacional (más protectora), deberá prevalecer invariablemente la primera. Sólo así se cumplirá lo dispuesto en la parte final del primer párrafo del artículo 1o. de la Constitución, que dice que el ejercicio de los derechos no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la misma Constitución establece, preservando intacto el principio de supremacía constitucional.

He sostenido en otro lugar¹ que esta idea no sólo es autocontradictoria, sino contraria también a la Constitución, y, más grave aún, echa por tierra la principal aportación de la reforma del 10 de junio de 2011; esto es, la adopción del principio pro persona como criterio vertebrador del ordenamiento jurídico mexicano. En esta ocasión, volveré sobre tales asuntos procurando ser más contundente en cuanto a las críticas que dicha sentencia merece.

Primeramente voy a exponer las conclusiones fundamentales de la contradicción de tesis 293/2011:

1. *El régimen constitucional de los tratados internacionales permanece inalterado*

La sentencia señala que la doctrina jurisprudencial vigente de la SCJN considera que el artículo 133 de la Constitución (el cual no fue reformado a la par del artículo 1o.) contiene el principio de supremacía constitucional y sienta los parámetros bajo los cuales se ha construido la jerarquía normativa

¹ 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)”, *Ex Legibus. Revista de Derecho*, México, núm. 0, abril de 2014, pp. 31-58.

del ordenamiento jurídico mexicano. Particularmente, de la lectura de ese precepto se desprende una noción de jerarquía formal, que afirma que los tratados internacionales se encuentran por debajo de la Constitución. Esto es así porque el artículo señala que los tratados celebrados por el presidente de la República con aprobación del Senado, siempre que estén de acuerdo con la misma, serán parte de la ley suprema del Estado. De ahí que se considere que los tratados se encuentran a nivel subconstitucional, habiéndose generado un amplio consenso al respecto.

Sin embargo, un problema diferente es la relación que mantienen los tratados internacionales con el resto de las normas del ordenamiento jurídico mexicano, cuestión largamente debatida. Sobre el particular, la sentencia de la SCJN señala que la posición jerárquica de los tratados internacionales en el ámbito interno ha variado a lo largo de los años. Recientemente, con motivo de la resolución del amparo en revisión 120/2002, el pleno de la SCJN determinó la supremacía de los tratados internacionales frente a las leyes generales, federales y locales, según quedó asentado en la tesis “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”.² Este criterio es el que aún prevalece en el derecho jurisprudencial mexicano pues la reforma al artículo 1o. del 10 de junio de 2011 no lo alteró.

2. Se distingue entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas de derechos humanos previstas en los tratados

Sin embargo, aunque el régimen de los tratados no sufrió alteraciones a raíz de las reformas constitucionales de junio de 2011, lo que sí se modificó fue la relación de las normas internacionales de derechos humanos con la Constitución, porque derivado de la reforma al artículo 1o. constitucional, quedó establecida una distinción importante entre tratado internacional y normas de derechos humanos contenidas en ese tratado. Semejante distin-

² Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

ción es esencial para efectos de saber qué es lo que se incorpora realmente a la Constitución por mandato del artículo 1o.

De acuerdo con la sentencia que se examina, lo que la Constitución incorpora no es el tratado internacional en su conjunto, sino las normas del tratado que reconocen derechos humanos. Esto ocurre respecto de todos los tratados que prevén derechos de este tipo, aunque no sean propiamente de “derechos humanos”. Es decir, lo que se incorpora a la Constitución es el conjunto de normas de derechos humanos de fuente internacional. No importa que los tratados internacionales estén por debajo de la Constitución en términos del artículo 133, ya que los derechos humanos previstos en un tratado se desvinculan de él y pasan a formar parte del catálogo constitucional de derechos fundamentales. ¿Cómo sucede esto?

3. Integración de las normas internacionales de derechos humanos a la Constitución

La dicha integración se produce en dos momentos diferentes: primero, tiene que incorporarse el tratado internacional al ordenamiento jurídico mexicano, siempre que cumpla con todos los requisitos formales de validez estatuidos en la Constitución; segundo, una vez que el tratado ha sido incorporado, éste tiene que ser compatible con los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en otros tratados internacionales ratificados por México; es decir, tiene que satisfacer los criterios de validez material. De manera que el tratado tiene que cumplir con dos tipos de requisitos o condiciones: los que determinan su vigencia o existencia formal y los que determinan su validez.

Los requisitos de vigencia están previstos en los artículos 89, 76 y 133 constitucionales, en tanto que los de validez se encuentran estatuidos en los artículos 15 y 133. Sólo si se cumplen los dos tipos de requisitos se habrá producido la integración de las normas internacionales de derechos humanos a la Constitución. Porque del artículo 133 constitucional se deduce que los tratados están por debajo de ella, pero del artículo 15 se desprende que, independientemente de la jerarquía normativa del tratado, las normas internacionales de derechos humanos, y no el tratado en su conjunto, quedan integradas a la Constitución para formar un solo parámetro de control de validez o de regularidad. De aquí se deriva otra conclusión importante: la creación de un único catálogo de derechos humanos de rango constitucional.

