

*...cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos
y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

RESTRICCIÓN Y LIMITACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Octavio RODRÍGUEZ FERREIRA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Conflictivismo, límites y restricciones a derechos humanos.* III. *Restricción y suspensión de derechos en la Constitución mexicana.* IV. *Interpretación constitucional de las restricciones a derechos humanos.* V. *Supremacía constitucional y derechos humanos.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde su consolidación como nación independiente y hasta la fecha, México ha sido un participante ávido en la consolidación del orden internacionalista, al apoyar la creación de diversos organismos y firmar, proactivamente, copiosos instrumentos internacionales, entre ellos los documentos más importantes en materia de derechos humanos. Dentro de su orden jurídico, el país ha hecho suyo el lenguaje iushumanista, y en la actualidad ninguna decisión, ninguna política pública está exenta de ser analizada y discutida bajo este contexto. Así, México ha buscado posicionarse a la vanguardia institucional y jurídica, trazada por y para los derechos humanos.

La primera década del siglo XXI, en particular, trajo consigo una serie de reformas constitucionales, algunos criterios de interpretación de los tribunales federales y cambios profundos al sistema de justicia, que mostraban un avance del sistema jurídico mexicano en dirección hacia un nuevo paradigma dentro de un entorno pluralista o “supraestatalista”, como plan-

* Profesor, investigador y director ejecutivo del programa Justice in Mexico de la Universidad de San Diego.

tean Ferrajoli,¹ Habermas² o Zagrebelsky.³ En concreto, me refiero a cuatro hechos determinados: la reforma al sistema de justicia penal, los cambios generados en relación con el caso *Radilla*,⁴ las reformas a la Ley de Amparo, y la reforma al artículo 1o. constitucional, la cual me corresponde analizar en esta ocasión.

El 10 de junio de 2011 fue publicada una reforma, que modificó el artículo 1o. de la Constitución, en la cual se incluye, por primera vez, el término “derechos humanos”, modificando el capítulo primero de la carta magna de su denominación original “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”. La enmienda al artículo 1o. constitucional formó parte de este proceso reformatorio que representó un cambio estructural significativo en la historia del derecho mexicano.

El artículo 1o. de la Constitución, después de la reforma de 2011, establece que todos los individuos deben gozar de los derechos humanos que otorgan la Constitución y los tratados internacionales, además de imponer la condición de que los derechos humanos sean interpretados de acuerdo con la ley fundamental, así como con los ordenamientos supranacionales. Además de reconocer jerarquía constitucional a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales, obliga a la protección más amplia de las personas, es decir, eleva a rango constitucional el principio pro persona.⁵

La disposición que me corresponde analizar en este trabajo es también una de las más importantes, ya que refiere al goce y ejercicio de los derechos humanos, y es la incluida en la última parte del párrafo primero del referido artículo; es decir, la determinación de que el ejercicio de los derechos humanos y sus garantías no puedan restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la misma Constitución establece.

¹ Ferrajoli, Luigi. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2000, p. 397.

² Habermas, Jürgen, “Plea for a Constitutionalization of International Law”, *Philosophy and Social Criticism*, 40, núm. 1, 2014.

³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999.

⁴ Caso *Radilla Pacheco vs. México*, 2010, Corte IDH, serie C, 215.

⁵ La reforma además contiene estipulaciones importantes en materia de protección de derechos humanos, ya que otorga a la Comisión Nacional de Derechos Humanos el poder para investigar violaciones graves de derechos humanos y llevarlos a juicio ante la Suprema Corte, y le da la facultad de impugnar la constitucionalidad de leyes federales y locales en violación de derechos humanos, además de aumentar y fortalecer su autonomía; todo esto a fin de “ciudadanizar” la elección de los titulares no sólo de la Comisión, sino de todas de las comisiones de derechos humanos en el país. Además, obliga a todas las autoridades a prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos, y se crea un catálogo de derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso, incluidos los derechos a la vida, la integridad personal de los niños, y el principio de legalidad y de retroactividad.

Esta disposición, si bien no es nueva al texto constitucional, previo a la reforma el artículo 1o. ya contenía el precepto de que “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. No obstante, aunque la redacción del artículo es la misma en lo que respecta a la restricción y suspensión de derechos—y garantías—, su contenido sí se presume distinto en el nuevo contexto jurídico que trajo la reforma del artículo 1o.

Aún así, a pesar de los cambios jurídico-institucionales que he descrito anteriormente, y en mayor medida a pesar de la reforma de 2011, con disposiciones mayormente garantistas, interpretaciones judiciales recientes parecen, por el contrario, reivindicar una potestad más amplia para restringir y limitar derechos, lo que parecería no sólo colocarnos en afrenta a instrumentos internacionales obligatorios para México, sino que incluso podría ir en contra del contenido mismo de la Constitución.

En tanto que el artículo 1o. no ofrece mayor especificidad en cuanto al contexto general de restricción y limitación a derechos, sus alcances y límites tanto teóricos como en el contexto jurídico mexicano, me corresponde, entonces, desarrollar a continuación dicho análisis.

II. CONFLICTIVISMO, LÍMITES Y RESTRICCIONES A DERECHOS HUMANOS

La limitación a los derechos es un tema común en el derecho. Textos constitucionales en todo el mundo son explícitos en cuanto a la potestad del poder público de imponer límites y restricciones a derechos constitucionalmente establecidos.

Por ejemplo, Alemania reconoce que un derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley general, pero sin afectar su contenido esencial.⁶ España, a su vez, establece que podrá regularse el ejercicio de derechos y libertades, también sólo por ley y respetando su contenido esencial.⁷

A su vez, la Convención Americana en su artículo 29 no permite la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades ni su limitación en mayor medida que lo que la misma Convención prevé, ni tampoco limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido

⁶ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, *Boletín Oficial Federal*, 1949, p. 1.

⁷ Constitución española, 1978.

de acuerdo con las leyes de los Estados parte o de acuerdo con otro instrumento internacional.⁸

Mas allá del contenido normativo, la posibilidad de que los derechos, o su ejercicio, sean restringidos o limitados, está estrictamente relacionada con la interpretación del concepto de “derecho” en sí, y de su posibilidad de conflicto con otros derechos o bienes públicos.

Como veremos a continuación, en general, distintas posturas iusfilosóficas han abordado este tema desde la óptica de colisión de derechos con otros derechos.

1. *Conflictivismo y restricción de derechos humanos*

Las diferentes formas de concebir derechos trae como consecuencia diferentes nociones sobre los conflictos entre los derechos mismos, y entre derechos y otros bienes públicos. Así, concepciones distintas de “derecho” o de “derechos” llevan a conclusiones divergentes sobre la posibilidad de que éstos entren o no en conflicto.⁹

Una noción general y dominante entre diferentes posturas teóricas es que sí es posible y, de hecho, existe el “conflictivismo”,¹⁰ es decir, los conflictos entre derechos, y entre derechos y otros bienes, y por ello es fundamental saber los límites claros de su ejercicio, así como su posibilidad de ser restringidos. En este sentido, el tema central es analizar la posibilidad de limitación y restricción de derechos fundamentales y/o derechos humanos, y, por consiguiente, sus razones y justificaciones.

A. *Posibilidad de conflictivismo*

La postura más robusta entre distintas posiciones jurídico-filosóficas afirma la susceptibilidad de los derechos de entrar en conflicto entre ellos y con otros bienes públicos, y, por consiguiente, la posibilidad de ser limitados o restringidos. Esta postura es compartida por gran parte de los juristas con-

⁸ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Organización de los Estados Americanos (OEA), 1969.

⁹ Waldron, Jeremy, “Rights in Conflict,” *Ethics*, 99, núm. 3, 1989.

¹⁰ Siguiendo a Cianciardo, en lo sucesivo me referiré a la posibilidad de que los derechos fundamentales choquen entre sí, o choquen con bienes públicos, como “conflictivismo”. Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, p. 41.

temporáneos más influyentes, como Raz,¹¹ Dworkin,¹² Rawls,¹³ y muchos otros.

Uno de los juristas más prominentes de la segunda mitad del siglo XX, Alexy, de igual forma coincide con que ningún derecho fundamental está garantizado de manera ilimitada, y, más aún, que dicho derecho depende de una restricción propia de su calidad de derecho. Entonces, ya que pertenecen a un orden jurídico constitucional, es imposible que los derechos sean ilimitados. Lo anterior significa que los derechos fundamentales, en tanto constitucionales, son susceptibles de ser restringidos, pero sólo por normas del mismo rango, y en tanto que las normas sólo pueden restringir derechos fundamentales únicamente si son constitucionales, cualquier limitación proveniente de norma diversa se entendería como una intervención, por lo que sólo se considerarían restricciones válidas aquellas que fueran constitucionales.¹⁴

B. *Nociones contrarias al conflictivismo*

A menudo se presupone que el “conflictivismo” es común, y si no, de alguna forma, inevitable, y por ello la posibilidad de su ocurrencia no es generalmente cuestionada.¹⁵ Sin embargo, existen posturas que de entrada consideran la imposibilidad de conflictivismo de derechos entre sí o con otros bienes.

