



Ciencia y Tecnología
Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación



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

**MAESTRÍA EN DERECHO CON OPCIÓN TERMINAL EN DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL.**

**“AUSENCIA DE METODOLOGÍA PARA LA IDENTIFICACIÓN DE
RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN MÉXICO”**

TESIS

Que para obtener el título de
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

Josafat Ferreyra López

ASESORA:

Dra. Diana Pamela Zambrano Vázquez

Morelia, Mich. Diciembre 2025

ÍNDICE

	Pág.
I. RESUMEN.....	1
II. PALABRAS CLAVE.....	2
III. ABSTRACT.....	3
IV. KEYWORDS.....	4
V. INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO PRIMERO	
APUNTES BÁSICOS SOBRE LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES	
CONSTITUCIONALES	
1.1 Teorías clásicas sobre los derechos humanos. Iuspositivismo e Iusnaturalismo.....	10
1.2 Notas sobre los Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y sus Garantías.....	13
1.2.1 Concepto y consideraciones históricas sobre los derechos humanos.....	14
1.2.2 Derechos Fundamentales.....	22
1.2.3 Garantías.....	28
1.3 Constitución. Fuente primaria de las restricciones constitucionales.....	31
1.4 Concepción teórica de las restricciones constitucionales.....	39
1.4.1 Características de las restricciones constitucionales.....	44
1.4.2 Suspensión de Derechos, ¿sinónimo de restricción?.....	56
1.4.3 Control de Convencionalidad. Concepto y alcance frente a las restricciones constitucionales.....	63
1.4.4 Principio pro persona. Concepto y alcance frente a las restricciones constitucionales.....	66
1.5 Colisión entre derechos. ¿Restricción o ponderación?.....	69
1.6 Constructivismo jurídico.....	74

CAPÍTULO SEGUNDO

GENEALOGÍA DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

2.1 Reformas al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	80
2.2 Reformas al artículo 29° Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	85
2.3 Contradicción de tesis 293/2011. Consolidación de las restricciones en el sistema jurídico mexicano.....	93

2.3.1 Contradicción de tesis 21/2011. Complemento de las restricciones constitucionales.....	98
2.4 Diseminación de las restricciones constitucionales en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	101
2.5 Contradicción de tesis 299/2013. Consolidación de las restricciones en la jurisprudencia nacional.....	109
2.6 Caso García Rodríguez y otros Vs México. Restricciones constitucionales y su incorrecta interpretación.....	112

CAPÍTULO TERCERO FUENTES MATERIALES DE LAS RESTRICCIONES. CONSTITUCIÓN Y CONVENCIÓN AMERICANA

3.1 Fundamentos constitucionales sobre las restricciones.....	117
3.2 Restricción Constitucional al derecho de la propiedad, ¿restricción o anulación del derecho?.....	119
3.3 Restricciones al derecho del trabajo, ¿restringen o anulan derechos?.....	121
3.4 Restricciones a derechos político electorales.....	124
3.5 ¿Restricción o anulación del derecho humano a la libertad?.....	125
3.6 Debido proceso y sus restricciones.....	133
3.7 ¿Restricciones al derecho a la comunicación?.....	135
3.8 Otras restricciones constitucionales.....	136
3.9 Contradicción de Tesis 293/2011, ¿fundamento de las restricciones constitucionales?.....	141
3.10 Doctrina sobre las restricciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ¿constitucionales o secundarias?.....	143
3.10.1 El vocablo “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	145
3.10.2 Metodología para evaluar la legitimidad de las restricciones, de acuerdo a la doctrina de la Corte Interamericana.....	148
3.10.3 Metodología de la Corte Interamericana frente a las restricciones constitucionales en México.....	152

CAPÍTULO CUARTO NOCIÓN DE LAS RESTRICCIONES A DERECHO HUMANOS. UN ESTUDIO EN EL DERECHO COMPARADO

4.1 Sentencia Caso Sunday Times Vs Reino Unido. Una aproximación a la teoría de las restricciones en el derecho Europeo.....	155
4.2 Sentencia C-720/2007. Restricciones a Derechos Humanos en el derecho Colombiano.....	163
4.3 Amparo y test de proporcionalidad como mecanismos efectivos para combatir la aplicación de restricciones constitucionales en el contexto judicial peruano..	170