4. *Existe un solo conjunto normativo de derechos humanos de fuente constitucional e internacional*

La reforma al artículo 1o. creó un cuerpo de normas sobre derechos humanos cuya fuente puede ser la propia Constitución o los tratados internacionales ratificados por México. Ese conjunto de derechos humanos tiene rango constitucional e integra el nuevo parámetro de control de validez o de regularidad de todas las normas del derecho mexicano.

Para llegar a esta tesis, la SCJN se basa en una interpretación literal del artículo 1o., sistemática de los artículos 1o., 15 y 105 de la Constitución, subjetiva y teleológica de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011. Se trata de una interpretación reforzada por los principios objetivos rectores de los derechos humanos: interdependencia e indivisibilidad, que apuntan a la idea de que el catálogo de derechos humanos es uno solo. El principio de interdependencia significa que existen relaciones recíprocas entre los derechos, de tal suerte que en la mayoría de los casos la satisfacción de uno es lo que hace posible el disfrute de los otros. A su vez, el principio de indivisibilidad parte de la integralidad de la persona y de la necesidad de satisfacer todos sus derechos, lo que excluye la posibilidad de establecer jerarquías *in abstracto* entre ellos. También juega un papel importante en la justificación de esta tesis el principio pro persona, entendido como una herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo único de derechos humanos de rango constitucional.

De las diversas interpretaciones que hace el pleno de la SCJN destaca aquella enfocada a la intención subjetiva del Constituyente Permanente, pues de ahí se desprende que las reformas del 6 y 10 de junio de 2011 tuvieron el propósito explícito de reconocer el carácter constitucional de todas las normas de derechos humanos sin importar la fuente de la que provengan. Para el órgano reformador de la Constitución, los derechos humanos en su conjunto constituyen un único parámetro de control de regularidad.

Así, de un análisis del procedimiento legislativo se desprenden las siguientes conclusiones en relación con la intención y finalidad del Constituyente al aprobar las reformas en comento: (i) se buscaba que los derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución o los tratados internacionales, conformaran un solo catálogo de rango constitucional; (ii) se pretendió 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 (iii) se sostuvo que no sólo las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen ese parámetro de regularidad constitucional, sino toda norma de derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución, un tratado internacional de derechos humanos o un tratado internacional que aunque no se repunte de derechos humanos proteja algún derecho de esta clase.³

5. No existen relaciones jerárquicas entre los derechos humanos de la Constitución y los que derivan de tratados internacionales

Aunque del artículo 133 constitucional se desprende una noción de jerarquía formal que dice que los tratados internacionales se encuentran por debajo de la Constitución, este criterio jerárquico es inaplicable en el caso de las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales ratificados por México, porque de la lectura del artículo 1o. se desprende que la Constitución incluye dentro de su catálogo de derechos humanos a los previstos en tratados internacionales sin importar la materia sobre la que versen. Es decir, la reforma al artículo 1o. del 10 de junio incorporó al catálogo constitucional de derechos humanos todos aquellos reconocidos en los tratados internacionales de los que México es parte. Y dado que los tratados internacionales ratificados por nuestro país forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, dice la SCJN que “resulta irrelevante la fuente u origen de un derecho humano, ya sea la Constitución o un instrumento internacional, toda vez que el artículo 1o. constitucional pone énfasis exclusivamente en su integración al catálogo constitucional”.⁴

Este razonamiento le permite a la SCJN concluir que el nuevo catálogo de derechos humanos no puede ser estudiado con base en el principio de jerarquía formal, pues la reforma al artículo 1o. integró un solo cuerpo de derechos, que tiene el mismo valor jerárquico. Para decirlo de otra manera, el artículo 1o. reconoce un único cuerpo normativo formado por

³ Contradicción de tesis 293/2011, pp. 63 y 64, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>.

⁴ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

derechos humanos que escapa a la regulación del artículo 133 sobre la jerarquía de fuentes. De tal manera que los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, sino con base en un principio de armonización:

es importante reiterar que las relaciones entre los derechos humanos que integran el nuevo parámetro de control de regularidad deben desarrollarse en forma armónica, sin introducir criterios de jerarquía entre las mismas. Este criterio se refuerza con la interpretación literal, sistemática y originalista de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, las cuales fueron contundentes en cuanto a la necesidad de comprender a las normas que integran el catálogo de derechos humanos como un conjunto homogéneo que opera como un parámetro de regularidad del resto de las normas y actos jurídicos.⁵

6. Hay un solo parámetro de control de regularidad formado por todos los derechos humanos

De lo que antecede se deduce que ese catálogo de derechos humanos de fuente constitucional e internacional constituye un solo parámetro de control de validez. Anteriormente se hablaba de dos parámetros de regularidad: uno constitucional y otro convencional, dependiendo de si las normas de derechos humanos estaban contenidas en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por México. Pero la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional a la Constitución hace innecesaria la distinción señalada: lo que hay es un único bloque o parámetro de regularidad constitucional:

ambos parámetros de control forman parte del mismo conjunto normativo y, por tanto, integran el aludido parámetro de control de regularidad, de modo que hablar de constitucionalidad o de convencionalidad implica hacer referencia al mismo parámetro de regularidad o validez, aunque para efectos