Preda sostiene que el hecho de que puedan existir conflictos entre derechos resulta muy problemático para una teoría de la justicia, debido a que si los derechos entraran en conflicto entre ellos, uno debería ser anulado por el otro, y esto debilitaría el papel que guardan todos los derechos dentro de esta teoría. Incluso, si fuera posible dicho conflicto, esto ocurriría de manera menos frecuente de lo que podría pensarse, debido a que muchos de estos aparentes conflictos no ocurrirían entre derechos “genuinos”.¹⁶

¹¹ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

¹² Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

¹³ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* [Theorie Der Grundrechte], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 272-301.

¹⁵ Preda, Adina, “Are There Any Conflicts of Rights?,” *Ethical Theory and Moral Practice*, 18, núm. 4, 2015.

¹⁶ *Ibidem*, p. 678.

Por su parte, Nozick considera que el conflictivismo no existe, o que sería casi imposible, dado que los derechos son en sí restricciones colaterales, límites a las acciones de otros, y, por lo tanto, son esencialmente negativos, en tanto que requieren primordialmente de una abstención u omisión. El carácter negativo de los derechos requeriría de la abstención de realizar determinado tipo de acciones pero nunca algo más, y entonces cada derecho se presenta como un límite a la propia conducta, y por ello no sería necesario limitar de manera adicional la conducta de otros para que los derechos fueran respetados. Por eso, no cabría la cuestión de si se deben restringir algunos derechos para, por ejemplo, evitar que otros derechos se menoscaben.¹⁷

Autores como Cianciardo y Toller consideran que no existen los conflictos entre derechos como tal, sino que existen conflictos entre normas, pues los derechos se interrelacionan de manera armónica.

Toller considera que el punto de vista conflictivista es equivocado. Para el autor argentino, los derechos pueden ser expresados de manera lógica usando proposiciones categóricas de carácter universal, y por ello la posibilidad de conflictivismo llevaría a invalidar el principio de “no contradicción”, es decir, que no se puede ser y no ser en el mismo momento.¹⁸

Por su parte, Cianciardo considera que es necesario diferenciar entre normas iusfundamentales, cuyo contenido es limitado y regulable, y derechos fundamentales, que son limitados, pero ilimitables. Así, los derechos fundamentales no son limitables, pues protegen sólo aquello que están destinados a proteger, y no otra cosa, y si bien tienen un contenido limitado, es decir, lo que protegen en específico, su contenido, como tal, es ilimitable. Por lo tanto, es posible que existan conflictos entre normas iusfundamentales, mas nunca conflictos de derechos fundamentales.¹⁹

Lo anterior me lleva a una nueva cuestión: determinar si un derecho es susceptible de entrar en conflicto con otro derecho o bien público, entonces depende en gran parte de si los derechos fundamentales y/o derechos humanos son absolutos o no.

De acuerdo con Cianciardo, como vimos anteriormente, las normas que contienen un derecho fundamental son limitadas en cuanto a su contenido, también son regulables y limitables en cuanto a su alcance; es decir,

¹⁷ Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974, p. 238.

¹⁸ Toller, Fernando, “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derecho”, en Cianciardo, Juan, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2006, 138-181, p. 155.

¹⁹ Cianciardo, Juan, *op. cit.*, p. 254.

no son absolutas. Sin embargo, en los derechos fundamentales en sí, aunque limitados en tanto que sólo protegen algo específico, su contenido es ilimitable: el contenido de lo que protegen no puede ser limitado. Entonces, podrían entenderse como absolutos.

Por su parte, Gewirth concibe ciertos derechos “absolutos” cuando sirven al principio válido de moralidad en su igual aplicación a las personas, pero esto en función a un principio de universalismo concreto, por lo que algunos derechos serían, en efecto, universales, pero debido a que deben tener especificaciones pueden incluso ser anulados.²⁰ De tal manera, y en cierto paralelismo con Alexy, cuando un derecho humano es anulado, debe ser por otro de la misma naturaleza, en atención a la necesidad del objeto,²¹ incluso en casos de bienestar público, pues aquí se entiende que este bienestar se compone de los derechos de otros individuos.²²

2. Solución de conflictos entre derechos

Más allá del debate teórico, en la práctica es reconocida la posibilidad de “conflictivismo”, y entonces estos conflictos normativos deben ser solucionados por el juzgador a través de herramientas hermenéuticas que permitan determinar el alcance de la limitación a un derecho o bien decidir cuál de dos derechos, o derechos y bienes públicos deben prevalecer en una situación de conflicto.

Estas herramientas hermenéuticas, como son la ponderación, la proporcionalidad, y otras, en su mayoría parecerían reducir la solución del conflicto a un balanceo entre ventajas y desventajas, o bien a un análisis de costos

²⁰ Gewirth, Alan, *Human Rights: Essays on Justifications and Applications*, Chicago, The University of Chicago Press, 1982, p. 6.

²¹ Recordemos que Alexy sugiere que la limitación a derechos fundamentales se puede dar sólo por normas del mismo rango o jerarquía, mientras que Gewirth apela a la naturaleza y objeto de la norma restrictiva: “Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción [...] [L]as normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son *constitucionales* [sic]”. Alexy, Robert, *cit.*, p. 272. Por su parte, Gewirth expone que “el carácter central y fundamental de los derechos humanos no significa que todos esos derechos sean absolutos. Pero cuando un derecho humano es anulado, debe ser por otro derecho humano, especialmente cuando el Objeto de este último es más necesario para la acción que el anterior. Incluso cuando un derecho es anulado por consideraciones de bienestar general, el último criterio que debe prevalecer genuinamente, debe estar compuesto por los derechos de individuos” (traducción personal), Gewirth, Alan, *op. cit.*, p. 6.

²² Gewirth, Alan, *op. cit.*, p. 6.

y beneficios. A continuación, analizaré algunas de estas herramientas, así como otras posturas que apelan a un criterio más amplio al momento de la solución de un conflicto.

A. Ponderación y proporcionalidad

Cuando los derechos fundamentales, “no de un modo estructural, sino cuando en su aplicación entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, o cuando son objeto de limitación por el legislador”, se debe aceptar, según Prieto Sanchís, que “entre el derecho y su límite constitucional se entabla un verdadero conflicto”, en tanto que “una misma conducta o situación fáctica presenta propiedades adscribibles a ambos principios, al derecho y a su límite”. El modo de resolver estos conflictos, según el autor español, es la ponderación, “aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad”.²³

Para Prieto Sanchís, la mejor forma de entender la ponderación en su sentido jurídico es “la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”.²⁴

La ponderación, para Alexy, es una operación fundamental de aplicación jurídica cuyo núcleo consiste en una relación que se denomina *ley de la ponderación*, entendida como cuanto mayor sea “el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. Así, la ponderación se divide en tres pasos: a) “definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios”; b) definir “la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario”, y c) definir “si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”.²⁵

Esta postura, no obstante, ha sido ampliamente criticada. Quizá uno de los críticos más importantes de esta técnica hermenéutica, fuertemente defendida por Alexy, es Habermas. Para Habermas, la ponderación orilla a una especie de negociación irracional y arbitraria de valores, pues al momento de una colisión, los derechos son transformados en bienes y valores,

²³ Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Carbonell, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 85-125, p. 99.

²⁴ *Ibidem*, p. 100.

²⁵ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 13-42, p. 99.

con el mismo nivel de prioridad que el argumento contrario, incluso aquellos funcionalistas y de carácter político, y, de tal forma, la protección que el discurso jurídico ha erigido tras el entendimiento deontológico de las normas y principios se viene abajo.²⁶

Alexy defiende la ponderación ante las acusaciones de irracionalidad expresadas por Habermas y otros pensadores, afirmando que la ponderación establece un resultado de forma racional para todos los casos, o, incluso, de no ser así, con la ponderación puede, al menos, obtenerse un resultado de manera racional en algunos casos.²⁷

La ponderación, tal y como la plantea Alexy, al tratar de buscar una técnica para solucionar el conflicto entre derechos, pareciera convertir a los derechos en constantes aplicables a una operación cuasi matemática, despojándoles de todas sus diferentes capas y de su posible mutabilidad contextual. Habermas afirma que cuando el carácter deontológico de los derechos es tomado en serio, éstos se alejan del análisis de costo/beneficio, y así, en caso de colisión, no se debe decidir respecto a la optimización de valores en competencia, sino, simplemente, examinar *prima facie* las normas aplicables para determinar, entonces, cuál es la mejor aplicable al caso. En este sentido, es necesario establecer la conexión plausible entre la norma pertinente y la norma que no prevalece, sin la disminución de su validez general, de forma que la coherencia general del sistema normativo permanezca sin afectación.²⁸

Ahora bien, por lo regular, paralelamente a la ponderación, se habla del principio de proporcionalidad. Este principio plantea que la intervención pública sobre un derecho debe ser “susceptible” de alcanzar su finalidad, debe ser “necesaria” o imprescindible, que no exista otra medida menos restrictiva (o “ley del mínimo intervencionismo”), y “proporcional” o “ponderada”, en favor de aquella que representa mayores beneficios que perjuicios para el interés general, “en particular sobre los derechos y libertades”.²⁹

Para Alexy, la ponderación, en efecto, parte del principio más amplio de proporcionalidad, que constituye una alternativa al problema de los conflictos entre derechos, y entre derechos y bienes públicos, y representa “una técnica idónea para dar con el derecho fundamental o con el bien público

²⁶ Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Cambridge, The MIT Press, 1996, pp. 258 y 259.