4.4 Aplicación del derecho internacional en el sistema jurídico mexicano para solucionar el problema de la indeterminación de las restricciones constitucionales.....	177
--	------------

CAPÍTULO QUINTO

DETERMINACIÓN DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. UNA PROPUESTA HERMENÉUTICA DESDE EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO

5.1 Indeterminación de las restricciones constitucionales en doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	181
5.1.1 Indeterminación del concepto restricción constitucional. Primer problema en la teoría de las restricciones constitucionales.....	183
5.1.2 Trato diferenciado en la justiciabilidad de las restricciones constitucionales.....	193
5.1.3 ¿Fundamentación de las restricciones constitucionales?.....	201
5.2 Determinación de las restricciones constitucionales. ¿Determinación de la seguridad jurídica.....	212
5.3 Constructivismo Jurídico. Solución al problema de las restricciones constitucionales.....	215
5.4 Autocontención de la libertad configurativa de las restricciones constitucionales.....	221
CONCLUSIONES	224
PROPUESTA	226
FUENTES DE INFORMACIÓN	228
APÉNDICES	238

RESUMEN

La presente investigación no tiene como objetivo dar una respuesta definitiva al debate que en diversos espacios académicos se ha suscitado en torno a las restricciones constitucionales; por el contrario, su objetivo es abonar aun más a esta discusión, a partir de un enfoque que aun no ha sido discutido por el sector académico.

Este nuevo enfoque cuestiona la manera en la que se ha venido desarrollando la teoría de las restricciones constitucionales en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, particularmente a raíz de la contradicción de tesis 293/2011, y la manera en la que se ha identificado a múltiples figuras jurídicas como restricciones constitucionales; ya que la doctrina constitucional que ha encumbrado a las restricciones constitucionales además de ser contraria al derecho interamericano de los derechos humanos, ha generado una estela de incertidumbre jurídica sobre qué debe de entenderse por restricción constitucional, y cuáles son las características que estas deben de poseer para ser consideradas como tales.

Para hacer este estudio, se comenzó por hacer un estudio teórico del concepto restricción constitucional; también, se analizó la genealogía que han tenido las restricciones constitucionales desde la promulgación de la Constitución de 1917, hasta la fecha; posteriormente, se analizó el desarrollo jurisprudencial que ha tenido esta categoría en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

También, se llevó a cabo un estudio del marco legal nacional e internacional que contempla la posibilidad de restringir derechos, así como algunas figuras legales que han sido categorizadas como restricciones constitucionales; enseguida, se hizo un breve estudio comparado en el derecho internacional, para observar cómo se conciben a las restricciones a derechos en sistemas jurídicos distintos al sistema jurídico mexicano.

El análisis de cada uno de estos temas permitió llegar a la conclusión que, en el sistema jurídico mexicano no existe un criterio unívoco que permita identificar qué puede ser considerado como restricción constitucional y qué no puede ser

considerado como tal. Que ello ha permeado en que se hayan identificado a una multiplicidad de figuras jurídicas como restricciones constitucionales bajo errores conceptuales graves, tales como: confundir las características de las restricciones, entender a las restricciones como sinónimo de suspensión de derechos, o fundamentar su existencia a partir de argumentos que no atienden a necesidades colectivas y que incluso vulneran principios constitucionales.

Lo anterior, pone en evidencia la necesidad que existe de crear una metodología a través de la cual se pueda analizar si una figura jurídica puede ser considerada o no como una restricción de índole constitucional. Incluso, esta misma metodología podría servir para analizar los fundamentos de aquellas figuras que ya han sido categorizadas como restricciones constitucionales, para determinar si fue correcto o no dicha decisión.

Esta metodología se construye en el apartado final de esta investigación, como una propuesta cuyo objetivo es generar certeza jurídica en torno a la determinación de las restricciones constitucionales, además de servir como una herramienta de contención al poder que actualmente tiene el Estado mexicano para decidir deliberadamente qué puede ser considerado o no como una restricción constitucional.