⁵ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

meramente didácticos pueda diferenciarse entre el origen de la norma empleada para desarrollar el estudio de validez respectivo.⁶

7. El principio de supremacía constitucional debe replantearse

De acuerdo con lo anterior, también es necesario replantear el principio de supremacía constitucional para dar cuenta de su funcionalidad a la luz de las reformas constitucionales, precisamente porque ellas representan un cambio de paradigma. Tradicionalmente se ha entendido que el principio de supremacía constitucional comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico mexicano, lo que significa que las demás normas deben ser acordes a ella, en sentido formal y material. Semejante concepción no se ha modificado. Lo que sí ha cambiado a raíz de las reformas de junio de 2011 es la configuración del conjunto de normas respecto del cual se puede predicar dicha supremacía. Ahora es el catálogo de derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales el que goza de supremacía constitucional. Es decir, la supremacía constitucional se predica de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico, en tanto forman parte de un mismo cuerpo normativo. Entonces, el principio de supremacía constitucional se extiende para abarcar no sólo a la Constitución, sino a todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico vía tratados internacionales.

Aquí surge la pregunta de cómo pueden los tratados que dependen de la Constitución establecer el máximo parámetro de control de la validez de todas las normas jurídicas. La respuesta es la misma que ya se había anunciado con anterioridad: hay que separar al tratado internacional de las normas de derechos humanos contenidas en él a través de dos operaciones fundamentales. La primera es la incorporación del tratado internacional al ordenamiento jurídico mexicano, siempre y cuando cumpla con los requisitos formales de validez (es decir, aquellos que determinan su vigencia o existencia formal), y la segunda, una vez incorporado el tratado internacional, es que éste debe satisfacer los requisitos de validez material (es decir, los que determinan su coherencia con las normas superiores relativas al contenido del tratado) estipulados en los artículos 133 y 15 constitucionales. Si

⁶ *Ibidem*, p. 76.

ambas condiciones se cumplen, entonces se produce la integración de las normas internacionales de derechos humanos al parámetro de regularidad contenido en el artículo 1o. Dicho con otras palabras, una vez incorporado un tratado internacional al ordenamiento jurídico mexicano, las normas que reconocen derechos humanos (siempre que satisfagan los criterios de validez de los artículos 133 y 15) se desvinculan del propio tratado y se elevan a rango constitucional, en tanto quedan integradas a la Constitución.

Así, las normas internacionales de derechos humanos que cumplan con el requisito material previsto en el artículo 15, pasarán a formar parte del catálogo constitucional de derechos humanos, desvinculándose del tratado internacional que es su fuente y, por tanto, de su jerarquía normativa, para gozar, en consecuencia, de supremacía constitucional en los términos previamente definidos.

En efecto, una vez que un tratado es incorporado al orden jurídico, las normas de derechos humanos que éste contenga se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional, de suerte que dichas normas no pueden contravenir el principio de supremacía constitucional precisamente porque forman parte del conjunto normativo respecto del cual se predica la supremacía.⁷

En definitiva, el principio de supremacía constitucional ha sufrido una ampliación importante, pues ahora no sólo es aplicable a la Constitución, sino también a todas las normas de derechos humanos de fuente internacional.

8. *Las restricciones a los derechos humanos prevalecen*

Sin embargo, si bien la SCJN llega a la conclusión de que las normas de derechos humanos previstas en la Constitución y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales tienen el mismo valor jerárquico, integrando incluso un mismo cuerpo normativo, sostiene que en caso de un conflicto entre una norma constitucional que restringe el ejercicio de algún derecho humano en particular, y una norma de un tratado internacional más favorable para la protección de la persona, deberá prevalecer la primera.

⁷ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

Como expresamente se estableció en el artículo 1o. constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1o. constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.⁸

Más adelante, esta idea es confirmada en los siguientes términos:

Recapitulando lo dicho hasta ahora, es importante reiterar que las relaciones entre los derechos humanos que integran el nuevo parámetro de control de regularidad deben desarrollarse en forma armónica, sin introducir criterios de jerarquía entre las mismas. Este criterio se refuerza con la interpretación literal, sistemática y originalista de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, las cuales fueron contundentes en cuanto a la necesidad de comprender a las normas que integran el catálogo de derechos humanos como un conjunto homogéneo que opera como un parámetro de regularidad del resto de las normas y actos jurídicos.

Ahora bien, como ya se señaló, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1o. constitucional, el pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.⁹

Como resultado de lo que antecede, la SCJN dictó la siguiente jurisprudencia obligatoria:

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

⁸ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

⁹ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos 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, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el 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.¹⁰

Este criterio, que fue aprobado por una mayoría de diez votos, significa que

las normas contenidas en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte que reconocen derechos humanos tienen la misma fuerza normativa que las normas contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reconocen esas prerrogativas fundamentales y que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional.¹¹

¹⁰ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

¹¹ *Ibidem*, p. 96.

9. *La jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos los operadores jurídicos mexicanos*

A pesar de lo resuelto en el expediente Varios 912/2010 y de la tesis aislada P.LXV/2011 (9a.) “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”,¹² la SCJN decidió en la contradicción de tesis 293/2011, que esa vinculatoriedad debía extenderse a los criterios interpretativos contenidos en las sentencias de la Corte Interamericana, aun en los casos en que México no hubiera sido parte en el conflicto.