²⁷ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, pp. 49 y 50.

²⁸ Habermas, *Between Facts and Norms...*, *cit.*, p. 260.

²⁹ Barnés, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, p. 500.

postergable en el caso, con referencia a una idea de justicia, aunque manteniendo estrictamente una aproximación avalorativa del derecho”.

Cuando se parte de la premisa de que “no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado”, entonces el principio de proporcionalidad se convierte en un tema relevante, en tanto que entonces se debe determinar la “manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos”.³⁰ Así, quienes comparten esta postura y favorecen el principio de proporcionalidad lo consideran una como una “técnica de interpretación” que tiene como propósito tutelar de mayor manera los derechos fundamentales, “expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible”. De tal forma, entre sus partidarios el principio de proporcionalidad es “el más conocido y el más recurrente «límite de los límites»”, que “supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los... derechos”.³¹

Para Alexy, el principio de proporcionalidad, en sentido amplio, debe ser idóneo, necesario y proporcional, en sentido estricto.³² Así, la idoneidad se entiende de manera negativa como el detectar los medios adecuados, mientras que la necesidad implica escoger de entre dos medios igualmente idóneos el más benigno con el derecho afectado.³³ La proporcionalidad en sentido estricto se entiende, a su vez, como la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, mientras que la idoneidad y necesidad, a las posibilidades fácticas.³⁴

Sin embargo, si este principio de proporcionalidad es reducido a mera ponderación, es decir, si el análisis entre un derecho y su limitación fuera sólo un equilibrio entre el “peso” del derecho y el de los motivos que han llevado al legislador a restringir ese derecho, entonces, en última instancia, el derecho humano podría perder su característica de barrera infranqueable para el Estado. En este sentido, Habermas, en una abierta crítica a Alexy, alerta respecto a la ponderación irracional y arbitraria de valores como una afrenta directa al discurso deontológico del derecho.³⁵

³⁰ Carbonell, Miguel, “Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 10-13, p. 10.

³¹ *Idem*.

³² Alexy, “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, *cit.*, p. 15.

³³ Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales...*, *cit.*, 41.

³⁴ *Ibidem*, p. 39. Alexy, “La fórmula del peso”..., *cit.*, p. 15.

³⁵ Habermas, *Between Facts and Norms...*, *cit.*, pp. 258-260.

De hecho, la invocación de una *raison d'état* más o menos convincente podría justificar el sacrificio de algunos derechos humanos. Las consecuencias de este punto de vista no podrían ser más “nefastas” para la teoría general de los derechos humanos, ya que, en el mejor de los casos, los derechos dependerán del consenso, pero en todos los casos no podrán ser “victorias frente a las mayorías”.³⁶

Así, sería suficiente encontrar un fin que sea lo suficientemente importante y un medio que pueda ser justificado por ese fin para transformar el principio de proporcionalidad en un mero criterio formal, es decir, sin la capacidad de garantizar la supremacía de los derechos humanos.

B. *Fuerza de los derechos*

Al contrario de lo que es comúnmente afirmado, la resolución de conflictos entre derechos no es únicamente una función de ponderación de intereses.³⁷

Según Kamm, a veces se dice que hay conflicto entre derechos; sin embargo, esto puede ser un pseudoconflicto, ya que en ocasiones alguno de los derechos en conflicto puede estar de alguna manera debilitado. Existen derechos positivos que protegen intereses menores que pueden combinarse con derechos más importantes, pero también existen derechos positivos que protegen intereses menores que pueden entrar en conflicto con derechos positivos que protegen intereses más importantes; entonces surge el problema de dar preferencia a uno u otro.³⁸

En este sentido, para resolver un conflicto —o pseudoconflicto— de esta naturaleza habrá que atender a la diferencia entre el “interés” de proteger algo —la vida, la integridad personal—, y el derecho a esto. Aunque un interés pueda ser más fuerte que otro interés, dado el contexto y las circunstancias, el menoscabo a estos intereses nos ayuda a determinar la “fuerza”, e incluso la “existencia” del respectivo derecho. Consecuentemente, lo importante es poder determinar o medir la “fuerza de los derechos”, más allá de ponderar el “peso de los intereses”.³⁹

³⁶ Cianciardo..., *cit.*, p. 286. Cianciardo, Juan, “The Principle of Proportionality: the Challenges of Human Rights”, *Journal of Civil Law Studies*, 3, núm. 1, 2010, p. 182.

³⁷ Kamm, F. M., “Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism”, *Legal Theory*, 7, núm. 3, 2001, p. 239.

³⁸ *Ibidem*, *passim*.

³⁹ *Idem*.

C. *Contenido esencial*

Cianciardo considera que la aplicación del principio de proporcionalidad no impide, siempre y en cada caso, que se violen derechos fundamentales, y, por consiguiente, debe salvársele de una pérdida de sentido.⁴⁰

Para ello, propone añadir al principio de proporcionalidad una máxima de razonabilidad. De acuerdo con el autor argentino, el principio, como tal, es insuficiente, y debe ampliarse hasta encontrar el contenido esencial del derecho como control de constitucionalidad de las medidas proporcionadas, que ya han superado el test de la razonabilidad que exige la proporcionalidad, por lo que una medida restrictiva o de limitación sería inconstitucional cuando afecte el contenido esencial del derecho fundamental.⁴¹

En este sentido, el contenido esencial se muestra como uno de los principales criterios para determinar límites en la limitación de derechos fundamentales. Cianciardo propone dejar claro que el contenido esencial es el fondo del derecho fundamental, y no de la norma iusfundamental, como propone Alexy,⁴² en tanto que el “sujeto, el destinatario y el objeto del derecho fundamental *prima facie* no pueden ser alterados... inconstitucionalmente por la ley limitadora de la norma iusfundamental”, y por ello la pauta “para distinguir las modificaciones constitucionales de las inconstitucionales es el fundamento del derecho”. De tal forma, habrá una modificación legal, pero inconstitucional cuando la ley en cuestión impida el cumplimiento del fin del derecho fundamental.⁴³

En general, se tiende a percibir a las técnicas interpretativas como meras herramientas hermenéuticas, y se olvida que estos mecanismos más bien constituyen imperativos que, alejados de las fórmulas, traten de escudriñar el objeto y contenido de los derechos, en sus distintas dimensiones y capas, que no necesariamente se circunscriben a lo jurídico.

D. *Principio pro persona*⁴⁴

De entre las técnicas hermenéuticas usadas en la solución de conflictos entre derechos, quizá la más importante es aquella nacida en el seno del

⁴⁰ Cianciardo, Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 41, núm. 1999, p. 50.

⁴¹ Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular...*, cit., pp. 285 y 286.

⁴² Alexy, *Teoría de...*, cit., pp. 286-288.

⁴³ Cianciardo, *El ejercicio regular...*, cit., p. 276.

⁴⁴ Aunque el principio pro persona es una institución ampliamente aceptada en la actualidad, aún no es muy claro de dónde surge originalmente. Las primeras referencias que encon-

sistema interamericano de derechos humanos—y de rango constitucional a través del artículo 10.—, conocida como principio pro persona, que, en términos generales, se entiende como la aplicación de la norma más beneficiosa a la persona, o bien la preferencia de la norma menos restrictiva.

En términos teóricos, el principio pro persona consiste en un criterio hermenéutico mediante el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.⁴⁵

El principio pro persona consiste en una expresión del principio de proporcionalidad aplicado a los derechos humanos, en tanto que, en casos de conflictos normativos, esta práctica interpretativa busca la aplicación de una norma que sea: a) adecuada al fin; b) menos restrictiva entre todas las opciones adecuadas que podrían ser aplicadas, y, finalmente, c) que sea proporcional *stricto sensu*, es decir, debe mantener el equilibrio entre los costos y sus beneficios.⁴⁶

O sea, se trata de que la norma de derechos humanos que mejor proteja a la persona prevalezca sobre otra de inferior, igual, o incluso de superior rango, mientras su aplicación obedezca a una mayor protección de la persona. Ello significa que la tradicional regla de la jerarquía cede frente a la conveniencia de otra norma sin importar su jerarquía, en caso que ofrezca

tramos se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera mención de la cual existe evidencia se encuentra en una opinión separada de Rodolfo Piza Escalante a propósito de la opinión consultiva “La colegiación obligatoria de periodistas” en donde el juez afirmó que si la Convención prohíbe restricciones indirectas a un derecho, no es posible entender que permita las directas. Así, con las restricciones directas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas las indirectas “en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio pro homine), y del criterio universal de hermenéutica de que «donde hay la misma razón hay la misma disposición»”. “La colegiación obligatoria de periodistas”, artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1985, Corte IDH, serie A, 5. Sin embargo, la conformación formal del principio ocurriría el año siguiente donde el mismo Piza en la opinión consultiva “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” considerara que el criterio fundamental que impone la naturaleza de los *Dh* “obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 1986, Corte IDH, serie A, 7.