PALABRAS CLAVE

1. Constitución
2. Restricción
3. Derechos humanos
4. Fundamentación
5. Metodología

ABSTRACT

The present research does not aim to provide a definitive answer to the debate that has arisen in various academic spaces regarding constitutional restrictions; on the contrary, its objective is to contribute even more to this discussion, from an approach that has not yet been discussed by the academic sector.

This new approach questions the way in which the theory of constitutional restrictions has been developing in the doctrine of the Supreme Court of Justice of the Nation, particularly as a result of the contradiction of theses 293/2011, and the way in which multiple legal figures have been identified as constitutional restrictions; since the constitutional doctrine that has elevated constitutional restrictions, in addition to being contrary to the inter-American law of human rights, has generated a trail of legal uncertainty about what should be understood by constitutional restriction, and what are the characteristics that these must possess to be considered as such.

To conduct this study, a theoretical analysis of the concept of constitutional restriction was first performed; the genealogy of constitutional restrictions from the promulgation of the 1917 Constitution to the present day was also analyzed; subsequently, the jurisprudential development of this category in the doctrine of the Supreme Court of Justice of the Nation was analyzed.

A study was also conducted of the national and international legal framework that contemplates the possibility of restricting rights, as well as some legal figures that have been categorized as constitutional restrictions. Subsequently, a brief comparative study of international law was undertaken to observe how restrictions on rights are conceived in legal systems other than the Mexican legal system.

The analysis of each of these topics led to the conclusion that, in the Mexican legal system, there is no single criterion for identifying what can and cannot

be considered a constitutional restriction. This has resulted in a multitude of legal figures being identified as constitutional restrictions based on serious conceptual errors, such as: confusing the characteristics of restrictions, understanding restrictions as synonymous with the suspension of rights, or justifying their existence with arguments that do not address collective needs and that even violate constitutional principles.

The foregoing highlights the need to create a methodology for analyzing whether a legal concept can be considered a constitutional restriction. This same methodology could even be used to analyze the foundations of concepts already categorized as constitutional restrictions, to determine whether that decision was correct.

This methodology is developed in the final section of this research as a proposal aimed at generating legal certainty regarding the determination of constitutional restrictions, as well as serving as a tool to limit the power the Mexican State currently holds to deliberately decide what can or cannot be considered a constitutional restriction.

KEYWORDS

1. Constitution 2. Restriction 3. Human rights 4. Foundation 5. Methodology

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo hacer un estudio sobre las restricciones constitucionales dentro del sistema jurídico mexicano. Concepto que ha sido acuñado por el constitucionalismo nacional y que en el sector doctrinario han sido descritas como aquellas limitaciones al ejercicio de un derecho humano que legítimamente están permitidas por la propia Constitución.

Tema que a partir de la contradicción de tesis 293/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), reavivó la discusión académica en torno a la aplicación que ha tenido esta clase de figuras en el contexto jurídico nacional.

Incluso, en fechas recientes se han publicado libros que hablan en relación al tema, una de estas obras es la elaborada por Ramsés Montoya Camarena, titulada “Interpretación de las restricciones constitucionales, una visión desde la argumentación y la hermenéutica”.

También, se tiene la destacada participación del Ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, en la audiencia pública celebrada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), con motivo del caso García Rodríguez y otros Vs. México, en la que el jurista mexicano realizó una magistral exposición de la problemática que se tiene en el sistema jurídico nacional derivado de la aplicación de restricciones constitucionales.

Sin embargo, aún y cuando en el sector académico se ha hablado sobre el autoritarismo que constituyen las restricciones constitucionales, así como la disminución que estas generan a los derechos humanos reconocidos en distintos tratados, también se ha abordado el tema en relación a analizar la legitimidad de las restricciones a través de un método similar a la ley de la ponderación.