Ahora bien, como resultado de nuevas reflexiones y con motivo de la nueva integración de este Tribunal pleno, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en las sentencias interamericanas debe extenderse a aquéllas dictadas en casos en los que el Estado mexicano no haya sido parte.¹³

Para sostener este punto se afirma que la jurisprudencia de la Corte Interamericana no es más que una extensión de la Convención Americana de Derechos Humanos. Y dado que las normas sobre derechos humanos contenidas en la Convención Americana se integran al catálogo constitucional de derechos humanos por disposición expresa del artículo 1o., la jurisprudencia de la Corte se incorpora a ese catálogo, también por extensión. De ahí que tenga la misma fuerza vinculante.

10. *La jurisprudencia internacional no sustituye a la jurisprudencia nacional*

Pero si bien la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana es obligatoria para los jueces y demás operadores jurídicos mexicanos, ella no sustituye de ningún modo a la jurisprudencia nacional, porque la aplicación de la jurisprudencia de la Corte debe realizarse en términos de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia de los tribunales domésticos. Y

¹² Tesis P. LXV/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 1, diciembre de 2011, p. 556.

¹³ Contradicción de tesis..., *cit.*, p. 80.

es que en todo momento deberá buscarse la armonización entre ambas jurisprudencias. Sin embargo, cuando el conflicto resulte inevitable, el intérprete deberá guiarse por el principio pro persona en términos del artículo 1o. de la Constitución, y aplicar aquel criterio —nacional o internacional— que ofrezca una protección más amplia. De ahí que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sólo sea vinculante en un sentido débil. Y es en este sentido que los operadores jurídicos mexicanos estarán obligados a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que puede ser el criterio interpretativo nacional o el internacional, dependiendo de cuál sea más favorable.

Por lo demás, la SCJN señala que la vinculación a los precedentes internacionales de la Corte Interamericana, cuando México haya sido parte en el litigio, no puede ser la misma que la que se da en aquellos casos en que no lo fue, porque en estos últimos supuestos los jueces mexicanos deberán determinar si el precedente en cuestión es aplicable al caso que tienen que resolver mediante un argumento por analogía, siempre que en él exista la misma *ratio*.

Como consecuencia de todo lo anterior, el pleno de la SCJN aprobó por seis votos el criterio siguiente:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la

nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio más favorecedor para la protección de los derechos humanos.¹⁴

III. LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011, A REVISIÓN

Habiendo resumido los puntos medulares de la contradicción de tesis 293/2011, es momento de referirme a las críticas que a mi juicio merece.

1. *La sentencia es autocontradictoria*

La sentencia de la SCJN es autocontradictoria, porque sostiene, primero, que la Constitución y las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que México es parte tienen el mismo valor normativo, señalando incluso que entre los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente internacional no existen relaciones jerárquicas, lo cual significa que se encuentran en un plano de igualdad. Pero agrega, después, que las normas constitucionales deben prevalecer en caso de conflicto, lo que implica que dicha igualdad es realmente inexistente, porque si entre los derechos humanos de la Constitución y los derechos humanos de los tratados internacionales no hay relaciones jerárquicas, entonces ¿por qué deberían prevalecer las normas constitucionales? La respuesta de la SCJN apunta al principio de supremacía constitucional; es decir, a un criterio jerárquico que afirma que debe prevalecer la norma formalmente superior. Por lo tanto, a pesar de lo que se diga, en los hechos sí hay una relación de subordinación de las normas internacionales sobre derechos humanos.

Para colmo, la SCJN sostiene que deben prevalecer las restricciones al ejercicio de los derechos que la Constitución expresamente establece. Esto es lo que llamo el *enfoque restrictivo de los derechos humanos*; es decir, la concepción que pone por delante las restricciones constitucionales a los derechos en perjuicio de una visión más garantista. El enfoque restrictivo conlleva a que en un conflicto entre una norma constitucional de naturaleza restrictiva y una de un tratado internacional más favorable, deba prevalecer la primera. Considero que esta decisión es violatoria de la propia Constitución, porque atenta contra el mandato contenido en el artículo 1o., que dice que

¹⁴ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

las normas sobre derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia. Sobre este punto volveré más adelante (véase *infra* epígrafe III, 2). Por ahora voy a insistir en los conflictos normativos entre las normas constitucionales y las normas internacionales sobre derechos humanos, pues creo que en este tema en particular queda de manifiesto la contradicción lógica de la sentencia de la SCJN.

Para ello hay que pensar que si las normas constitucionales y las normas internacionales sobre derechos humanos tuvieran el mismo valor normativo —como afirma la SCJN—, entonces los conflictos entre ellas se resolverían de un modo distinto al que comporta el criterio jerárquico de *lex superior*. Pero un vistazo superficial a los casos en que se origina el conflicto revela que eso no es así. Habría al menos cuatro supuestos de colisión entre una norma constitucional y una norma internacional sobre derechos humanos. Todos arrojan el mismo resultado: la norma aplicable es la Constitución. Véase la siguiente tabla:

<i>Caso</i>	<i>Constitución</i>	<i>Tratado internacional</i>	<i>¿Cuál norma se aplica?</i>
1	P	R	Constitución
2	R	P	Constitución
3	P ⁺	P ⁻	Constitución
4	P ⁻	P ⁺	Constitución

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 1o. 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.