⁴⁵ Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

⁴⁶ Cianciardo, “The Principle of Proportionality”..., *cit.*, p. 181.

una mayor protección.⁴⁷ Así, no se plantea un problema de “ilegalidad” al aplicar una norma inferior, dado que es la misma norma de rango superior la que expresamente permite la aplicación de otra norma más protectora, tratándose de dos normas de fuente internacional o, incluso, de una norma internacional y una nacional. El principio pro persona no trae consigo declaraciones de inconstitucionalidad, es decir, es un principio interpretativo que debe ser utilizado por tribunales locales, y que permite aplicar una solución normativa más favorable a un caso sin impugnar otras normas de posible aplicación, aun cuando éstas sean de mayor jerarquía normativa.⁴⁸

Por consiguiente, el principio establece tres reglas interpretativas: a) que las normas de derechos humanos sean ampliamente interpretadas cuando se trate de aplicar dichos derechos, e interpretadas restrictivamente cuando se trate de limitarlos; b) que en caso de duda o conflicto entre diferentes normas, se debe adoptar la más protectora, y c) que los conflictos entre ordenamientos jurídicos no se guíen por reglas de jerarquía o de especialidad, sino por la mayor protección de la persona en una situación específica.⁴⁹

Si bien la esencia del principio es ser una regla general, subyacente a todo el derecho de los derechos humanos, no se concibe como principio absoluto, sino relativo, que no admite una aplicación estandarizada en sentido lineal.⁵⁰

E. *Exterioridad de los derechos: los derechos salvajes*⁵¹

Aquellas teorías que consideran plausible la colisión entre derechos fundamentales, así como su posible limitación, y que en consecuencia plantean mecanismos para solucionar dichos conflictos, parten de la identificación

⁴⁷ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, *Revista IIDH*, 39, 2004, p. 93.

⁴⁸ Bigliani, Paola y Bovino, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, *passim*.

⁴⁹ De Oliveira Mazzuoli, Valerio y Ribeiro, Dilton, “The Japanese Legal System and the Pro Homine Principle in Human Rights Treaties”, *Journal of Civil & Legal Sciences*, 3, núm. 3, 2014.

⁵⁰ Drnas de Clément, Zlata, “La complejidad del principio pro homine”, *Jurisprudencia Argentina*, 12, núm. 1, 25 de marzo 2015, p. 104.

⁵¹ Un análisis más profundo del concepto de derechos salvajes puede encontrarse en mi tesis doctoral. Rodríguez Ferreira, Octavio, *Primacía y exterioridad: análisis crítico de los derechos humanos aplicado a los conflictos normativos y al arraigo en México* (doctorado en derecho), Ciudad de México, Universidad Panamericana, 2019, disponible en: <http://biblio.upmx.mx/tesis/199546.pdf>.

entre “derecho” y “norma”.⁵² Aún más, estos mecanismos—sobre todo el principio pro persona—, si bien son fundamentales para destruir las formas jurídicas nocivas y anquilosadas del derecho al permitir inducir interpretaciones que den nueva forma a viejos derechos,⁵³ corren el riesgo de volverse un mero formalismo estricto de aplicación de fórmulas preestablecidas, supeditado a meros tecnicismos jurídicos.

Por ello, es fundamental un redimensionamiento de los derechos humanos que nos requiere pensar en los distintos momentos de cada “derecho”, y, por lo tanto, entender que la “norma” positiva no comprende en su totalidad al derecho; antes bien, el derecho fundamental cuenta con un núcleo, en el que se encuentra su “formulación jurídica” más completa, y fuera de este núcleo, en su corteza, se encuentran las normas positivas que enuncian dicho derecho. No obstante, el derecho fundamental parte de una dimensión más radical, que permanece, incluso, fuera de aquel núcleo jurídico.

En ese sentido, la norma que enuncia el “derecho”, en tanto elemento eminentemente normativo y positivo, de manera natural puede entrar en conflicto e, incluso, ser restringida o limitada por otras normas, aunque el núcleo del derecho permanezca sin afectación. No obstante, más allá de una situación natural de colisión de normas de derecho, y ante la posibilidad de una afectación normativa al núcleo mismo del derecho, es necesario ir más allá, y buscar en esa dimensión más radical del derecho —que no entra en conflicto con ningún otro derecho y que por su naturaleza no es susceptible de limitación— cuál norma prevalece antes que la otra, más allá del otorgamiento de pesos y valores formales.

a. Derechos exteriores

Kennedy plantea que la Constitución y las leyes “positivizan” algunos derechos altamente abstractos, o derechos exteriores, que una vez incluidos dentro del orden jurídico se convierten en derechos interiores. Los derechos exteriores, como son concebidos por Kennedy, equivalen a lo que los distintos proyectos jurídicos conocen como “derechos naturales”, que el Estado es responsable de incorporar al ordenamiento jurídico y transformar en derecho positivo. Estos derechos exteriores, una vez positivizados, adquieren una doble existencia, en tanto que siguen siendo naturales e independientes de cualquier régimen jurídico, a la vez que son positivos, al

⁵² Cianciardo, *El ejercicio regular de los derechos...*, *cit.*, pp. 250 y 251.

⁵³ Wall, Illan Rua, “On Radical Politics for Human Rights”, en Douzinas, Costas y Gearty, Conor, *The Meanings of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 106.

ser, también, parte de un régimen jurídico específico. Para que ello ocurra, el Estado está encargado de hacer una traducción judicial, legislativa y/o administrativa de aquellos derechos exteriores, para entonces transformarlos en normas jurídicas concretas, por medio del análisis de sus implicaciones prácticas.⁵⁴

Entonces, una norma concreta es expresión formal de la razón de ser o del motivo de la misma, es decir, su fundamento. Así, el motivo o el fundamento es algo exterior y preexistente a la norma, antecede al razonamiento jurídico concreto de la norma.

Así, partiendo de la noción de ambigüedad de los derechos de Kennedy,⁵⁵ planteo, inicialmente, la distinción de los dos momentos o estadios de los derechos humanos, que si bien comparten la misma raíz, tienen características muy diferentes. Primero, los derechos exteriores como fundamentos de derechos, altamente abstractos, y, posteriormente, la traducción de los derechos exteriores en clave jurídica y su transformación en normas positivas concretas, que genera el segundo estadio de los derechos humanos, o los derechos interiores.

b. Derecho natural radical

Douzinas propone una interpretación de un derecho natural radical, en donde los derechos humanos operan en la brecha entre la naturaleza ideal y el derecho o entre lo existente y su trascendencia.⁵⁶ Esta visión alternativa se contrapone al discurso actual de los derechos humanos que ha sido arrogado por el discurso político. Por lo tanto, el autor griego afirma que se requieren distintos acercamientos teóricos y multidisciplinarios para lograr que el fin de los derechos humanos sea la resistencia a la dominación y la opresión, pues van perdiendo ese fin cuando se convierten en “ideología política” o en la “idolatría del capitalismo neoliberal”, mutando de una relativa defensa contra el poder, a una modalidad de su operación.⁵⁷

Partiendo de la idea de que los derechos naturales y su fundamento en el iusnaturalismo clásico son radicalmente antihistoricistas, y con una objetividad distinta a la que plantea el modernismo, entonces el derecho no

⁵⁴ Kennedy, Duncan, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, en Halley, Janet y Brown, Wendy, *Left Legalism/Left Critique*, Durham, Duke University Press 2002, p. 186.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 186.

⁵⁶ Douzinas, Costas, *Human Rights and Empire*, Nueva York, Routledge-Cavendish, 2007, p. 13.

