

AVANCES, RETO Y RETROCESO EN UNA DECISIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

Miguel Ángel RODRÍGUEZ VÁZQUEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Camino seguido en la discusión*. IV. *Avances, reto y retroceso en los criterios fijados*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los actos que más ennoblece al ser humano es reconocer a quienes por su modelo de vida y por sus actos son ejemplo a seguir, en nuestro caso, por las y los mexicanos y, en especial, por quienes cultivamos la ciencia del derecho constitucional, por lo que es un honor sumarnos al merecido homenaje que se rinde a Jorge Carpizo, personaje que destacó por sus valores y sapiencia, y qué mejor actividad que realizando análisis jurídico de uno de los criterios más importantes para el sistema jurídico mexicano que fue fijado en el mes de septiembre de 2013: “determinar la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos”¹ (a la luz del nuevo texto constitucional) en el ordenamiento jurídico mexicano.

Cabe aclarar que el otro tema que se abordó fue “el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pero en este ensayo, por la extensión que se exige, únicamente abordaremos lo referente al primero de los mencionados, no obstante que están íntimamente relacionados entre sí.

Fueron cinco días de intensas discusiones (26, 27 y 29 de agosto, así como 2 y 3 de septiembre de 2013) sobre la contradicción de tesis entre el

* Catedrático e investigador en la División de Estudios de Posgrado e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Miembro asociado de la Sección Mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

¹ En tales términos, el 12 de marzo de 2012, se refirió el ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, a uno de los aspectos a resolver en la contradicción de tesis 293/2011.

Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, lapso en el que las y los ministros expresaron sus puntos de vista, primero acerca de si quedaba sin materia o no la contradicción de tesis, luego sobre el proyecto modificado que se sometió a consulta por parte del ministro ponente, que incluía aportaciones realizadas en discusiones previas en torno al tema a tratar, para finalizar con un proyecto modificado creado con la finalidad de alcanzar consenso sobre los criterios a fijar, lo que terminó con una votación mayoritaria de diez a uno sobre el aspecto que aquí tratamos.

En relación con tal tema, una buena parte de la doctrina constitucional y de activistas en derechos humanos consideran que hay retroceso en la aplicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, específicamente en lo que se refiere al principio pro persona, lo que motiva a escribir este trabajo, por la importancia que reviste la decisión tomada para la construcción del nuevo paradigma del constitucionalismo mexicano.

En tal virtud, el presente ensayo tiene por objeto analizar una de las decisiones tomadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis aludida, y con base en ella adoptar una postura en torno a la pregunta que guió la investigación: ¿fue un avance o un retroceso la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011?

Para cumplir con tal objetivo, haremos mención de los antecedentes de la contradicción de tesis, para tener cabal comprensión del tema; luego se hará la descripción, en general, del camino que se siguió en la discusión; en primer lugar determinar si había materia; en segundo lugar, una vez que se resolvió en sentido positivo, la discusión del proyecto modificado presentado por el ponente, y, en tercer lugar, el giro que se dio en el debate debido a la modificación del sentido del proyecto en uno de sus puntos medulares para generar consenso. Finalmente, expondremos nuestros puntos de vista sobre la pregunta que guía este trabajo.

Hacemos la aclaración de que nos concretamos a citar algunas de las opiniones de las y los ministros que consideramos que sirven para el desarrollo de este ensayo, a sabiendas de que se omiten otras, también muy importantes, que serán tomadas en cuenta en un trabajo de mayor extensión, sobre el cual estamos dirigiendo nuestros esfuerzos. También mencionamos que contamos con las versiones taquigráficas de donde se tomó la información, aunado a que se presenciaron por televisión las respectivas sesiones del tribunal Pleno, lo que permitió allegarse la información respectiva.

II. ANTECEDENTES

Previo a los meses de agosto y septiembre de 2013 en que se dio la discusión de la contradicción de tesis que tratamos, ya se había abordado en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 12, 13 y 15 de marzo del año inmediato anterior;² pero al ver el ministro ponente que hubo un empate en la intención de votación de cinco votos, retiró el proyecto para hacerse “cargo de las observaciones y comentarios que hicieron valer los señores ministros que estaban en principio a favor del proyecto” y con quienes tenía “una coincidencia esencial”, según lo explicó en la sesión del 26 de agosto del primero de los años citados.

En las discusiones iniciales sobresale la idea que sostuvo el ministro ponente en el sentido de que por mandato constitucional se formó un “bloque de constitucionalidad de derechos humanos”, que estaba compuesto por los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los de fuente internacional.

En nuestro país, una buena oportunidad para pronunciarse por la creación de un bloque de constitucionalidad fue precisamente al resolver la contradicción de tesis que se analiza; sin embargo, se frustró prácticamente desde las primeras discusiones, en las que basta analizar los puntos de vista de las y los ministros, así como la intención de voto para darnos cuenta de que la mayoría no está de acuerdo con acoger tal doctrina ni la locución empleada.

Incluso, hubo quien expresó que no estaba de acuerdo con la idea de que los tratados internacionales que contengan derechos humanos estén al mismo nivel de la Constitución, por lo que si hubiera una disputa entre la Constitución con aquellos, ella debe prevalecer. A continuación haremos referencia a algunas de las intervenciones que nos parecieron más importantes sobre el tema.

El ministro ponente, Zaldívar Lelo de Larrea, en la sesión del 12 de marzo de 2012, sostuvo “que existe por mandato constitucional un bloque de constitucionalidad de derechos humanos formado por la Constitución y por los derechos humanos de índole internacional y que este bloque, esta

² En la sesión del 12 de marzo de 2012, el ministro ponente informó al tribunal pleno “que en algún momento se presentó este proyecto a la Primera Sala, con una propuesta de que no había contradicción; sin embargo, la Sala consideró de manera unánime que sí había contradicción y entonces se planteó esta propuesta que una vez que fue presentada a la Primera Sala por su trascendencia se tomó la decisión por tener que ser un criterio interpretativo del marco constitucional aplicable a todo el sistema jurídico mexicano y por estar íntimamente relacionado con asuntos que veníamos resolviendo en el Tribunal Pleno, que se discutiera en este Pleno...”.

masa de derechos es lo que constituye el referente para analizar la validez de todos los actos y normas del sistema jurídico mexicano”; consecuentemente, hay necesidad de desterrar la idea de que primero se debe analizar la Constitución y después los tratados, pues “se deben interpretar conjuntamente, armónicamente siempre en aquello que es en beneficio de las personas”, ya que, a su parecer, se debe partir de la idea de una enredadera o amalgama de derechos que se deben interpretar armónica y sistemáticamente. Además, en cuanto a la utilización de la locución “bloque de constitucionalidad”, admitió la posibilidad de modificarlo, ya que el nombre no era lo importante, sino admitir que los derechos humanos de fuente internacional junto con la Constitución forman el marco referencial para analizar la validez de todo el ordenamiento jurídico mexicano.

Lo último que manifestó tenía su razón de ser, puesto que, como se explicó con antelación, la denominación “bloque de constitucionalidad” no tenía la aceptación de una gran mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno, tal como lo demostraremos a continuación.