Lo que antecede revela que la Constitución siempre derrota al tratado por tratarse de la Constitución. La SCJN ha sentado una interpretación excesivamente rígida del principio de supremacía constitucional que “comporta el encumbramiento 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 este sentido, el ministro José Ramón Cossío Díaz formuló un voto particular para denunciar esa falta de congruencia. He aquí la parte sustancial de su argumento:

Si el párrafo segundo del artículo 1o. dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional.¹⁵

La posición mayoritaria genera 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 sostiene la resolución votada por la mayoría, que la interpretación generada por ella permita la ponderación caso por caso de todos los derechos humanos. Para que ello fuera 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.¹⁶

Es cierto que siempre que nos encontramos frente a una “colisión” de derechos 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

¹⁵ Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en la Contradicción de tesis..., *cít.*, p. 3.

¹⁶ *Ibidem*, p. 6.

a favor de la norma constitucional frente a la norma convencional; esa no es una regla de ponderación, sino una regla de preferencia de una fuente sobre otra. Consecuentemente, al mantenerse una regla de jerarquía, se eliminó la posibilidad de aplicar el principio pro persona para eliminar los conflictos entre normas de distinta fuente.¹⁷

El argumento del ministro Cossío Díaz deja claro que la sentencia de la SCJN viola el principio pro persona al introducir un criterio jerárquico para la solución de los conflictos entre normas constitucionales y normas internacionales sobre derechos humanos. En tal sentido, no puede ser cierto que entre esas normas exista igualdad, porque si hay un conflicto entre una norma constitucional y una internacional sobre derechos humanos, lisa y llanamente prevalece la Constitución (en cuanto norma jerárquicamente suprema). Aquí está patente la contradicción lógica de la sentencia.

2. La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es contraria a la Constitución

Pero la sentencia no sólo es autocontradictoria, sino que también infringe lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, que a la letra dice: “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”.

Este precepto impone la obligación a todas las autoridades del Estado mexicano de interpretar las normas del derecho a la luz del principio pro persona. La aplicación del mismo supone que el intérprete constitucional tiene que ponderar los derechos en conflicto a la luz del caso concreto, y debe hacerlo buscando la protección más amplia a favor de la persona. Pero el criterio de la SCJN viola este mandato constitucional cuando determina que las restricciones expresas establecidas en la Constitución deberán prevalecer en caso de conflicto. Ello significa que las restricciones a los derechos humanos son de aplicación rígida, y ello quiere decir, a su vez, que el órgano aplicador queda impedido para realizar una ponderación de derechos en busca de la protección más amplia, como lo exige el artículo 1o. La sentencia de la SCJN es inconstitucional porque viola precisamente esta obligación. El pleno pudo haber sostenido que la aplicación de las

¹⁷ *Idem.*

restricciones expresas a los derechos humanos se realizaría a condición de que la medida fuera proporcional en el caso sometido a examen de acuerdo con el principio de proporcionalidad en sentido amplio y a sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Más específicamente, pudo dejar en manos del juez la facultad de resolver, en el caso concreto, sobre la proporcionalidad de la medida de acuerdo con la ley de ponderación.¹⁸ Pero el pleno fue muy claro al ordenar la aplicación vinculante de las restricciones a los derechos humanos. El resultado es que las normas constitucionales que establecen restricciones son reglas de aplicación taxativa. Ahora bien, en la medida en que las restricciones que impone la Constitución son aplicables de esta manera rígida, por así decirlo, el pleno de la SCJN promueve el enfoque restrictivo de los derechos humanos en detrimento de una visión más garantista, lo cual representa un retroceso, como dijo el ministro Cossío Díaz, con respecto a lo que ese mismo órgano resolvió unos años antes en el expediente Varios 912/2010, en donde acordó que

todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.¹⁹

¹⁸ La ley de ponderación, según la representación de Alexy, reza: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 161. Sobre las distintas teorías de la ponderación, cfr. Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, pról. de José Juan Moreso, Barcelona-Buenos Aires-Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 155 y ss. Para entender la importancia de la ponderación en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en nuestro país, véase Ortega García, Ramón, “El artículo primero constitucional y la constitucionalización del derecho en México”, en *id.* (coord.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica. Ensayos contemporáneos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 61-120.

¹⁹ Expediente Varios 912/2010, párr. 27, p. 44, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>.

Por otro lado, la decisión de la SCJN también es criticable si se toma en cuenta que permite la interpretación más favorable en el caso de los criterios jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales. ¿Por qué en estos casos sí se debería aplicar la norma que ofrece la protección más amplia? Imaginemos qué pasaría si en un caso dado la jurisprudencia de la Corte Interamericana fuera más favorable para la protección de la persona que el criterio nacional que establece una interpretación directa de la Constitución. ¿No sería esto último tanto como desplazar a la norma constitucional en favor del tratado? Porque así como la SCJN ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una extensión de la Convención Americana de Derechos Humanos, uno podría sostener por igual que la jurisprudencia nacional es una extensión de la Constitución mexicana. De suerte que lo que estaría confrontándose indirectamente, a través de los criterios jurisprudenciales, es la propia norma convencional *vis à vis* la norma constitucional. Ésta parece ser otra contradicción de la sentencia que se examina.