⁵⁷ Douzinas, Costas, *The End of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2000, *passim*.

resulta algo estático ni “cierto”, ni refleja una naturaleza inerte. Por el contrario, mantiene de alguna forma su fuerza de resistencia en los derechos humanos. Partiendo de lo anterior, sigo la propuesta de Douzinas de buscar una vinculación de los derechos humanos con su tradición clásica —aunque no un retorno a su concepción clásica—, para dotarles de una perspectiva crítica y redentora combinada con una idea de utopía social, logrando así una idea radical de los derechos humanos.⁵⁸

c. Derechos salvajes⁵⁹

Elaborando en la exterioridad de los derechos de Kennedy, en la radicalidad del derecho natural que plantea Douzinas acuño el concepto de los derechos salvajes, como fundamentos abstractos de derechos, que provienen de realidades concretas y de acontecimientos aleatorios, los cuales tienen un forma protojurídica, y existen en una exterioridad salvaje, es decir, que son o devienen en una especie de estado salvaje, y en esa naturaleza salvaje llevan su potencialidad radical, ya que expresan las posibilidades últimas de su propia existencia.

Por su parte, los derechos que se han interiorizado, como imágenes del derecho salvaje, han sido codificados en el discurso racional del derecho y han adquirido una nueva forma. Estos derechos tienen un núcleo, en el que existe el principio que les da fundamento, y se encuentran, a su vez, cubiertos por una capa o *cortex*, que está constituida por las normas jurídicas positivas que, como tales, enuncian esos principios nucleares. Por lo tanto, en su estado interior —o positivo—, los derechos a su vez se componen de un núcleo y de un *cortex*.

De tal forma, partiendo del caso concreto, tratándose de un conflicto entre derechos, o entre derechos y otros bienes jurídicos, un juzgador po-

⁵⁸ *Idem*, Douzinas, *Human Rights and Empire*, *cit. passim*.

⁵⁹ Para acuñar el término “derechos salvajes” he partido del concepto de “exterioridad salvaje” de Foucault al plantear que la importancia de la veracidad de un discurso no recae en que éste sea verdadero en sí, sino en que se encuentre “en la verdad”: “Siempre puede decirse la verdad en el espacio de una exterioridad salvaje; pero no se está en la verdad más que obedeciendo a las reglas de una «policía» discursiva que se debe reactivar en cada uno de sus discursos”. Foucault, Michel, *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets Editores, 2008, p. 38. En este sentido, el concepto de Foucault representaría exactamente la idea de la exterioridad salvaje del derecho, en la cual existe un derecho—en el sentido de que puede decirse una verdad—, pero sólo se estaría dentro del derecho —o del derecho— hasta obedecer las reglas de esta «policía» jurídica, que no sería otra cosa que la serie de reglas y procedimientos que transforman el derecho salvaje en un derecho interior, que se vuelve la verdad para el sistema.

dría, a través de un proceso más fenomenológico que técnico-jurídico, buscar y desvelar la exterioridad del o los derechos en cuestión, buscando así la imagen de un derecho salvaje, en atención a la necesidad generada por una transgresión, la aspiración de solución de la misma, la existencia y capacidad de solución empírica; todo, sobre la base de un *ethos* crítico.

Sin embargo, la exterioridad de los derechos, o el derecho salvaje en sí, es una naturaleza inacabada y utópica; no existe jurídica e institucionalmente, pero está ahí, siempre como posibilidad empírica, abriendo la puerta a la lucha y a la resistencia; y su transmutación en derechos positivos nos deja con una imagen de un derecho siempre incompleto, influenciado y propenso a la arrogación y al manejo por intereses ajenos al derecho. Toda vez que la realización absoluta del derecho salvaje no es alcanzable, su búsqueda se debe convertir en una tarea constante, un ideal motivacional que nos permita cuestionar, constantemente, nuestro entendimiento de la realidad, siempre distorsionada e influenciada por intereses externos.

III. RESTRICCIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Retomando el tema de la restricción y limitación a derechos contenida en el artículo 1o. constitucional, primero debemos determinar el contenido y alcance de esta disposición en la misma Constitución, lo que no puede entenderse, de entrada, sin referir a su vez al artículo 29 de la misma Constitución.

El artículo 29 constitucional determina que cualquier “restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

1. *Umbral de restricción y limitación de derechos humanos*

El artículo 29 de la Constitución reconoce las facultades de restricción a los derechos humanos, bajo el requisito de “casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”. El artículo especifica que se podrá “restringir o suspender... el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación... por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que... se contraiga a deter-

minada persona”. El artículo establece aquellos derechos que nunca podrán restringirse,⁶⁰ y los requisitos para su procedencia, es decir, estar fundada y motivada, ser proporcional al peligro, y obedecer los “principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

Para ampliar el contexto de las limitaciones de determinados derechos podemos remitirnos también al artículo 27 del Pacto de San José, que reconoce la suspensión de garantías, siempre y cuando no se afecte el ejercicio de otros derechos, y que nunca se suspendan derechos como el de personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.⁶¹

Entonces, para determinar el umbral de las limitaciones y restricciones a derechos humanos, debemos entender que existen limitaciones legítimas a su ejercicio —aunque no al goce—, que pueden existir en situaciones de “normalidad institucional” por razones de orden público, y en situaciones de “anormalidad institucional”, esto es, “estados de excepción”, en donde se puede restringir o suspender de manera temporal —y por el periodo más breve posible— el ejercicio de determinados derechos.⁶²

2. *Limitaciones legítimas directas*

La forma en que en la práctica se efectúa la limitación o restricción al ejercicio de derechos en situaciones de “normalidad institucional” —como oposición a aquellos donde existe una catástrofe o una amenaza mayor que se consideran de “anormalidad institucional”— debe superar, por un lado, un requisito material; esto es, que las limitaciones obedezcan a razones de orden público, y por otro, uno formal; o sea, que se establezcan

⁶⁰ A saber: la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos .

⁶¹ Convención Americana de Derechos Humanos, *cit.*

⁶² Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, *passim*.

sólo a través de leyes y no a partir de actos del Ejecutivo o resoluciones judiciales.⁶³

El problema radica en que “las limitaciones ordinarias a los derechos se basan en conceptos jurídicos indeterminados”, es decir, conceptos que “no se encuentran conceptualmente delimitados con precisión siendo susceptibles de interpretaciones”, como lo son aquellos de “«bien común», «orden público», «moral pública», «utilidad» o «salubridad pública», «seguridad pública», «interés nacional», entre otros”.⁶⁴

Entonces, “aquellos valores y principios se encuentran vinculados con el estándar o parámetros de una sociedad democrática y no pueden afectar el contenido o núcleo esencial del derecho asegurado y protegido”.⁶⁵ De tal forma, el “bien común o el orden público no pueden invocarse como medios para suprimir un derecho... además de que deben interpretarse de acuerdo a las justas exigencias de una sociedad democrática”.⁶⁶

Normalmente se habla de una serie de condiciones esenciales que deben cumplirse antes de que se pueda decir que la restricción tiene el carácter jurídico necesario, como su accesibilidad —que sea adecuado en las circunstancias de las normas jurídicas aplicables a un caso—; la previsibilidad —que sea formulado con suficiente precisión para que el ciudadano pueda regular su conducta— y, finalmente, que existan salvaguardias contra el abuso de la ley.⁶⁷

⁶³ *Ibidem*, pp. 141 y 142.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 141.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 142.

⁶⁶ *Idem*. En este sentido, la Corte Interamericana intentó delimitar el concepto de “orden público” en el análisis del caso *Colegiación obligatoria de periodistas*: “En efecto, una acepción posible del orden público... hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”. Al respecto del bien común, la Corte IDH, en el mismo caso, estableció lo siguiente: “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”. OC-5/85, *cit*.

⁶⁷ Ross reconoce que no es posible tener una certeza absoluta, y que a menudo es necesaria cierta flexibilidad, de modo que las leyes pueden expresarse en términos relativamente vagos; pero deben ser previsible a través de su interpretación y aplicación en la práctica. Sin embargo, una ‘ley’ que permite el ejercicio de una discreción sin restricción en casos individuales, no puede tener la característica esencial de previsibilidad y, por lo tanto, no puede ser

Sin embargo, además existen una serie de “valores y principios”⁶⁸ que requieren que cualquier limitación a derechos humanos sea razonable y justificada.⁶⁹ Si bien las limitaciones a derechos humanos se ven con mayor evidencia en situaciones de emergencia —o de anormalidad institucional—, donde es, quizá, más fácil demostrar la necesidad y razonabilidad de dichas limitaciones, en un contexto de normalidad institucional la norma debe ser singularmente precisa y concreta al establecer la “necesidad” de las limitaciones, permitiendo entonces la posibilidad de un análisis e, incluso, ponderación de las circunstancias de la limitación del derecho con los alcances del derecho mismo.⁷⁰

Estas posturas se circunscriben en la máxima de razonabilidad o principio de proporcionalidad, es decir, que la limitación o restricción sea razonable o proporcionada. Este principio, como lo mencioné anteriormente, prescribe que la regulación o limitación debe ser razonable, con base en una serie de requisitos o de subprincipios: a) adecuación —que la norma que regula o limita un derecho sea adecuada o idónea para la consecución del fin deseado—; b) necesidad —que se escoja el medio que resulte menos restrictivo de los derechos involucrados—, y c) razonabilidad, que la medida guarde una relación razonable con el fin que se busca.