Bajo esta apreciación, nada se ha hablado en la academia de lo que sería un aspecto aún más básico, es decir, la ausencia o inexistencia de una metodología que permita identificar qué figuras jurídicas pueden ser consideradas como restricciones de orden constitucional.

Hasta el día de hoy, no se ha identificado un método que haya sido desarrollado por la doctrina de la SCJN y, que a su vez, haya sido aplicado por los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación, mediante el cual se puedan identificar que figuras jurídicas pueden ser consideradas como restricciones constitucionales expresas.

Por tal motivo, en ese trabajo de investigación tiene como propósito hacer un análisis sobre las distintas posturas académicas que han abordado el tema de las restricciones constitucionales, también, se abordará cuáles son los antecedentes que se tienen en nuestro sistema jurídico en torno a su existencia y actualización, así como, la concepción que se tiene de este tipo de figuras en otros sistemas jurídicos distintos al contexto nacional.

Pues a partir de este análisis, finalmente, podremos formular la siguiente interrogante; ¿existe una metodología en nuestro sistema jurídico que permita identificar que figuras jurídicas pueden ser consideradas como restricciones constitucionales?; respuesta que será encontrada a partir del análisis que se efectuó a las sentencias emitidas por la SCJN, así como por los órganos adscritos al poder judicial de la federación, en el que el tema central de estas resoluciones haya sido el atinente a la actualización de una restricción de orden constitucional.

Incluso, se realizará trabajo de campo a través de la aplicación de encuestas y entrevistas a operadores jurídicos para conocer como estos conciben a las restricciones constitucionales, desde su aspecto material, así como los efectos que su aplicación genera a los derechos humanos. Finalmente, se cuestionará si actualmente existe una metodología que permita identificar a estas restricciones.

Por lo que una vez agotado este estudio, se podrá advertir que, actualmente existe un vacío legal en nuestro sistema jurídico, debido a que los órganos judiciales no justifican porque ciertas figuras jurídicas son restricciones constitucionales, aún y cuando la constitución no las reconozca expresamente como tal; situación que sucede debido a que no existe un método o test por medio del cual sea posible verificar, inicialmente, que figura jurídica puede ser considerada como una restricción constitucional.

Así, lo que este trabajo pretende aportar al sector académico no solo es el advertir que en la doctrina desarrollada por la SCJN, no se ha tocado el tema relacionado a cómo es que se debe de ubicar a una figura jurídica como restricción constitucional, sino que, concomitante con ello, es hacer conciencia de la necesidad que existe de crear, o al menos, de proponer un método que permita caracterizar a las restricciones constitucionales.

CAPÍTULO PRIMERO

APUNTES BÁSICOS SOBRE LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

La teoría de las restricciones constitucionales es una teoría de reciente desarrollo en la jurisprudencia y doctrina nacional. Su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte comenzó a partir de que se resolviera la contradicción de tesis 293/2011, mientras que, paralelo a esta resolución en la doctrina surgieron los primeros debates en torno a esta figura.

En el desarrollo jurisprudencial se comenzó a ubicar a ciertas figuras jurídicas como restricciones de índole constitucional, también, se resolvió sobre la posición que guardaban las restricciones frente al principio pro persona o el control de convencionalidad. Por su parte, el sector académico, con acento crítico, se cuestionaba si las restricciones constitucionales eran una regresión para el avance que en materia de derechos humanos se había tenido con la reforma constitucional del año 2011.

También, en la doctrina se comenzaron a desarrollar posturas que cuestionaban la legitimidad de la imposición de las restricciones, y buscaban dar solución a esta ausencia de legitimidad por medio de la creación de modelos de interpretación jurídica; tal es el caso de la teoría desarrollada por Ramsés Montoya Camarena en su libro titulado “Interpretación de las Restricciones Constitucionales, una Visión desde la Argumentación y la Hermenéutica”.

Sin embargo, el sector jurisprudencial y el doctrinario tuvieron un punto en común, ninguno de estos dos sectores se encargó suficientemente de explicar qué es una restricción constitucional, cómo se materializa una restricción, cuáles son los efectos de su materialización, qué derechos pueden ser objeto de una restricción, cuál es su posición frente a principios de interpretación jurídica y frente al derecho internacional. Esta ausencia de conceptos que se tiene en relación a la figura de las restricciones, generó y puede generar falsos debates cuando se aborden temas relacionados a dicho tópico.