3. *¿Cuánta deferencia para el Constituyente?*

En su voto concurrente, el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena propone que las normas de la Constitución que establecen restricciones a los derechos humanos deben ser consideradas como principios susceptibles de ponderación con deferencia al Constituyente por tratarse de decisiones con dignidad democrática:

Al final, desde mi perspectiva, la cuestión de la aplicabilidad de las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos desembocará en un ejercicio de ponderación en el cual se habrá de otorgar deferencia al Poder Constituyente Permanente. Las restricciones no habrán de aplicarse como reglas sujetas a subsunción, sino como elementos normativos que deberán interpretarse de manera conforme con los derechos humanos y, en su caso, se sujetarán al estándar de su compatibilidad con el sistema general de derechos humanos, ya que una abierta incompatibilidad de la restricción podría generar su inaplicación al trascender en el ámbito de lo indecible (de ahí que sea una ponderación deferencial solamente).²⁰

²⁰ Voto concurrente del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, p. 13, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>.

Esta posición implica que las restricciones constitucionales no se aplican en automático en cuanto se actualicen sus condiciones de aplicación, como cualquier regla —bajo la lógica de una aplicación “todo o nada”— sino que se actualizan bajo el tamiz de decisiones que encierran la opción de un balance de distintos bienes constitucionales, por lo que han de someterse a una metodología de ponderación: es decir, determinando su finalidad, necesidad y proporcionalidad y entendiendo que ha de darse deferencia al legislador democrático para resolver los temas centrales de acomodo de bienes constitucionales.²¹

Aquí, la idea fundamental es la de “deferencia al Constituyente” que el ministro Gutiérrez Ortiz Mena describe como “la consecución en un paso ulterior en la realización del principio de presunción de legitimidad democrática de las leyes, utilizada por esta Suprema Corte como método interpretativo, ahora utilizable para otorgar deferencia al Poder Constituyente Permanente como depositario de la mayor legitimidad democrática en el sistema”.²² Según la opinión del ministro, la deferencia al Constituyente implica que no debe sustituirse “la interpretación del constituyente por aquella del tribunal en el momento de balancear los bienes constitucionalmente protegidos en la forma de la restricción de un derecho, a menos que ésta sea abiertamente incompatible, bajo cualquier luz, con el sistema general de derechos humanos”.²³ Lo que ocurre es que las restricciones a los derechos merecen deferencia por haber sido establecidas por el órgano democrático, siendo “sólo derrotables en casos límites cuando los resultados de esas ponderaciones democráticas sean abiertamente incoherentes con el sistema general de derechos humanos”,²⁴ de suerte que el ejercicio de ponderación de los tribunales queda supeditado al que realiza el Constituyente: es un ejercicio meramente residual.

Me parece que la idea de la deferencia al Constituyente entendida de este modo, como la tesis de que en el tema de las restricciones constitucionales hay que tener especial consideración a dicho órgano, por ser el de mayor representación democrática en el sistema, viene siendo en realidad un argumento retórico y artificioso para maquillar el enfoque restrictivo de los derechos humanos, puesto que lo que realmente sostiene es que deben

²¹ *Ibidem*, p. 15.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

²⁴ *Ibidem*, p. 16.

prevalecer las restricciones expresas a los derechos por regla general, a no ser que el caso sea uno de extrema injusticia; es decir, un caso límite, como señala el ministro, en donde el resultado de la ponderación del Constituyente sea abiertamente incompatible con el sistema general de derechos humanos. Sin embargo, está claro que eso es algo que sólo el órgano judicial puede determinar, después de haber valorado, en el caso sometido a examen, si la medida es o no proporcional. Por desgracia, este ejercicio es precisamente lo que la SCJN excluyó al resolver que las restricciones constitucionales serían aplicables taxativamente.

Además, llegados a este punto, considero pertinente formular la siguiente pregunta: ¿qué tanta deferencia debe concederse al Constituyente? ¿Debería ser absoluta e incondicional? Creo que la respuesta no puede ser sino negativa. ¿Por qué? Por principio de cuentas, porque no puede descartarse el hecho de que el Constituyente Permanente dicte normas con un contenido contrario a la Constitución. En este sentido, pienso que los actos de dicho órgano —al igual que los de otras autoridades— deberían ser controlados por el conjunto de derechos humanos como supremo parámetro de validez jurídica. De ahí que toda norma del Constituyente que vulnerara los derechos humanos reconocidos en la carta magna o en los tratados internacionales de los que México es parte debería reputarse como inválida. De igual manera, las reformas a la Constitución —principalmente aquéllas que establecieran alguna restricción expresa a los derechos humanos— deberían ser susceptibles de impugnación ante la SCJN, que deberá determinar entonces si esa restricción se encuentra justificada en términos del propio texto constitucional y de aquellas normas internacionales adoptadas por México, como la Convención Americana de Derechos Humanos.