Asimismo, la limitación al ejercicio de derechos en situaciones de normalidad institucional debe cumplir con un requisito material y uno formal: el material, siendo que las limitaciones obedezcan a razones de orden público; y el formal, que dichas limitaciones deben obedecer al principio de reserva legal, es decir, como vimos anteriormente, sólo a través de leyes y no a partir de actos del Ejecutivo o resoluciones judiciales.⁷¹

3. *Limitaciones legítimas indirectas*

Además de las limitaciones comprendidas en el artículo 29, la Constitución de manera indirecta restringe o limita ciertos derechos. El caso más paradigmático es, quizá, el arraigo y otras medidas restrictivas incluidas en

legal. Así, el alcance de la discrecionalidad debe indicarse con una certeza razonable, en este caso, en la ley misma. Ross, June M., “Limitations on Human Rights in International Law: their Relevance to the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, *Human Rights Quarterly*, 6, núm. 2, 1984, pp. 199 y 200.

⁶⁸ Nogueira Alcalá, *cit. passim*.

⁶⁹ Ross, *cit.* pp. 199 y 200.

⁷⁰ Nogueira Alcalá, *cit. passim*.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 141 y 142.

la reforma constitucional de 2008 que crearon el sistema de justicia penal acusatorio. En el artículo 16 la Constitución se establece:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

El arraigo es una medida que permite a las fuerzas del orden público un tiempo extraordinario para realizar investigaciones, manipulando los alcances del debido proceso. Es decir, sirve como una especie de “atajo” para coleccionar pruebas en contra de un arraigado antes de ser vinculado a proceso. Si bien la delincuencia organizada plantea un enorme problema y amenaza a la seguridad pública, la seguridad ciudadana se ve sacrificada en favor del control social.

Ante las demandas de amparo por violaciones al debido proceso relacionadas con la práctica del arraigo, previo a su inclusión en la Constitución, la Suprema Corte había determinado en 2006 que la práctica era inconstitucional, y que violaba los derechos fundamentales, como el de libertad personal⁷² y libertad de tránsito.⁷³ Al ser incluido en la Constitución en 2008, el arraigo pudo circunvenir su problema formal más importante: la inconstitucionalidad.

Disposiciones como el arraigo parecieran permitir a la autoridad, excepcionarse ante obligaciones de garantizar, mayormente, derechos de debido proceso, incluidos en la misma Constitución, así como en instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.

En efecto, aunque no se expresa literalmente en la Constitución, por medio del arraigo se genera una limitación de la libertad personal. Esta

⁷² SCJN, “Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Federal”. *S.J.F. y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006.

⁷³ SCJN, “Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. *S.J.F. y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006.

naturaleza restrictiva fue determinada por la misma Suprema Corte, que reconoció que “la figura del arraigo... permite limitar la libertad personal bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala”.⁷⁴

Ahora bien, además de la libertad personal, en la ejecución del arraigo se limitan o restringen otros derechos importantes, siendo el principal, el de garantías judiciales, regulado en la Constitución por el artículo 20, apartado B, así como en el artículo 8o. del Pacto de San José, que en términos generales reconocen los derechos de toda persona a tener acceso judicial en un plazo razonable en la sustanciación de cualquier acusación penal, a conocer la acusación en su contra, a contar con asistencia jurídica, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, a la no coacción para la confesión, a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, así como el reconocimiento del principio *non bis in idem*, del principio de publicidad del proceso, de la presunción de que nadie es culpable hasta que no se demuestre la culpabilidad, y de que cualquier acusado tiene el derecho a una defensa jurídica.⁷⁵

4. Alcance del arraigo como limitación indirecta

Habiendo determinado las dimensiones restrictivas de la norma constitucional en concreto, debo ahora tratar de determinar si la restricción opera sólo sobre la dimensión normativa de los derechos, reglamentándolos o en su caso acotándolos, o bien va más allá, y realmente está aplicando una restricción real al ejercicio del derecho.

Ya que el arraigo dentro de la Constitución está incluido en el mismo artículo que el derecho a la libertad personal, podría interpretarse que la medida tiende únicamente a acotar el mismo derecho sin que éste resulte en la afectación del núcleo del derecho. Sin embargo, de la lectura y análisis del artículo 16 constitucional se desprende que el arraigo no sólo acota el derecho a la libertad personal, sino pretende suspender varios de sus elementos, y que su radio de expansión alcanza a lesionar, además, otros derechos reconocidos tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales obligatorios para México, como el de seguridad jurídica y el de integridad.

⁷⁴ SCJN, “Arraigo local. La medida emitida por el juez es inconstitucional”. Tesis 1a./J. 4/2015, *Gaceta S.J.F.*, Décima Época, t. II, febrero de 2015.

⁷⁵ Para mayor información sobre la vulneración de otros derechos, por virtud del arraigo se puede consultar mi trabajo de investigación doctoral. Rodríguez Ferreira, *cit.*

Por ello, concluyo que la norma o normas restrictivas que establecen y sustentan el arraigo en la legislación mexicana van más allá de un simple acotamiento o regulación de la dimensión normativa de derechos como el de libertad personal, el de seguridad jurídica, e incluso el de integridad, y, en efecto, vulneran su goce y ejercicio.

El arraigo entonces se vuelve una herramienta de investigación, y a la vez una restricción indirecta al ejercicio de algunos derechos humanos, dotada de “jerarquía” constitucional.

IV. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS RESTRICCIONES A DERECHOS HUMANOS

El artículo 1o. de la Constitución, después de la reforma de 2011, volvió a dejar en abstracto la relación que guardan el derecho internacional, el derecho interno y los derechos humanos en sus relaciones mutuas en México, ya que la disposición de reconocer jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no fue acompañada de otra reforma paralela que determinara la jerarquía normativa dentro del orden jurídico mexicano posterior a la reforma.

Así, se revivió la disyuntiva de que el mismo texto fundamental reconoce derechos provenientes de ordenamientos jurídicos internacionales —tradicionalmente considerados como jerárquicamente inferiores—, que tienen el mismo valor que aquellos contenidos en la Constitución. Aún más, contempla la posibilidad de que se dé primacía a protecciones que provengan de estos ordenamientos por encima de aquellas que la misma Constitución establece.

En este contexto, la Suprema Corte tuvo que analizar —como muchas veces antes— estos puntos de conflicto y refrendar la posición tradicional de supremacía de la Constitución sobre cualquier otro tipo de ordenamiento jurídico en la sentencia C.T. 293/11.⁷⁶ Sin embargo, la resolución C.T. 293/11 fue aún más allá, al reconocer la validez de disposiciones que limiten el goce y ejercicio de los derechos humanos, cuando aquellas limitaciones estén establecidas explícitamente en la Constitución federal.⁷⁷

⁷⁶ Contradicción de tesis 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, abril de 2014, p. 96.

⁷⁷ Lo anterior, no obstante haber estipulado en la misma resolución y de manera paradójica, que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales deben ser considerados de igual jerarquía a aquellos establecidos en la Constitución, y que, incluso, los tribunales mexicanos puedan dar primacía a aquellos que ofrezcan mayores protecciones. En

Los conflictos relacionados con la interpretación de derechos humanos deben, según la Corte, cumplir con “las interpretaciones que resulten más amplias o menos restrictivas para los derechos de las personas”, favoreciendo “la mejor protección de los derechos humanos de las personas”, y que los “operadores jurídicos internos” deben “observar en sus resoluciones un estándar mínimo... dependiendo cuál sea el más favorable a las personas”.⁷⁸ A pesar de ello, la jurisprudencia de la Corte establece que ante una “restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”.⁷⁹

El principio *pro persona*, como he mencionado, establece que incluso tratándose de límites al ejercicio de los derechos se debe dar prioridad a la norma o interpretación que menos limite y/o dificulte el goce del derecho. Sin embargo, al decir que ante una restricción expresa se deberá estar *prima facie* a lo que indica la norma constitucional, parece no reconocer que la

este sentido, la figura del arraigo parece haber sido la causa subyacente de dicha resolución y la materialización concreta de una interpretación vacía de los derechos humanos, y su susceptibilidad a la restricción por criterios meramente formales. En efecto, la razón de la C.T. 293/11 era confirmar el carácter supremo de la Constitución frente a tratados internacionales, pero otra razón de fondo fue reconocer la capacidad del Estado de establecer los límites del goce de derechos, precisamente ante un cuerpo de normatividad supranacional, pero al mismo tiempo extendió su cobertura a los derechos humanos ya reconocidos en la constitución. Todo esto fue expresado en términos muy abstractos, como una limitación de tratados internacionales, sin embargo, detrás de esta situación de manera abstracta y no expresamente determinada, subyacía un tema con nombre específico, el régimen de detención preventiva de arraigo y, en última instancia, lo que se pretendió fue defender, de manera “indirecta”, y como fin último o mayor, la posibilidad de restringir derechos humanos buscando reivindicar un discurso opresivo, justificado en una situación extrema de inseguridad en la que se encontraba —y se encuentra— inmerso el Estado mexicano. De los debates en torno al caso se percibe que un asunto muy presente en la mente de los ministros a la hora de su discusión, fue, en efecto el arraigo. Las posturas de varios ministros advertían que la resolución podría poner en peligro ciertas figuras constitucionales que se concebían “necesarias” en el combate a la delincuencia organizada. Al respecto, se pueden consultar las versiones taquigráficas de las sesiones de debates del caso: versiones taquigráficas de las sesiones públicas ordinarias del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), México, 26 de agosto de 2013, 130826; 27 de agosto de 2013, 130827; 29 de agosto de 2013, 130829; 2 de septiembre de 2013, 130902; y 3 de septiembre de 2013, 130903.