El ministro Cossío Díaz dijo que no era correcta la expresión, habida cuenta que “confunde más de lo que aporta”; respecto a los elementos que forman el bloque de constitucionalidad en Francia, “no puede haber control de validez ni un control jerárquico ni un control de ningún tipo respecto de ninguno de ellos”, situación diferente a la que acontece en México, pues diversos artículos, como el 15, 133, 76 y 89 (citados en el orden que lo hizo el ministro), generan un tema de jerarquía “en términos simplemente formales”; además, hace suya la argumentación presentada por el Tribunal Constitucional de España en una resolución del 28 de junio de 2010, en la que se establece:

...Tal calificación, es decir, la de bloque de constitucionalidad, no tiene más alcance que el puramente doctrina o académico y por más que sea conveniente para la ilustración de los términos en los que se construye o se desenvuelve el sistema normativo que tiene la Constitución el fundamento de su existencia, en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal...

Otro de los argumentos esgrimidos por el ministro Cossío Díaz fue que hay dos operaciones que no se pueden denominar de la misma manera, “control de constitucionalidad” y “control de convencionalidad”, por lo que propuso que lo nombraran como “bloque de regularidad”, que se compone de normas constitucionales y normas convencionales, para que fuera acor-

de con la operación que es la de control de regularidad. Lo anterior, ya que considera conveniente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación genere sus propias categorías jurídicas.

En otra intervención abundó más en la explicación y aclaró algunas ideas; verbigracia, que un tratado internacional sí puede ser contrario a la Constitución, que sí hay jerarquía, pero al incorporarse al sistema jurídico mexicano “el concepto de jerarquía no se va a utilizar ahí, se va a utilizar un concepto de interpretación, un concepto de consolidación, un concepto de armonización... Entonces, en el primer caso, el concepto referencial fuerte es jerarquía; en el segundo caso pues es armonización...”.

El ministro Aguirre Anguiano manifestó que el bloque de constitucionalidad nada tiene que ver con nuestro sistema, y tampoco aceptó la denominación de “bloque de regularidad”, pues considera que se olvidó decir respecto a qué.

El ministro Aguilar Morales expresó que no estaba de acuerdo con que pueda el intérprete “determinar que si a su juicio cierta norma tiene un valor materialmente constitucional quede a su arbitrio darle tal carácter y esa jerarquía normativa sin importar lo que establezca la Constitución...”.

La ministra Sánchez Cordero de García Villegas advirtió que el proyecto utiliza varias veces las locuciones “bloque de derechos”, “conjunto de derechos” y “masa de derechos”, entonces preguntó (a modo de sugerencia) si sería un término que se pudiera utilizar.

El ministro Valls Hernández propuso que se denominara “conjunto normativo de rango constitucional”.

Por su parte, la ministra Luna Ramos expresó que no coincide en que se trate de un bloque de constitucionalidad, pues los tratados internacionales no se encuentran al mismo nivel jerárquico que la Constitución, y para ello se apoyó en el contenido de los artículos 133, 105, fracción II, inciso g), 103, 15, constitucionales, 114 de la Ley de Amparo (de anterior vigencia) y 46 de la Convención de Viena (citados en el orden que lo hizo la ministra). Asimismo, hace mención del artículo primero constitucional, pues en la última parte del párrafo primero trata sobre las restricciones que establece la Constitución, por lo que estima que si hubiera divergencia de criterio entre Constitución y un tratado internacional, prevalecería la primera, y cita el caso del arraigo, ya que no obstante que es rechazado por el Pacto de San José, en México está elevado a rango constitucional, por lo que se debe optar por lo que consagra la Constitución

En cuanto a los derechos humanos de fuente internacional, hubo menciones concretas acerca de cuál es el papel que juegan en el sistema jurídico mexicano, así como la ubicación en la jerarquía normativa.

En ese sentido, el ministro Aguirre Anguiano dijo que se debería resolver de acuerdo con el tema de la subsidiariedad: “Si nuestra Constitución primero nos resuelve ahí nos quedamos”, pero consideró que el proyecto iba en contra de ella. El ministro Aguilar Morales aseveró que “no puede entenderse que existan normas de derechos humanos establecidas en convenios o tratados internacionales que se encuentren en un mismo nivel jerárquico que las normas de derechos humanos establecidos en la Constitución...”, y que se debe considerar que los tratados internacionales lo que contienen son reglas de interpretación; es decir, “no es un sistema paralelo”. El ministro Ortiz Mayagoitia consideró que si había disputa entre Constitución y tratado internacional prevalecería la primera.

El ministro Pardo Rebolledo expresó su criterio en el sentido de que la llamada “enredadera de derechos”, de acuerdo con el artículo primero constitucional, estaba sometida a las restricciones que establecía la propia Constitución, por lo que “sigue imperando el principio de supremacía en general”.

Para terminar la sesión, el ministro presidente procedió a tomar la votación, pero “a nivel de intención de voto”, con el resultado de cinco a favor y cinco en contra, por lo que el ponente retiró el proyecto.

Entonces, de lo expuesto por las y los ministros se advierte que en su gran mayoría no coinciden con la expresión “bloque de constitucionalidad” ni acogen su doctrina como se concibió en Francia, sino que proponen utilizar otras denominaciones, como “masa de derechos”, “conjunto normativo de rango constitucional”, “bloque de derechos” y “bloque de regularidad”. Pero más allá del problema semántico, hay quienes no coinciden en que los tratados internacionales que contengan derechos humanos estén en el nivel de la Constitución, pues afirman que esta conserva el rango de suprema, y argumentan que no se reformó el artículo 133 constitucional, y que el primero prevé restricciones que denotan jerarquía de los tratados internacionales frente a la Constitución.

Este antecedente nos permite conocer las razones por las que el ministro ponente modificó el proyecto original para luego presentarlo para su discusión en agosto de 2013, en el cual ya no utilizó la locución “bloque de constitucionalidad”, con el propósito de ganar consenso al atender las opiniones de otros integrantes del tribunal pleno y obtener una mayoría en el citado tema.

III. CAMINO SEGUIDO EN LA DISCUSIÓN

1. *Discusión relativa a si había materia para la contradicción de tesis*

La primera parte de la discusión giró en torno a la “duda” que planteó la ministra Luna Ramos, en el sentido de que era menester analizar si la contradicción de tesis quedaba sin materia, pues los casos resueltos por los tribunales colegiados de circuito son anteriores a la reforma constitucional de junio de 2011, y, por tanto, fijaron su criterio bajo el amparo de preceptos constitucionales que hoy ya no están en vigor, de ahí que afirmó: “parece que es un poco paradójico resolver una contradicción de tesis en la que dos Tribunales Colegiados analizaron un marco constitucional diferente...”, y en el presente caso se atendería el nuevo y tomando en consideración la aplicación no retroactiva de la Constitución.

Para reforzar su interrogante citó la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en la que se dijo que no se podía “analizar una situación como [*sic*] un marco diferente al que fue motivo de análisis en los asuntos que se resolvieron, incluso éste no se analizó en el fondo, se votó que se quedaban sin efectos las tesis correspondientes...”; también dijo que en otro caso que se tuvo en la Segunda Sala relacionado con la nueva Ley de Amparo, la contradicción de tesis se dejó sin materia.

Por su parte, el ministro Cossío Díaz retomó el tema, por la importancia que reviste, y advirtió que el proyecto utilizaba como argumento para entrar al fondo del asunto el tema de la seguridad jurídica, pero cuestionó si era suficiente para resolver la contradicción de tesis y si era diferente a la modificación antes mencionada, pues el problema es que se estaría “emitiendo un criterio respecto de resoluciones que no pueden tener ningún asidero constitucional debido a la modificación...”.