En segundo lugar, la deferencia al Constituyente debería no ser absoluta so pena de anular o debilitar el papel del tribunal constitucional como guardián de los derechos humanos contenidos en la Constitución. Ya Rodolfo Vázquez ha ofrecido una respuesta a la pregunta de qué tanta deferencia habría que conceder al legislador democrático en un Estado constitucional de derecho, que cito aquí *in extenso*:

En síntesis, a la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano de control? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva “débil” y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda precondition de la democracia, resulta totalmente implausible; si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y si-

tuamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondición fundamental que es el derecho a no ser discriminado; y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone... un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella favorezca, ahora sí, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.²⁵

Para decirlo brevemente, Vázquez cree que la deferencia al órgano legislativo no debería ser total, pues ello equivaldría a renunciar a la protección judicial de los derechos humanos civiles y políticos como prerequisites mínimos de la democracia. Esos derechos deben estar atrincherados en la Constitución y protegidos por la justicia constitucional para salvaguardar el propio proceso democrático. Si esto así, entonces lo mismo debería concluirse en el caso del Constituyente: la deferencia a este órgano tampoco debería aceptarse incondicionalmente en aras de la protección de los derechos humanos y con el fin de garantizar la interpretación más favorable para la persona. Por eso, toda restricción expresa establecida por la Constitución debería ser valorada en el caso concreto para determinar si es proporcional o no con base en la ley de ponderación. Esta es una cuestión compleja que tendría que ser analizada por los tribunales a la luz del caso que les toque resolver. No debería ser decidida *ex ante* por el Constituyente Permanente, que sólo podría hacerlo mediante reglas generales, pero sin conocer las circunstancias que rodean al caso específico. En otras palabras, lo que se requiere en esta materia es que prive una concepción ponderativa de tipo particularista relativa a la aplicación de las normas constitucionales sobre derechos humanos y sus restricciones, en lugar de una concepción fundamentalmente subsuntiva.²⁶

²⁵ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y derechos humanos”, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012, pp. 82 y 83.

²⁶ Sobre las diferencias entre subsunción y ponderación, *cf.* Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003, pp. 433-449. Digamos que la teoría de Alexy constituye el mejor ejemplo de la concepción particularista pura de la ponderación, mientras que la teoría de Ferrajoli representa el esfuerzo más notable por llevar el modelo subsuntivo al campo de las normas sobre derechos fundamentales. Ahora bien, la concepción particularista

4. *La sentencia no establece una teoría de las restricciones legítimas*

Según dije, el principio de supremacía constitucional del modo en que lo entiende la SCJN comporta la aplicación taxativa de las normas constitucionales que establecen restricciones a los derechos humanos. En este sentido, el ministro Gutiérrez Ortiz Mena señala que la sentencia de la SCJN no define las condiciones en que deberán ser aplicadas las restricciones establecidas por la Constitución, sino que se limita a declarar que son de aplicación vinculante. En esto tiene razón el ministro. De hecho, creo que uno de los puntos más débiles de la sentencia es que omite sentar las bases de una teoría de las restricciones legítimas. De ahí que me parezca oportuno compartir algunas ideas que podrían ser de utilidad con el propósito de ir construyendo esa teoría.

Para empezar, habría que distinguir el ámbito del derecho determinado por sus límites y el alcance de ese derecho determinado por las restricciones a su ejercicio. Es decir, una cosa es el ámbito del derecho y otra su alcance o extensión. El ámbito abarca las conductas protegidas por el derecho dentro de los límites fijados por el Constituyente a nivel constitucional. Tómese como ejemplo la libertad de expresión reconocida en el artículo 6o. de la Constitución mexicana: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público”.

De acuerdo con esto, los límites constitucionales a la libertad de expresión están dados por los derechos de terceros, la vida privada de las personas y la moral. A este nivel juega un papel muy importante la interpretación que se realice del precepto invocado, ya que de ella va a depender la amplitud del ámbito del derecho. En efecto, éste podrá ser más o menos amplio (o más

de la ponderación de Alexy ha sido criticada por algunos autores debido a su aparente arbitrariedad y falta de control racional, de ahí que propongan una vía intermedia entre esa concepción y la subsuntiva. Es el caso de José Juan Moreso en “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 473-489. Con todo, el propio Moreso reconoce que su modelo es una forma de concebir a la ponderación “que la hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad”, de manera que más que un rechazo de la ponderación, su propuesta parte de ella y termina incorporándola. Del propio José Juan Moreso, véase “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en García Manrique, Ricardo (ed.), *Derechos sociales y protección*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 223-248.

o menos reducido), dependiendo de cómo se interpreten los términos de la disposición. Para continuar con el ejemplo del derecho a la libre expresión de ideas, el ámbito del mismo —el espectro de las conductas cubiertas por el derecho— dependerá de lo que se entienda por derechos de terceros, vida privada de las personas y moral.