⁷⁸ C.T. 293/11, *cit.*

⁷⁹ SCJN, 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. P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2014.

Constitución misma puede ser más restrictiva, y con ello, dismantela por completo el alcance crítico del principio pro persona.

Consecuentemente, se despoja a los derechos humanos de su capacidad de resistir disposiciones legales —incluso constitucionales— que puedan contravenir su ejercicio, le quita la posibilidad a los juzgadores de entrar al análisis e interpretación constitucional y convencional de los derechos y sus limitaciones, hace prácticamente obsoleta la disposición que permite interpretar la ley a favor de la persona, y, finalmente, abre la puerta a la posibilidad de limitar constitucionalmente el ejercicio de ciertos derechos humanos, en caso de así convenir a los intereses de la autoridad.

1. *Restricción a derechos después de la C.T. 293/11*

La decisión de la Corte, por un lado, parece permitir al constituyente una regulación laxa de derechos humanos, es decir, permitir la restricción al ejercicio de derechos sin establecer claramente sus requisitos y límites, e incluso coarta la posibilidad real del juzgador de hacer un control crítico de las limitaciones al ejercicio *vis-á-vis* el derecho humano en sí.

A raíz de la C.T. 293/11 podemos concluir que la Corte decidió el problema planteado por la nueva redacción del artículo 1o. y las consecuencias para el marco jurídico mexicano, por un lado, considerando las normas desde el punto de vista de sus fuentes, y aplicando la jerarquía normativa y el principio tradicionalista de supremacía constitucional frente a tratados internacionales como instrumentos jurídicos, separándoles, como analizaré posteriormente, de los derechos humanos que contengan.

Lo anterior genera una problemática con relación a los conflictos normativos en materia de derechos humanos, que se presenta con una doble arista. La primera, que a pesar de reconocer *statu* constitucional a los derechos humanos incluidos en tratados internacionales y de reconocer la protección más amplia de la persona, la resolución vuelve a someter el análisis de las normas internacionales a criterios de jerarquía normativa, al confirmar la hegemonía de la Constitución y reafirmar el principio de supremacía constitucional. La segunda, que la misma resolución, al despojar a los derechos de su fuente, los somete a un segundo nivel de análisis de validez material, que no es necesariamente claro, apelando a una mera dimensión formal, y, por consiguiente, anula la capacidad de resistencia a la restricción propia de los derechos humanos, y además limita la operatividad crítica del principio pro persona.

Seguido de esto, cualquier restricción expresa al ejercicio de derechos humanos dentro de la Constitución prevalecería —obviamente— sobre el tratado internacional que contenga la norma restringida y sobre la norma en sí. Más aún, cualquier derecho incluido *a priori* en la Constitución seguiría la misma suerte y sucumbiría ante una restricción cuya única limitación sería el requisito formal de estar contenido en el texto constitucional.

2. *Validez material y criterio formal de las restricciones a derechos humanos*

Tratándose de derechos humanos incluidos en tratados internacionales, la Corte estableció que, para efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico, éstos deben cumplir con “el requisito de validez material de naturaleza especial” previsto en el artículo 15 constitucional—, exigido únicamente respecto a tratados que contengan normas de derechos humanos—, de que su contenido no menoscabe el catálogo constitucional de derechos.⁸⁰ Así, sólo los derechos específicos contenidos en un tratado internacional que cumplan con el requisito material entran al catálogo constitucional, desvinculándose de su fuente y de su jerarquía normativa para gozar de supremacía constitucional.

Según la Corte, su interpretación de la dimensión de validez material coincide plenamente con el principio de progresividad de los derechos humanos, ya que su incorporación se debe analizar conforme a los principios de interpretación conforme y de progresividad, así como con el principio pro persona.⁸¹

Sin embargo, lo anterior no queda claro, ya que la Corte estaría sugiriendo que dentro de un análisis sobre la dimensión de validez material de una norma de fuente internacional, en última instancia, ésta se debe someter a un análisis de proporcionalidad o a una máxima de racionalidad, como lo sería el principio pro persona. Lo anterior nos permitiría asumir que, en última instancia, si una norma de fuente internacional ofrece mayor protección o restringe en menor medida un derecho humano, entonces podría prevalecer por encima, incluso, de la norma constitucional. No obstante, la conclusión de la Corte en este punto sugiere, según se desprende

⁸⁰ El artículo 15 constitucional estipula lo siguiente: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

⁸¹ C.T. 293/11, *cit.*

textualmente de la sentencia y de la jurisprudencia vigente, precisamente lo contrario.

Seguido de lo anterior, cualquier otro derecho contenido *a priori* en la Constitución seguiría la misma suerte, toda vez que su incorporación en un “bloque de supremacía constitucional” hace obvio que siga las mismas reglas que aquellos provenientes de fuente internacional.⁸²

En este último punto la Corte no es tan clara como lo es al reafirmar la jerarquía constitucional, ya que no establece criterios claros para la procedencia de restricciones de derechos humanos, y parece que el análisis de su validez material se limita a un criterio meramente formal, o sea, que la limitación a un derecho cuenta con rango constitucional.⁸³ Esto, no obstante lo establecido en el artículo 15 constitucional, donde claramente se establece que para regular el ejercicio de derechos y libertades se deberá respetar el contenido esencial de los mismos.

La Corte parece proponer una solución estándar al tema de limitación constitucional de derechos sin permitir un análisis de proporcionalidad y razonabilidad en donde se especifique que no se atente contra el contenido esencial de los derechos afectados. Es decir, en el caso de la limitación o restricción a un derecho, la Corte emite una fórmula que elimina la posibilidad de un análisis crítico al dictar que todo juzgador deberá otorgar preferencia a una limitación constitucional de un derecho, por encima del derecho mismo.

Así, con la estructuración del bloque de supremacía constitucional se genera una problemática esencial, ya que somete a un nivel de análisis de

⁸² Al respecto, la Corte refiere a un “bloque de derechos” o “bloque de constitucionalidad”, *idem*.

⁸³ Vale la pena aquí reflexionar sobre la experiencia de otros regímenes constitucionales en materia de restricción de derechos fundamentales. En el caso alemán, por ejemplo, la Ley Fundamental establece todo un artículo sobre la limitación de derechos: “Artículo 19. Restricción de los derechos fundamentales. (1) Cuando de acuerdo con la... Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial...”. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, *cit*. En el caso español el artículo 53.1 de la Constitución establece: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a) *Constitución Española*, *cit*. En ambos casos, la regulación o limitación de derechos fundamentales depende del requisito material de contenido esencial, el cual abordo de manera más abundante en otra sección de la presente investigación.

validez material cuando existan restricciones a derechos que no es necesariamente claro, pero que parece apelar a una simple dimensión formal, que, al final anula la capacidad de resistencia a la restricción propia de los derechos humanos, y, con ello, además, limita su naturaleza operativa crítica.

V. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

La Suprema Corte volvió a dejar en claro que más allá de la dinámica del orden cosmopolita del siglo XXI, la visión tradicional de la supremacía constitucional sigue siendo —desde el siglo XIX, y quizá desde antes— un basamento incuestionable en el derecho mexicano, a pesar de que en el nuevo contexto esto derive en posibles conflictos a nivel internacional, producto de la contravención de obligaciones adquiridas por el mismo Estado mexicano.

A pesar de su apertura ante la aceptación y adopción del marco jurídico e institucional internacional, no obstante, México sigue interpretando los derechos humanos desde una óptica tradicional y originalista del Estado soberano, incumpliendo, en muchas ocasiones, sus obligaciones internacionales, y en muchas otras, directamente transgrediendo y violando los derechos humanos. Siguiendo la historia jurisprudencial mexicana, nos podemos dar cuenta de que la defensa de la supremacía constitucional a veces supera los límites de lo jurídicamente lógico y pone en evidencia una dialéctica no resuelta entre el discurso de los derechos humanos y una concepción originalista del Estado moderno, que defiende una racionalidad jurídica basada en principios anquilosados de soberanía y supremacía. Una racionalidad jurídica cimentada exclusivamente en una visión tradicionalista de la supremacía constitucional es incompatible con la lógica y racionalidad práctica basada en los derechos humanos.