Luego del cuestionamiento formulado por la ministra Luna Ramos y reforzado con la intervención del ministro Cossío Díaz, algunos otros ministros también expresaron tener esa duda, por lo que la discusión giró en torno a ese tema para saber si se entraba al fondo del asunto o no. Cabe aclarar que no se trataba propiamente de una cuestión relacionada con la procedencia de la contradicción de tesis, habida cuenta que desde el 12 de marzo de 2012 se había votado sobre su existencia (también sobre los temas formales: competencia y legitimación, así como las consideraciones sustentadas por los tribunales colegiados de circuito).

Los comentarios que se vertieron fueron nuevamente enfocados a la seguridad jurídica, y el ministro Valls Hernández manifestó que era una oportunidad que el Pleno no debería desaprovechar, ya que se trataba de

dos temas de fondo, “el de la jerarquía normativa..., y el otro es el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, aunque después aclaró que la problemática no es de jerarquías, pues se integra un conjunto normativo que sirve de parámetro de interpretación en materia de derechos humanos.

Después de que otros ministros vertieron diversos comentarios, la propia ministra Luna Ramos expuso el argumento más sólido para que se procediera a entrar al fondo del asunto, y dijo que la diferencia con otros casos es que no se estaba tratando sobre la aplicación de la ley:

Que una ley aunque esté derogada, puede seguirse aplicando el criterio que resolviera la Suprema Corte, a aquellos casos en los que el acto de aplicación fue en relación a esa ley. Sin embargo, que en este caso concreto estamos en presencia de una modificación constitucional, y que ésta no tiene aplicación retroactiva, sino que se aplica a partir de que está vigente; entonces, sobre esa base, aun cuando el marco que se tomó en consideración en el momento en que los colegiados resolvieron; lo cierto es que si hubieran llegado los asuntos a la Corte para nuestra decisión, ya íbamos a aplicar las reformas constitucionales vigentes.

Con ese argumento, al que se sumó el ministro presidente Silva Meza, y que el ministro ponente estimó que le daba solidez al proyecto, por unanimidad se consideró que sí había materia, por lo que se procedió a entrar al fondo del asunto.

2. Debate en torno al proyecto modificado del ministro ponente

En dicho proyecto, que se inició a discutir el 26 de agosto de 2013, se retomaron algunas opiniones que se habían vertido por parte de las y los ministros en las sesiones de marzo del año inmediato anterior; por ejemplo, se excluyó la denominación de bloque de constitucionalidad. Se propuso la tesis de rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL”.

El ponente expuso que el punto central del proyecto en el tema que nos ocupa consiste en que la reforma constitucional vino a constitucionalizar los derechos humanos de fuente internacional; entonces, junto con los reconocidos por la Constitución, forman “una red de derechos que debe relacionarse entre sí, en términos de armonización y de coordinación a través de la interpretación conforme y el principio pro persona a que alude el segundo

párrafo del artículo 1o. constitucional, y no puede referirse o relacionarse en términos de jerarquía...”.

Además, retoma el argumento del ministro Cossío Díaz, en el sentido de que respecto a los tratados internacionales hay que distinguir dos momentos: el de su incorporación, en el que se tienen que cumplir requisitos de validez formal y de validez sustancial; una vez que eso sucede, “las normas que contienen derechos humanos se incorporan a la Constitución y tienen jerarquía constitucional; de tal suerte que..., ya no es viable hablar en términos de jerarquía, sino en términos de armonización y de coordinación”.

Debemos resaltar que el ministro ponente, Zaldívar Lelo de Larrea, hace una aclaración, que es clave para entender el derrotero que pretendía darse a la discusión, y el que finalmente tuvo. Manifestó en su intervención: “*el proyecto no se pronuncia sobre el eventual conflicto que pudiera darse entre un derecho humano constitucionalizado y una restricción o limitación que esté en el propio texto constitucional, porque creemos que esto no es materia de la contradicción...*” (énfasis añadido).

Después de la intervención del ministro Zaldívar Lelo de Larrea hubo tres más y una nuevamente del ponente. El ministro Cossío Díaz le agradeció que quitó algunas ideas que tenía originalmente el proyecto e incorporó ciertos argumentos que había vertido; luego se refirió a la locución “control de regularidad constitucional”, en donde dijo que le parecía correcta la expresión “control de regularidad”, pero que habría que encontrar una calificación diferente a constitucionalidad que englobara tanto a esta como a la convencionalidad.

Por su parte, el ministro Pardo Rebolledo, en su intervención, trató el punto principal que sería materia de discusión, el papel de las restricciones al ejercicio de los derechos humanos a que se refiere la última parte del párrafo primero del artículo primero constitucional. Para llegar a ese punto, expuso las partes del proyecto con las que no coincidía, ya que si bien el principio de supremacía constitucional ha evolucionado, no ha cedido en el aspecto de que “se reserva la facultad de establecer restricciones aplicables a los derechos humanos, aunque estén establecidos en una norma de fuente internacional”. Cita otra parte del proyecto, en el que se sostiene que el enfoque tradicional del problema de jerarquía de fuentes es insatisfactorio, pues los reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, conclusión con la que no coincide, pues “cuando hay restricción expresa de la Constitución se impone la jerarquía constitucional porque nuestra Constitución se reservó el derecho de establecer cuáles son las restricciones que deben aplicarse

al ejercicio de los derechos humanos, ya sea de fuente constitucional o de fuente internacional”.

Para finalizar la sesión, el ministro Valls Hernández fue categórico al manifestar que si un tratado entrara en colisión con una disposición de la Constitución, “no coincide plenamente que deba desaplicarse la norma constitucional y aplicarse la otra, porque la jerarquía de la Constitución... obliga siempre a su acatamiento”.

En la sesión del 27 de agosto hubo varias intervenciones, que a continuación citaremos en el aspecto que nos pareció medular.

El ministro Pérez Dayán se manifestó en contra del proyecto, pues se tenía que tomar en cuenta lo consagrado en la última parte del párrafo primero del artículo primero constitucional, que establece la posibilidad de restringir y suspender los derechos humanos en los casos y en las condiciones que prevé la Constitución; además, dijo que no debe soslayarse que no se reformó el artículo 133 constitucional, pero no por omisión, sino deliberadamente para conservar el principio de supremacía constitucional, por lo que en caso de “cualquier antinomia que surge entre sus postulados y el resto de las normas derivadas, quedará resuelto automáticamente a favor del Texto Supremo, de suerte que toda modificación o desaplicación de éste, debe obedecer a la convicción del propio Constituyente como portavoz de la voluntad nacional, y no de ninguno de sus intérpretes”.

La ministra Sánchez Cordero de García Villegas se manifestó a favor del proyecto e hizo dos observaciones: la primera, que se citara la modificación de la jurisprudencia 22/2011, en la que el Pleno determinó el control difuso de constitucionalidad y dejó sin efectos las jurisprudencias 73/1999 y 74/1999, y en la segunda, en cuanto al tipo de interpretación que menciona el proyecto.

Por su parte, la ministra Luna Ramos consideró que sí se está en presencia de un problema de jerarquía, que el artículo 133 constitucional no se modificó, que es el que consagra el principio de supremacía constitucional, y que de dicho precepto se desprende

que la Constitución es superior a las leyes federales, porque éstas por formar parte de la Ley Suprema, deben emanar de aquélla, esto es, deben tener su fuente en la Constitución; lo mismo en cuanto a los tratados que necesitan estar de acuerdo con la Constitución, se alude así al principio de subordinación..., esto ya desde entonces lo decía Felipe Tena Ramírez.