En cambio, el alcance del derecho es una variable dependiente de las restricciones a su ejercicio impuestas mediante una ley o decreto a nivel subconstitucional. Sin embargo, está claro que toda restricción tiene que cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución. Por ejemplo, el artículo 29 de la carta magna menciona ciertas condiciones que deberán cumplir las restricciones de alcance general; esto es, aquellas que no se aplican a una persona o personas determinadas, sino a un sector importante de la población. De conformidad con esta cláusula, sólo podrá imponerse una restricción con efectos generales en los supuestos de “invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro”. Deberá tener una duración definida; deberá estar prevista en un decreto emitido por el presidente de la República con acuerdo de los titulares de las secretarías de Estado y del procurador general, y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente, según el caso. Además, la medida deberá respetar los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Por otra parte, la Constitución también contempla restricciones aplicables en situaciones concretas y/o a personas determinadas. Es lo que ocurre con el arraigo, el cateo, la intervención de comunicaciones privadas, las visitas domiciliarias y la prisión preventiva. En todos estos supuestos, la medida deberá cumplir con los requisitos establecidos en las normas constitucionales respectivas.

Ahora bien, por regla general, toda restricción a un derecho humano tenderá a proteger otro derecho o interés público constitucionalmente reconocido. De ahí que la medida restrictiva tienda a generar un conflicto entre derechos o bienes constitucionales. Cuando eso sucede, corresponderá a los tribunales decidir cuál es el derecho que debe prevalecer, debiendo practicar para ello un ejercicio ponderativo, en el que se sopesa la importancia (qué tan fuertes o débiles son las razones) de satisfacer al derecho X (el que la medida favorece), frente al grado (leve, moderado o alto) de no satisfacción o de afectación del derecho Y (el que la medida restringe). Y sólo si el resultado del balance fuera positivo (digamos, que la importancia

de satisfacer al primer derecho fuera igual o mayor al grado de afectación del segundo), se podría decir que la medida es proporcional.²⁷

Por cierto que la proporcionalidad de la restricción en el caso mexicano deberá analizarse en el marco del control de constitucionalidad difuso. Suponiendo que la medida esté contenida en una ley del Congreso, el control podría desarrollarse de la siguiente manera: un primer paso sería interpretar la ley, de modo que su contenido se ajuste al de las normas sobre derechos humanos que integran el parámetro de regularidad del artículo 1o. Si no fuera posible llegar a una interpretación conforme de la ley, entonces se procedería a un segundo paso del control en el que se examinaría si la medida es proporcional o no. Suponiendo que se concluya que la medida afecta a uno de los derechos humanos de manera injustificada a la luz de la ley de ponderación, entonces se llegaría a la tercera y última etapa del procedimiento, en la que se aplicaría el remedio previsto por el ordenamiento jurídico. Éste podría ser la anulación de la ley con efectos generales o su inaplicación en el caso concreto, dependiendo de la competencia del tribunal que conoce del asunto.

IV. CONCLUSIÓN

Pues bien, el engrose de la contradicción de tesis 293/2011 pone al descubierto una sentencia del máximo tribunal del país autocontradictoria, que también contradice a la Constitución, pues la tesis de que las restricciones a los derechos humanos deben aplicarse de manera taxativa viola el mandato del artículo 1o., que prescribe interpretar las normas en esta materia

²⁷ Este modelo se basa en la teoría de Alexy. Sabido es que para medir el grado o intensidad de la afectación de uno de los derechos en pugna, así como la importancia de la satisfacción del otro, Alexy utiliza la famosa escala triádica: leve, moderado y grave; estos valores son representados con números, que luego se materializan en la célebre “*Weight Formula*”. El resultado hace que la ponderación se presente como un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la aritmética. Así, pareciera que se dota a la ponderación de cierto control racional. Véase Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”..., *cit.* También *cfr. id.*, “Sobre los derechos sociales a protección”, en García Manrique, Ricardo (ed.), *Derechos sociales...*, *cit.*, pp. 45-84; *id.*, “La teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en Menéndez, Agustín José y Oddvar Eriksen, Erik (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 29-48.

favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. La sentencia establece un enfoque restrictivo de los derechos humanos, que significa un retroceso respecto de lo que el pleno resolvió en el expediente Varios 912/2010 y en distintas tesis y jurisprudencias dictadas con motivo de ese histórico fallo. En las páginas que anteceden, he tratado de mostrar algunas de las principales deficiencias de la sentencia de la SCJN, en espera de que algún día se corrijan y logre reivindicarse una concepción más protectora de los derechos que sea congruente con el espíritu de la reforma del 10 de junio de 2011.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Libros y revistas*

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- , “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003.
- , “Sobre los derechos sociales a protección”, en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- , “La teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en MENÉNDEZ, Agustín José y ODDVAR ERIKSEN, Erik (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, pról. de José Juan Moreso, Barcelona-Buenos Aires-Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MORESO, José Juan, “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en BETEGÓN, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- , “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), *Derechos sociales y protección*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

ORTEGA GARCÍA, Ramón, “El artículo primero constitucional y la constitucionalización del derecho en México”, en *id.* (coord.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica. Ensayos contemporáneos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

———, “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos (a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011)”, *Ex Legibus. Revista de Derecho*, México, núm. 0, abril de 2014.

VÁZQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional y derechos humanos”, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012.

2. Fuentes electrónicas

<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>.

<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>.

3. Jurisprudencia

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO, tesis P. LXV/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 1, diciembre de 2011, p. 556.

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, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