Cabe preguntarse, entonces, si es necesario alejarse de la visión tradicionalista de la supremacía constitucional, y si realmente debe sacrificarse tal postura en el contexto del orden universal de los derechos humanos. En caso opuesto, tendríamos que hablar, entonces, de un fracaso del derecho y la política internacionales y de su estandarte —los derechos humanos—, ante la imposibilidad de hacer enteramente operativos los principios que enarbolan.⁸⁴ ¿Es acaso la pérdida de la supremacía constitucional el precio que debe pagarse para la consolidación del orden universal de los derechos humanos?, o bien ¿quizá el alcance de los derechos humanos está acotado

⁸⁴ Douzinas, *The End of Human Rights*, cit. *passim*; Douzinas, *Human Rights and Empire*, cit. *passim*.

y es el Estado, en ejercicio de su supremacía normativa, el encargado de establecer sus límites?

En este sentido, deberíamos preguntarnos también si es el sino de los derechos humanos el ser sacrificados para permitir al Estado cumplir con sus funciones, y si, además, es el Estado en última instancia el encargado de trazar los límites de los derechos humanos. Nos enfrentamos, de tal manera, a la disyuntiva sobre si la falta de operatividad plena de los derechos humanos ante el resurgimiento del Estado en los albores del siglo XXI,⁸⁵ y su discurso de soberanía y supremacía constitucional, representa un fracaso para la historia e ideología iushumanista, o bien si esta situación ha sido, siempre, la condición *sine qua non* para su consolidación “universal”. ¿Nos hemos topado con una barrera infranqueable en la historia de los derechos humanos? ¿Es, acaso, momento de replantearnos su concepción desde el núcleo?

1. Limitación de la operatividad y alcance de los derechos humanos

De la resolución de la Corte y de la jurisprudencia vigente se desprende, entonces, que los derechos humanos provenientes de fuente internacional se fusionan de manera total a la constitucional, es decir, que el derecho de fuente internacional se convierte automáticamente en un derecho constitucional. Hasta ahí, el panorama parecería óptimo, ya que el derecho de fuente internacional adquiriría la aplicabilidad que sólo el carácter constitucional le puede dar.⁸⁶

La Corte especifica la operatividad del derecho de fuente internacional y, en suma, a cualquier derecho humano en el artículo 15 de la Constitución, a través del “requisito de validez material de naturaleza especial”, que prevé que el contenido de las normas de derechos humanos provenientes de fuente internacional no menoscabe el catálogo constitucional de derechos. Es decir, que las nuevas normas que adquieran parámetro constitucional no deberán ir en contra o limitar otras normas ya existentes.⁸⁷

Lo anterior resulta lógico en tanto que es consistente con la imposibilidad de disminuir los alcances de derechos previamente reconocidos, con la progresividad de los derechos humanos⁸⁸ y con otros principios, como los de indivisibilidad e interdependencia.

⁸⁵ Douzinas, *Human Rights and Empire*, *cit. passim*.

⁸⁶ C.T. 293/11, *cit.* SCJN, “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales,” *cit.*

⁸⁷ C.T. 293/11, *cit.*

⁸⁸ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987, *passim*.

Sin embargo, a raíz de la C.T. 293/11, la Corte dio lugar a que, en vez de adquirir aplicabilidad constitucional, los derechos de fuente internacional —y en general cualquier derecho fundamental— pierdan operatividad y alcance.

Lo que la Corte explica es que al referirse al no menoscabo de otros derechos, no sólo se está refiriendo a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sino también a otras normas incluso restrictivas que contenga el texto constitucional. La Corte afirma que el principio que brinda supremacía al derecho de fuente internacional al mismo tiempo encumbra a 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”.⁸⁹

¿Es posible, entonces, que el constituyente haya adquirido un poder inagotable de restricción de derechos humanos? A simple vista parece que la Corte reconociera el poder irrestricto del constituyente de limitar el ejercicio de los derechos, ya que al permitir la incorporación en el texto constitucional de este tipo de limitaciones o restricciones no establece otro criterio más que la formalidad misma de estar en la Constitución. Es decir, no existen otros criterios que puedan ser usados por el juzgador para determinar la procedencia o no de una restricción de derechos una vez que ésta adquiere el carácter de constitucional.

En efecto, existen limitaciones necesarias al ejercicio de ciertos derechos dadas determinadas circunstancias. Pero ¿cuáles son las restricciones razonables? Evidentemente, existe un umbral de restricción al ejercicio de derechos humanos, que si bien puede no estar expresamente establecido en la legislación, debe ser determinado, en el caso concreto, por el juzgador.

No obstante, la permisibilidad de las restricciones al ejercicio de los derechos humanos mediante disposiciones cuyo único requisito es estar contempladas en la Constitución genera una incapacidad de realizar un análisis crítico en el foro local. Aunque por un lado se haya reconocido la facultad de los jueces de hacer control de constitucionalidad y de convencionalidad, la realidad es que, en el caso de limitaciones constitucionales expresas a derechos humanos, no existe una posibilidad real de un juzgador de efectuar un análisis crítico de los alcances de un determinado derecho ante una limitación específica.

En casos concretos como el arraigo, una estipulación expresa de la Constitución contraviene derechos no sólo reconocidos en tratados interna-

⁸⁹ SCJN, “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales”, *cit.*

cionales, sino también en la misma Constitución. A pesar de ello, la operatividad de dichos derechos se encuentra limitada de manera expresa en el texto constitucional, y obliga al juzgador a otorgar un arraigo simplemente ante el cumplimiento de una serie de requisitos formales. Así, a pesar de que el juzgador puede perfectamente saber que dicha disposición constitucional es contraria a derechos humanos, no puede hacer un control convencional ni ejercitar el principio pro persona, pues en virtud de la C.T. 293/11 y de la jurisprudencia vigente, debe someterse a otras disposiciones de la misma Constitución, y reduce el análisis a un tema de ponderación de normas y de jerarquías normativas. En suma, se ha coartado la capacidad de cuestionar la voluntad de la autoridad plasmada en la legislación.

2. *Confrontando restricciones a los derechos humanos*

La C.T. 293/11 y su jurisprudencia han eliminado la posibilidad de cuestionar la limitación de derechos humanos, y han hecho casi imposible realizar un análisis crítico en el foco micropolítico, es decir, en el caso concreto. La única solución, en este sentido, sería la posibilidad del juez, de ir más allá de la norma formal, y tratar de encontrar la raíz del derecho que la norma protege. Es decir, el juzgador debería buscar y aplicar un criterio que se encuentre por encima de la norma constitucional, y mediante un análisis hermenéutico buscar un criterio alternativo respecto del derecho que se pretende proteger, ante la restricción que hace la misma norma del derecho reconocido en la legislación mexicana y en el derecho internacional.

Esto, no obstante, no es posible si consideramos que dentro del derecho mexicano la jurisprudencia es una fuente de derecho, y en este caso debe ser obedecida por los jueces inferiores, y no puede ser impugnada o modificada una vez que se declara firme. Por ello, la única opción viable sería, quizá, combatir dicho criterio en jurisdicción internacional.⁹⁰

⁹⁰ Llevar este debate a la jurisdicción internacional permitiría analizar limitaciones constitucionales específicas a la luz del principio pro persona. En específico, una figura como el arraigo, que transgrede principios nucleares de varios derechos —libertad personal, seguridad jurídica, e integridad—, que abre las puertas a muchas otras violaciones, y que es incompatible con disposiciones convencionales, sería quizá una alternativa viable para desatar el nudo jurídico que la C.T. 293/11 generó al tratarse de limitaciones y restricciones a derechos humanos en particular. Ferrer Mac-Gregor reconoce que si bien la Corte Interamericana “no tiene competencia para convertirse en una «nueva y última instancia» para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional”, si el Estado ha violado sus obligaciones internacionales a través de sus órganos judiciales, dicho tribunal puede examinar la compatibilidad de los procesos internos con el Pacto de San José, incluso la de los

Sin embargo, la cuestión central no es pugnar por una acción en contra del arraigo, sino recalcar la necesidad de una noción crítica que confronte cualquier afrenta directa a los derechos humanos, y en concreto de la interpretación de los alcances de sus limitaciones y restricciones en el texto constitucional. Aún más, es fundamental elevar la interpretación de los derechos humanos más allá de los alcances actuales, y permitir que su análisis no sólo se enfoque en la interpretación más favorable, es decir, un mero test de proporcionalidad y razonabilidad, sino desarrollar un análisis que acerque a una dimensión más allá de la norma específica tratando de desvelar la mayor potencialidad de los derechos en sí.

tribunales superiores. Voto razonado en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010, Corte IDH, serie C, 220. Véase también el voto razonado de García Ramírez en *Vargas Areco vs. Paraguay*, 2006, Corte IDH, serie C, 155.