Hasta este punto coincide con los ministros que no están de acuerdo con el proyecto, pero van más allá sus puntos de vista, al afirmar:

no encuentro un catálogo de derechos humanos establecido en la Constitución ni en los tratados internacionales que ahora nos diga que la Constitución tiene tantos artículos como tratados internacionales haya..., para mí sigue existiendo el principio de supremacía constitucional, y sí está estableciendo el reconocimiento de los derechos humanos establecidos en los tratados, pero establecidos en los tratados en la jerarquía normativa que les corresponde, no en la jerarquía normativa de rango constitucional.

Lo anterior, porque considera que los tratados pasan por un tamiz constitucional, lo que se desprende de los artículos 105, fracción II, inciso g); 103 y 15 constitucionales, así como el 46 de la Convención de Viena (citados en el orden que lo hizo la ministra). Lo cual significa que

[los] mandatos de fuente internacional en materia de derechos humanos, no obligan al Constituyente Permanente de ninguna manera, limitación que encuentra explicación lógica en la circunstancia de que los convenios relativos son aprobados por mayoría simple..., y sólo uno de los órganos legislativos: la Cámara de Senadores exclusivamente; en cambio las reformas constitucionales..., tienen un procedimiento totalmente distinto, la reforma constitucional necesita de la mayoría calificada, necesita además de la mayoría calificada de las Legislaturas de los Estados y además de la mayoría calificada de ambas Cámaras...

Un elemento utilizado por la ministra Luna Ramos para reforzar su postura fue la “teoría de los primados”, que establece: “«en el primado de derecho internacional lo que debe prevalecer es el tratado internacional», y cuando hablamos del primado del derecho interno se dice: «En el primado de derecho interno lo que debe prevalecer es la Constitución»”; además, no debe compararse con entes como la Unión Europea, ya que son “totalmente diferentes”, para luego dar ejemplos de casos en los que la Constitución fija restricciones a los derechos humanos “atendiendo a nuestras necesidades, atendiendo a nuestras realidades, atendiendo a nuestra idiosincrasia”, tales como el arraigo; la no reinstalación en su empleo de los agentes del Ministerio Público, los policías y los peritos; el trato desigual para procedimientos de sentenciados y procesados de crimen organizado; la extinción de dominio; la prohibición para que los ministros de culto desempeñen cargos públicos; la exclusividad para que el Estado realice determinadas actividades productivas, y la prisión preventiva, entre otras.

El ministro Aguilar Morales expresó que la jerarquía de la Constitución no debe cuestionarse, por lo que no está de acuerdo en que si la norma contenida en un tratado internacional es más benéfica que la contenida en la

Constitución, debería preferirse aquella, pues conllevaría a desaplicar esta última, pero por “su naturaleza de Norma Suprema, siempre debe prevalecer, pues así lo señala el propio artículo 1o., y así ha sido diseñado por el pueblo de México, a través de su Constituyente Permanente”. De tal manera que los derechos humanos de fuente internacional se constituyen “como reglas de interpretación y parámetros de su alcance”, ese es el sentido, a su parecer, que se le imprimió al artículo primero constitucional.

El ministro Gutiérrez Ortiz Mena afirmó que todos los tratados guardan una relación de jerarquía con la Constitución y, por tanto, están por debajo de ella, de acuerdo con el artículo 133 constitucional, de tal manera que si hubiera una antinomia entre un derecho humano elevado a rango constitucional, se resolvería conforme al artículo primero constitucional. Además, introdujo el argumento consistente en que si hay una ponderación de derechos, debe darse “una deferencia al Constituyente Permanente de manera indefectible...”.

En la sesión del 29 de agosto de 2013, al inicio tomó la palabra el ministro Franco González Salas, quien, en síntesis, llegó a conclusiones, que en lo que nos interesa dijo:

Con la reforma de junio de dos mil once, el artículo 1o. constitucional introdujo una excepción a la regla general, ¡una excepción!, una excepción a la regla general que sigue viva, de jerarquía establecida en el artículo 133; y tercero, esa excepción en el artículo 1o. por disposición expresa de ese mismo precepto, contiene a su vez una excepción a su aplicación general, en los casos y bajo las condiciones en que la propia Constitución establece límites al goce o ejercicio de los derechos humanos reconocida por ella o en tratados internacionales.

En esa sesión, el ministro Cossío Díaz hizo una aportación muy importante, al afirmar que la Constitución, a partir de la reforma de junio de 2011, “tiene una antropología distinta, tiene una visión distinta del ser humano...”, que es lo que está construyéndose por el artículo primero constitucional; después al interpretar la última parte de dicho numeral en la expresión “restringirse o suspenderse”, afirmó: “está única y exclusivamente contenida en el artículo 29, en varios párrafos”, pues ambos preceptos tienen la misma génesis; entonces, no se da una condición de jerarquía con dicha expresión, sino “que se tiene que armonizar a partir del principio pro persona, son derechos que ya entraron a nuestro orden jurídico y que no tienen condición jerárquica”.

En otra parte de su exposición, introdujo un argumento para contrarrestar el expuesto por la ministra Luna Ramos, en cuanto a que los man-

datos de fuente internacional en materia de derechos humanos no obligan al poder revisor, ya que los convenios son aprobados por mayoría simple por el Senado; en cambio, las reformas constitucionales requieren mayoría calificada de ambas cámaras y de las legislaturas de los estados, a lo que el ministro Cossío Díaz contestó: “el Constituyente quiso delegar en un órgano llamado ‘Senado de la República’ la posibilidad de crear tratados, y esto yo no creo que sea ni grave ni gravísimo”.

Después expresó uno de los argumentos que consideramos clave para entender la reforma en materia de derechos humanos, en el sentido de que *no se debe resolver el problema “a favor de la Constitución, tiene que ser dejada en la libre operación de los intérpretes jurídicos, y a final de cuentas de esta Suprema Corte, cuando se genera una condición más favorable para efecto de los derechos...”* (énfasis añadido).

El ministro Gutiérrez Ortiz Mena aclaró que la Constitución, en el artículo primero, no limita al derecho humano, sino su ejercicio; además, que difiere en un punto del ministro Cossío Díaz, que es, precisamente, en que debe hacerse una deferencia al Constituyente Permanente, pues en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos del Senado hay una oración que ayuda a fijar el criterio: “En su aplicación se observarán las que sean más favorables a los derechos de las personas, bajo el principio de no contradicción con la Constitución”.

La ministra Luna Ramos, en una nueva intervención, habló de la naturaleza de estos; sin embargo, adujo que la reforma constitucional se centra en una construcción prácticamente de postulados de “corte *ius naturalista...*”, pero se está positivizando ese derecho y, a su juicio, no tienen el mismo nivel de la Constitución; entonces, entiende que lo que se eleva a rango constitucional es “la obligación de respetar los derechos humanos en la Constitución y en los tratados”, pero “ambos ordenamientos jurídicos son de construcción diferente, de emisión diferente, de fuentes diferentes en todos los efectos”, por lo que considera que “el primero es precisamente una extensión del 133 constitucional, y esa extensión del 133 constitucional se da justo con la salvedad que establece en la parte final del primer párrafo”.

Finalmente, la ministra dijo que cuando nuestra ley fundamental establece restricciones, se trata de “valladares establecidos por la propia Constitución”, y aseveró que “sí impera el principio de jerarquía constitucional”; además, en cuanto al principio *pro homine*, dice que si a través de él

dejamos de aplicar artículos constitucionales para aplicar un tratado internacional, estamos sustituyéndonos en la facultad del Constituyente Permanente, porque implícitamente al inaplicar la Constitución, la estamos derogando, es-

tamos diciendo este artículo no aplica y aplica éste, nos estamos sustituyendo al Constituyente Permanente, y a mí me parece que esto sí es una violación al principio de división de poderes.

3. *Discusión en torno a un proyecto de consenso*

El lunes 2 de septiembre de 2013 dio un giro la discusión en torno a la construcción de un proyecto de consenso, en el que se incluyó lo relativo a las restricciones a que se refiere la última parte del párrafo primero del artículo primero constitucional.

En primer lugar, el ministro presidente, Silva Meza, procedió a explicar el sentido de su voto, y manifestó que había coincidencia total con la propuesta original del proyecto del ministro Zaldívar Lelo de Larrea, que con la reforma constitucional de junio de 2011, “ahora hay más derechos sustantivos reconocidos en México”, y que el catálogo de derechos humanos se integra por disposición de la propia Constitución, por los derechos humanos reconocidos por ella y por los de fuente internacional, sin que se haga distinciones entre ambos. Entonces, “la Constitución se integra en esta materia por las normas establecidas en su propio texto y por aquéllas que puedan complementarla, integrarla, hacerla mejor, normas que se encuentran en el texto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos...”.

El ministro presidente hizo un pronunciamiento importante: “en materia de derechos humanos los tratados internacionales están gozando de supremacía constitucional, y están por así decirlo a disposición y al lado, a la par de la Constitución entendida en sentido amplio para mejorarla para perfeccionarla...”, por lo que no se trata de un problema de jerarquía, sino de armonización. No obstante, para avanzar en la solución manifestó que está de acuerdo con que hay restricciones expresas, pero no en que la solución se encuentre en la misma Constitución; sin embargo, al ponente es a quien le corresponde explicar las modificaciones que se incorporaron al proyecto.

Precisamente, el ministro Zaldívar Lelo de Larrea hizo uso de la voz y explicó cuál era su punto de vista personal en torno a las restricciones a que se refiere el artículo primero constitucional, en el sentido de que “cualquier limitación o modalidad a los derechos humanos, debe analizarse caso por caso y debe hacerse un análisis de ponderación, de razonabilidad, de proporcionalidad...”; en las acciones de inconstitucionalidad 74/2008 y 75/2008 sostuvo que

las restricciones de la Constitución a los derechos fundamentales, entonces denominados garantías individuales, debían ser interpretadas de manera estricta y restrictiva, que toda la Constitución debía interpretarse de una forma

garantista y proteccionista a la luz de los valores y principios constitucionales, pero también, a la luz de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales y las resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

No obstante, la propuesta que sometió a consideración fue en el sentido de que “si hay un límite constitucional tendrá que estarse a la restricción constitucional”. Lo anterior lo hizo con la finalidad de construir un consenso y coadyuvar en que tenga una opinión la Suprema Corte que refleje la opinión de la mayoría, ya que siete ministros se habían manifestado en ese sentido; en conclusión, en la propuesta de modificación del proyecto “*se conserva el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, pero se establece también que cuando hay una restricción expresa en la Constitución, se tendrá que estar a lo que marca la norma constitucional*” (énfasis añadido).

A partir de ese momento cambió el rumbo de la discusión, pues se formó una mayoría en torno a la propuesta modificada con las últimas inclusiones, y solamente el ministro Cossío Díaz se sostenía en su postura original, por dos razones: la primera, al considerar que había un “contradicción lógica en la tesis” que se les propuso al expresarse que no se relacionan en términos jerárquicos los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente convencional, pero al decirse que si hay restricción en la Constitución se deberá estar a lo que indica la norma constitucional; entonces, el criterio a partir del cual se da la prevalencia es el de jerarquía; la segunda, porque se está generando una regla general, “siempre que prevalezca, siempre que haya una restricción constitucional o un texto expreso de la Constitución se subordina el derecho convencional”; entonces, no se va a dar una solución caso por caso, sino que “se está universalizando una solución, y la solución es: siempre que se dé este choque o enfrentamiento, o conflicto, o como se le quiera llamar, prevalece la norma constitucional”.

Posteriormente, varios ministros se pronunciaron a favor de la propuesta modificada y se congratularon porque se incluyó lo relativo a las restricciones expresas contenidas en la Constitución, con lo que terminó la sesión.

En la última sesión del 3 de septiembre de 2013 se dio la votación en el tema que nos ocupa, pero antes siguieron las adhesiones con el proyecto modificado, aunque expresaron que se separarían de algunas argumentaciones; verbigracia, la ministra Luna Ramos; por su parte, la ministra Sánchez Cordero se sumó al proyecto, aunque también aclaró que no compartía del todo las consideraciones y que no creía que hubiera regresión o contravención con la reforma en materia de derechos humanos. También defendió este último punto el ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

Por su parte, el ministro presidente manifestó que votaría a favor del proyecto y que toda restricción o limitación a un derecho humano es excepcional, se acompaña de una garantía (que es fundamental), y la prevalencia de un derecho sobre otro es siempre y cuando se garantice una mayor protección.

El ministro ponente, Zaldívar Lelo de Larrea, en su última intervención, se refirió a dos argumentos del ministro Cossío Díaz. Respecto al primero, dijo que no era contradictoria la propuesta modificada, pues “se puede válidamente sostener el rango constitucional de los derechos y establecer que se estará a los límites constitucionales... La forma normal y habitual de funcionar del derecho constitucional es: La norma constitucional establece un derecho y la norma constitucional establece los límites y modalidades de ese derecho”. En cuanto al segundo argumento, consideró que no hay retroceso en la materia de derechos humanos, ya que los temas tratados en la contradicción de tesis no fueron abordados en el *caso Radilla*, no se trató el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional ni el tema de los límites. Además, en la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, dice el ministro, como “el criterio fue sostenido sólo por cinco de nosotros, obviamente yo voté a favor; entonces no hay decisión de la Corte, no hay decisión obligatoria ni hay una decisión mayoritaria en ese sentido del Pleno. Consecuentemente, no puede haber un retroceso de algo que este Pleno no había resuelto con una mayoría necesaria para que fuera obligatoria”.

Para finalizar, el ministro Cossío Díaz reiteró parte de los argumentos que vertió en la sesión anterior, e insistió en que sí hay un retroceso, aun cuando se vote el proyecto con una mayoría de diez, pues hay párrafos en el *caso Radilla* en los cuales “se está dando una articulación del principio pro persona... El caso de la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, tiene una votación de seis ministros que se expresó de esa manera” y ahora dos ministros pidieron que se retirara como precedente, y finaliza su exposición afirmando que no hay caos a nivel jurisdiccional nacional, sino que “son procesos normales de cualquier orden jurídico que se está transformando sustantivamente...”.

Después de esa intervención, el ministro presidente, Silva Meza, consideró que si no había otra se procedería a votar esa parte del proyecto, quedando en definitiva diez votos a favor de la propuesta modificada del proyecto con las salvedades, precisiones y reservas de voto expresadas por las y los ministros, y uno en contra con el anuncio de que se formularía un voto particular.

IV. AVANCES, RETO Y RETROCESO EN LOS CRITERIOS FIJADOS

Después de haber hecho una apretada síntesis de los antecedentes de la contradicción de tesis 293/2011, así como de las discusiones que se dieron en el tribunal pleno, en las que las y los ministros fijaron sus posturas hasta integrar una mayoría de diez votos en el punto que nos interesa, pasaremos a analizar algunos de los aspectos de lo acontecido y de las decisiones tomadas:

1. *Ceder para construir consensos*³

En cuanto al camino que se siguió en las discusiones de los meses antes citados, consideramos que hubo avance al trabajar por construir una solución consensada respecto a la contradicción de tesis que se estudia, pues una crítica que había recibido a últimas fechas la Suprema Corte de Justicia de la Nación era que no había mentalidad de ser un órgano colegiado, sino solamente individualidades que cuidaban sus posturas personales, lo cual no enviaba un buen mensaje a los operadores jurídicos y generaba incertidumbre.

No obstante que fue un logro en la manera que procedieron las y los ministros para llegar a la toma de decisiones que conjuntara las diferentes formas de pensar, es digno de meditar lo expresado por el ponente en la sesión del 2 de septiembre de 2013, en el sentido de que para llegar a consensos se debe ceder, “en lo que no nos parece esencial o insuperable”. Al respecto, coincidimos con dicho comentario, pues existen convicciones⁴ en las que no debe cederse, ya que en tales situaciones hay el convencimiento acerca de que una determinada decisión es la correcta y es posible justificarla argumentativamente ante los embates de quienes consideran que debe ser en otro sentido, pues de no ser así, sería cuestionable firmar una sentencia en la que se sostiene un criterio contrario a la convicción personal de las y los jueces constitucionales.

Lo anterior trae consigo un problema moral; es decir, que tiene que ver con el código de conducta que cada uno posea; por ejemplo, en el caso que nos ocupa, algunos ministros, de acuerdo con las intervenciones que tuvie-

³ “*Consenso...* Acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos”, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa, 2001, p. 426.

⁴ “*Convicción...* convencimiento. 2. Idea religiosa, ética o política a la que se está fuertemente adherido...”, *ibidem*, p. 438.

ron, se desprende que consideraron que al ser parte de un órgano colegiado era menester trabajar en construir consensos en los asuntos sometidos a su consideración; por tanto, deberían ceder en algunos aspectos y salvar la posición personal mediante la formulación de un voto concurrente y aclaratorio, mientras que uno estimó que como se trataba de aspectos que tenían que ver con sus convicciones, no era posible ceder.

Entonces, no es una decisión fácil participar en la construcción de un consenso en el que se tenga que ceder en algunos aspectos, pero tampoco sostenerse en una posición personal por defender sus convicciones sobre el tema que se aborde.

Lo cierto es que en la decisión que se tomó se pudieron percibir las dos posturas, por lo que habrá quienes cuestionen a las y los ministros que votaron a favor del proyecto modificado por haber cedido en algunos aspectos, en tanto que otros, al que votó en contra, pero a nuestro juicio *no se debe descalificar a las y los ministros*, pues insistimos en que la decisión de cada quien depende del código de conducta que posea, que les marca sus pautas de comportamiento.

Lo cierto es que, por una parte, fue altamente fructífero que pudiera conjuntarse una mayoría de diez votos en un asunto de trascendencia para el sistema jurídico mexicano, pero también que hubo disidencia, que se traducirá en un voto particular, con el que muchas personas coinciden por identificarse con los argumentos vertidos; además, es síntoma de que hubo deliberación en la que se respetaron las diferentes formas de pensar. Aunado a lo anterior, la experiencia nos dice que es importante la formulación de votos particulares, habida cuenta que con el paso del tiempo algunos de ellos se han llegado a convertir en criterio mayoritario, luego que hay integrantes nuevos en los órganos colegiados y las circunstancias cambian.

2. *Rechazo al bloque de constitucionalidad y el reto de construir categorías propias*

Como se explicó con antelación, desde las sesiones de marzo de 2012, la mayoría de los integrantes del tribunal pleno se pronunciaron en contra de tal denominación y de la teoría que la sustenta; sin embargo, consideramos necesario hacer comentarios en torno a tal tema y poner énfasis en el gran reto que tiene por delante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por construir una doctrina en su lugar.

En primer lugar, procederemos a aclarar que la expresión “bloque de constitucionalidad” es de origen francés, y se le atribuye a Louis Favoreu, quien la utilizó al comentar la decisión D-44, del 16 de julio de 1971, emi-

tida por el Consejo Constitucional francés.⁵ Este personaje, lo que hizo fue tomar como referencia la expresión “bloque de legalidad”, que con antelación había acuñado Maurice Hauriou, que servía como parámetro para realizar, precisamente, el control de la legalidad de los actos administrativos. Para él, el bloque de constitucionalidad consiste en “Los principios y reglas de valor constitucional para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”.⁶

Doctrinalmente se han elaborado diversas definiciones. Mencionaremos una para ejemplificar. Uprimny estima que bloque de constitucionalidad “hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional”.⁷

Cabe hacer la observación de que hay quien cuestiona que haya sido tal personaje el que acuñó la expresión, pues Manili afirma que Claude Emeri ya la había utilizado en una publicación que le hizo la *Revue de Droit Public* al referirse a una decisión del órgano de control de constitucionalidad citado;⁸ lo cierto es que la mayoría de los autores le dan el mérito a Favoreu.

En la decisión D-44, antes aludida, se pronunció el Consejo Constitucional francés, en la que determinó que la ley a que se refería el asunto debería ser contrastada no únicamente con el texto de la Constitución de 1958, sino también con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, a la que se refería el preámbulo: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”.⁹

No existe antecedente que nos lleve a creer que los constituyentes franceses concibieran que el preámbulo tuviera fuerza jurídica, pero al atribuir-

⁵ El título es “Le principe de constitutionnalité: essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, en *Melanges Eismann*, Cujas, 1975.

⁶ Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad (Simposium Franco-Español de Derecho Constitucional)*, Madrid, Civitas-Universidad de Sevilla, 1991, p. 19.

⁷ Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, p. 7.

⁸ Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 284.

⁹ Edgar Carpio Marcos aclara: “Por cierto no era la primera vez que el Consejo apelaba a la Declaración de 1789. Ya un año antes, mediante la Decisión D-39, de 19 de junio de 1970, el Consejo había declarado que tal Declaración formaba parte de las normas con *valeur constitutionnelle*”. Carpio Marcos, Edgar, “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de leyes”, conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, el 12 de junio de 2004, con ocasión de sus Bodas de Plata, en www.oodpc.org/pdf/doctrina4carpioMarcos.pdf (consultado por última vez el 22 de septiembre de 2013).

sela el Consejo Constitucional francés, tal como lo aseveró Favoreu, se produjo una verdadera “revolución constitucional”, pues, como dice Uprimny, “Esa opción hermenéutica fue de enorme trascendencia pues, a pesar de su brevedad, ese preámbulo hace remisiones normativas, que de ser tomadas en serio, aumentan considerablemente la extensión y la densidad normativa de la Constitución”.¹⁰

En tal virtud, con los reenvíos que hace el preámbulo de la Constitución de 1958 a la Declaración de 1789, así como al preámbulo de 1946, el que menciona a “los principios fundamentales reconocidos por la ley de la República”, así como “principios políticos, económicos y sociales”, se cumple con lo afirmado por el autor antes citado en el sentido de que la extensión y la densidad normativa de la Constitución aumenta notablemente, aunque aclara que dicha “mutación constitucional comienza con la decisión D-39 del 19 de junio de 1970, en donde el Consejo expresamente menciona el valor del preámbulo, y se consolida un año después con la decisión D-44 del 16 de julio de 1971...”,¹¹ a la que nos referimos con antelación.

Entonces, a partir de tales experiencias surge la doctrina referente al bloque de constitucionalidad; sin embargo, es oportuna la advertencia que hace Carpio Marcos:

...Ha de advertirse inmediatamente que, en diversos países de América Latina y algunos de Europa, con tal expresión se designan muchas cosas, no siempre con un sentido uniforme: composición legislativa del parámetro de la acción de inconstitucionalidad, rango constitucional de fuentes del derecho distintas de la Constitución formal, leyes ‘materialmente’ constitucionales, tratados sobre derechos humanos, leyes orgánicas e, incluso, jurisprudencia de los tribunales internacionales de protección de derechos humanos.¹²

Consideramos que en términos similares, el ministro Cossío Díaz concibe la complejidad de la expresión, por lo que afirmó que “confunde más de lo que aporta”.

Una de las ventajas del bloque de constitucionalidad es permitir que las Constituciones se adapten a las nuevas realidades y que nos aproximemos a ellas desde un punto de vista dinámico, pero también surge el fantasma de la arbitrariedad de los jueces constitucionales y, por tanto, de la inseguridad para tener en claro qué es lo que integra el bloque de constitucionalidad, por lo que traemos a colación la afirmación del ministro Aguilar Morales,

¹⁰ Uprimny, Rodrigo, *op. cit.*, p. 2.

¹¹ *Idem.*

¹² Carpio Marcos, Edgar, *op. cit.*, p. 2.

en el sentido de que no estaba de acuerdo con que quedara en manos del intérprete si una norma tiene un valor materialmente constitucional; sin embargo, para evitar esa incertidumbre se han puesto candados; verbigracia, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-578 de 1995, asentó el siguiente criterio: “siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”, lo que significa que para integrarse algo al bloque de constitucionalidad debe tener su fundamento en la propia Constitución.

En cuanto a que proviene de otro país y no es una doctrina propia, en efecto, su origen es francés; sin embargo, diversas doctrinas en el derecho constitucional y en otras materias han surgido fuera de México; pero lo importante es estudiar si nos son útiles, y en caso de que así sea, si es factible que se adapten a nuestras circunstancias con las modificaciones correspondientes, por lo que no coincidimos con la postura de descalificar a priori su utilización. La prueba es que varios Estados han adoptado esa doctrina y la han adaptado a su contexto. Tal es el caso de Colombia, que lleva un largo camino recorrido.

Ahora bien, con independencia de que coincidamos o no con la expresión y la doctrina del bloque de constitucionalidad, debemos partir de la realidad, en el sentido de que no hubo consenso para su adopción, y que se seguirá la propuesta de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación desarrolle sus propias categorías, lo cual resulta interesante, y es todo un *reto*, por el que se debe trabajar arduamente, pues en el caso resuelto no consideramos que así haya sucedido, habida cuenta que hay desacuerdos en varios aspectos; por ejemplo, con respecto a la expresión “control de regularidad constitucional”, el ministro Cossío Díaz dijo que la palabra “constitucional” solo denotaba una de las operaciones jurídicas, pero no la de control de convencionalidad. Habrá que esperar los votos concurrentes (el aclaratorio y el particular), así como las salvedades que se formulen para tener más en claro en qué renglones se debe fijar la atención.

3. *Los derechos humanos de fuente internacional tienen rango constitucional*

Un gran avance, sin duda, fue el que haya permanecido la propuesta original de que los derechos humanos de fuente internacional tienen rango constitucional, de tal manera que tanto estos derechos como los reconocidos por la Constitución general de la República integrarán el parámetro de va-

lidez del sistema jurídico mexicano, lo cual era prácticamente aceptado por una buena parte de la doctrina constitucional mexicana.

En efecto, consideramos que la intención de la reforma constitucional de junio de 2011 era establecer el rango constitucional para los derechos humanos de fuente internacional, y que junto con los reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos formen una masa de derechos que no es otra cosa que referirse al principio de indivisibilidad, y que juntos formen el parámetro que sirva de contraste de las normas del sistema jurídico mexicano.

En el análisis de las opiniones vertidas por diferentes integrantes del tribunal pleno se percibió que había distintas posturas: la primera que fue sostenida desde el proyecto original en el sentido de que el artículo primero constitucional vino a constitucionalizar los derechos de fuente internacional y, por tanto, tienen jerarquía constitucional y gozan del carácter de supremos, los cuales forman una red de derechos que se relacionan entre sí en términos de armonización y coordinación a través de la interpretación conforme y el principio *pro persona*, de tal manera que no hay derechos humanos de primera y de segunda; entonces se amplía el catálogo de derechos humanos al incorporarse al ordenamiento jurídico mexicano.

La segunda posición sí reconoce que los derechos humanos de fuente internacional, al incorporarse al sistema jurídico mexicano, adquieren un rango constitucional, pero que en el caso de las restricciones, deberá estarse a lo que marca la Constitución, pues fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución que así fuera, ya que de esa forma se consagra en su última parte del párrafo primero del artículo primero constitucional, al señalar: "...cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece", lo cual se debe leer concatenadamente con el artículo 133 constitucional, que no fue objeto de reforma.

La tercera posición, más radical en sus argumentos, considera que las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales no están al mismo nivel jerárquico de la Constitución, y que en todo caso se trata de reglas de interpretación.

Coincidimos con quienes interpretan que la reforma constitucional de junio de 2011 tenía la intención de elevar a rango constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, y que junto con los reconocidos por la Constitución forman una red de derechos que constituye el parámetro de validez de las normas del sistema jurídico mexicano, sin que por ello se transgreda el principio de supremacía constitucional, habida cuenta que así lo dispuso la propia Constitución; es decir, esta hace

un reenvío a las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales, por lo que fue voluntad del Poder Revisor que estas tuvieran rango constitucional, no obstante que hayan sido creadas con la sola intervención del Senado, pues si bien coincidimos en que sería positivo realizar una reforma para establecer que deben participar en su celebración las dos cámaras, sin embargo, mientras la Constitución no modifique el procedimiento establecido en su artículo 133, se debe considerar que es totalmente válido que los derechos humanos de fuente internacional tengan rango constitucional.

4. *Restricciones expresas en la Constitución (“se tendrá que estar a lo que marca la norma constitucional”)*

En cuanto al punto más controvertido, como lo es el referente al peso que se les debe dar a las restricciones expresas en la Constitución, se advierten dos posiciones claramente antagónicas. La primera considera que debe estarse a la Constitución por hacer “deferencia al Poder Constituyente”, ya que si así no se hiciera, se correría el riesgo de que los intérpretes de la Constitución se colocaran por encima de dicho Poder, y se estaría violando el principio de supremacía constitucional, no obstante que la carta magna expresamente prevé la posibilidad de hacer restricciones al ejercicio de los derechos humanos, pero no circunscribiéndose a los reconocidos en la Constitución, sino también a los de fuente internacional, momento en el que se hace presente la jerarquía de las normas.

La otra posición es la que sostiene que al incorporarse los derechos humanos de fuente internacional al ordenamiento jurídico mexicano adquieren rango constitucional y forman con los reconocidos por la Constitución una red o masa de derechos que no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, sino armónica y coordinadamente, aun cuando haya restricciones expresas en nuestra ley fundamental, por lo que habrá necesidad de realizar un análisis de ponderación caso por caso y tomando en cuenta el principio pro persona y la cláusula de interpretación conforme, aunado a que las restricciones fijadas constitucionalmente deberían ser interpretadas de manera estricta y restrictiva, mientras que la Constitución debería interpretarse de una forma garantista y proteccionista de los derechos humanos; consecuentemente, dichas restricciones no entran de manera automática, sino que se debe ponderar dando preferencia al principio pro persona.

Consideramos que el punto de divergencia entre las dos posturas, es que por una parte se asevera que entre los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los de fuente internacional no hay jerarquía, sino que están

en el mismo nivel constitucional y se deben interpretar armónica y coordinadamente, pero, por la otra, se afirma que en el caso de que haya restricciones expresas en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos deberá estarse a esta, lo que implica reconocer la jerarquía de unos sobre otros, lo cual, a nuestro criterio, es inadmisibles, de acuerdo con las características y principios que rigen los derechos humanos, como es el indivisibilidad (del que viene la idea de enredadera o masa de derechos).

Estimamos que las soluciones a cualquier tipo de problema en materia constitucional y, concretamente, en materia de derechos, deben partir, precisamente, de la *concepción* que se tenga de Constitución y de derechos humanos; es decir, del objeto de estudio, pues de acuerdo con su naturaleza será el método que utilicemos para resolver las dudas que surgen a partir de ellos; sin embargo, advertimos que en el tribunal pleno ha faltado hacerla explícita; por ejemplo, en el caso que se comenta solo una referencia hubo en torno al significado de derechos humanos, pero si se profundizara en su fundamentación, encontraríamos que por sus características, de ninguna manera hay jerarquía entre ellos, sino que están al mismo nivel, y que dependerá de cada caso que unos tengan prevalencia sobre otros, con base en el principio pro persona y la cláusula de interpretación conforme, que la misma Constitución consagra en el párrafo segundo del artículo primero.

Nuestra postura se sustenta en que debemos partir de las bases de la *teoría general de los derechos humanos*, pues se debe analizar no solamente el instrumento jurídico que les da reconocimiento, sino los propios derechos; es decir, tomar en cuenta los niveles axiológico y jurídico, para comprender su esencia y sus características.

En efecto, si tanto los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución como los de fuente internacional tienen ese estatus, entonces debemos considerar que hay características y principios que los identifican. En ambos casos tenemos que se rigen por los mismos principios derivados de las características que los definen: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En otras palabras, con independencia del instrumento jurídico en que sean reconocidos, se adscriben a todos los seres humanos, no obstante sus características físicas, su capacidad intelectual, el poder que posean y la clase social a que pertenezcan, por ello son *universales*.

La *interdependencia* de los derechos humanos significa que entre ellos existe una relación de dependencia; esto es, “el disfrute de un derecho en particular o de un grupo de derechos depende para su realización de otro derecho o de un grupo de derechos. Por ejemplo, el derecho a la salud tiene aparejadas claras relaciones con el derecho a la alimentación y a la vivienda

digna, así como al trabajo en condiciones adecuadas”.¹³ La *indivisibilidad* está íntimamente relacionada con el anterior principio, de tal manera que “todos los derechos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia, sino porque de una forma u otra ellos forman una sola construcción. Por tanto, si se realiza o se viola un derecho, impactará en los otros derechos... La idea central es que la concreción de los derechos sólo puede alcanzarse mediante la realización conjunta de todos ellos”.¹⁴ Finalmente, el principio de *progresividad* tiene que ver con dos ideas: gradualidad y progreso, “La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos debe siempre mejorar”.¹⁵

Aunado a lo anterior, compartimos la idea de que el fundamento de todos los derechos humanos es la dignidad humana, pero también consideramos que es necesario fundamentar cada uno de ellos a través de un diálogo en el que se expresen buenas razones que los sustenten, mas con “la pretensión de ser universalizados en un momento histórico concreto”;¹⁶ por eso consideramos que es importante también tomar en cuenta el aspecto contextual.

Para tener la cabal comprensión de las reformas constitucionales de junio de 2011 en materia de derechos humanos, debemos partir de la fundamentación y de los aspectos teóricos que los soportan, ya que parten del supuesto de que los derechos humanos son anteriores al Estado; de otra forma no se comprendería el término “reconocidos”. Por tanto, reiteramos, los derechos humanos son anteriores a la existencia del Estado; su fundamento último es la dignidad humana, y comparten características y principios; además, reconocemos que al realizar su aplicación se debe tomar en cuenta el contexto. Por tal motivo, es que apelamos que las discusiones en torno a los derechos humanos tomen en cuenta dichos elementos.

Más aún, de la lectura del párrafo primero del artículo primero constitucional encontramos que expresamente no hace la diferenciación en cuanto a jerarquía entre los derechos humanos reconocidos por nuestra Constitución y los de fuente internacional, pues estos últimos, por disposición

¹³ Serrano, Sandra y Vázquez, Luis Daniel, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 152 y 153.

¹⁴ *Ibidem*, p. 155.

¹⁵ *Ibidem*, p. 159.

¹⁶ *Ibidem*, p. 106.

del numeral antes citado forman parte del ordenamiento jurídico mexicano con rango constitucional; por ende, el catálogo de derechos humanos se enriquece, se expande, con los de fuente internacional, aunque ya con antelación, por disposición del artículo 133 constitucional, se hacía mención que los tratados internacionales formaban parte de la “ley suprema de la Unión”, entre los que estaban obviamente los que contuvieran derechos humanos; sin embargo, con la reforma constitucional se revolara tal situación y se sientan las bases de un nuevo paradigma bajo el cual se desenvuelvan las relaciones entre las autoridades y las personas, ya sea en lo individual y en lo colectivo, y entre estas entre sí, en donde los derechos humanos de fuente internacional tienen rango constitucional. De ahí que se insista en que el concepto de jerarquía lo debemos sustituir por el de armonización, y considerar que forman el *parámetro* respecto del cual se confrontan las normas a aplicar en los casos concretos, con el fin de dejar de aplicarlas o bien para expulsarlas de nuestro ordenamiento jurídico.

De ahí que si en determinado caso otorga mayor protección la norma de derechos humanos contenida en el tratado internacional, deberá aplicarse esta, sin que ello implique que se rompa con el principio de supremacía constitucional, pues ella misma es la que ordena tal mecanismo de solución, a partir de la base de que no hay jerarquía entre ellos, lo que se desprende de las características y principios que los rigen, sin importar cuál sea el instrumento jurídico que los consagre.

En tal virtud, estimamos que en el aspecto que se comenta, la decisión sí es un retroceso, pues se fija una regla pretorianamente, que impedirá hacer ponderación en cada caso con base en el principio pro persona, pues deberá estarse a lo establecido por la Constitución, lo que no favorece la discusión, o al menos no se dará con la intensidad esperada.

Coincidimos en que los asuntos se deben resolver como se hizo en la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, promovida por la Procuraduría General de la República en contra de los poderes Legislativo y Ejecutivo de Yucatán, en la que hubo una mayoría de nueve votos por la invalidez de los artículos 72, fracción V, y 73, fracción V, de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán, de los cuales seis votos fueron por aplicar el principio pro persona, pues se consideró que el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sí tratan sobre el trabajo a favor de la comunidad, pero que, como lo aseveró el ministro Cossío Díaz, “debe ser establecido única y exclusivamente como sanción de carácter jurisdiccional por el juez y no como una sanción de carácter administrativo”,

en tal virtud, se aplican los tratados internacionales, habida cuenta que se puede obtener una interpretación más favorable para las personas.

Por último, queremos hacer mención que al resolverse en el sentido de que debe estarse a la Constitución cuando haya restricciones expresas, como el caso del arraigo, ello no abonará a favor de los derechos humanos, pues será un fuerte incentivo para realizar reformas constitucionales en las que se privilegie la seguridad pública a costa de la dignidad de las personas; además de que favorecerá la ineficiencia e ineficacia de nuestras instituciones encargadas de velar por nuestra seguridad.