Actualmente es común que se siga confundiendo suspensión con restricción, o que se piense que ambas figuras son iguales, también, que se crea que las restricciones se pueden imponer a cualquier clase de derechos, o peor aún, que se piense que una restricción es una colisión entre dos derechos fundamentales.

Estos y otros problemas conceptuales podrían enmendarse si primero se abordará conceptos teóricos tan básicos como la definición de derechos humanos, derechos fundamentales y garantías, o como la distinción entre suspensión y restricción, que ayuden a entender algo un poco más complejo, como lo sería el concepto e implicaciones de las restricciones constitucionales en el quehacer jurídico.

Es por ello que, al ser esta una investigación en donde su objeto central de estudio lo son las restricciones constitucionales, en el primer capítulo se abordan conceptos y definiciones cuyo conocimiento es básico para empezar por comprender la teoría de las restricciones constitucionales, conceptos que además ayudarán a comprender el propósito de esta investigación, que va más allá de la mera conceptualización del término restricción constitucional.

El capítulo en cuestión comienza con el estudio de las escuelas iuspositivistas e iusnaturalistas que en su momento dieron vida a los debates más álgidos sobre el origen de los derechos humanos; posteriormente, se abordarán conceptos básicos como el de derechos fundamentales y su distinción con garantías, asimismo se definirá qué es una Constitución y qué es una restricción constitucional; enseguida, se abordaran temas relacionados a la confusión que existe en torno a los conceptos de restricción y suspensión.

También, se hablará de la posición que guardan las restricciones frente a principios de interpretación jurídica, así como las consecuencias de su aplicación, para así finalmente explicar la teoría del constructivismo jurídico como alternativa para dar solución al problema que se aborda en esta investigación, que es la ausencia de una metodología que permita identificar a las restricciones constitucionales.

En este primer capítulo no se abordarán temas sobre la historicidad de las restricciones, así como las fuentes jurídicas de las mismas, o bien, el problema que atañe a la ausencia de metodología para su identificación, ya que estos temas serán desarrollados en capítulos posteriores. Lo márgenes que delimitan este capítulo son eminentemente conceptuales, enfocándose principalmente en brindar soporte teórico para comprender que es una restricción, el tipo de derechos que pueden ser objeto de una restricción, la diferencia que existe entre esta y la suspensión, las causas que genera su aplicación, así como la posición que guardan estas frente al derecho interno e internacional.

Estos apuntes teóricos, son la base para iniciar la comprensión de lo que se puede denominar como la teoría de las restricciones constitucionales, pues como en un apartado posterior se verá, las restricciones constitucionales, en estricto sentido, no tienden a restringir normas pétreas¹ constitucionales, tampoco se superponen a la estructura orgánica del Estado, menos aún, restringen la forma de gobierno, sino que estas tienden a materializarse precisamente sobre los derechos y garantías del hombre previstos en la norma fundamental.

1.1 Teorías clásicas sobre los derechos humanos. Iuspositivismo e Iusnaturalismo

Este trabajo de investigación no tiene como objetivo hacer un estudio exhaustivo de las teorías que conforman el título de este apartado, menos aún, determinar que teoría resulta más adecuada para exponer la conformación del sistema jurídico; no obstante, en las líneas siguientes se estudiarán las particularidades que distingue a una teoría de la otra, ya que ambas representan la base de este trabajo de investigación, para así comenzar a delinear una aproximación a la teoría de las restricciones constitucionales.

En la doctrina siempre ha existido un punto de desacuerdo en relación a la teoría de los derechos humanos, al menos la más conocida es la suscitada entre

¹ También denominadas cláusulas pétreas, son aquellas inserciones constitucionales que no pueden ser alteradas o modificadas, ya que constituyen en sí mismas el espíritu de la Constitución, es decir, aquellas en las que el Constituyente originario plasmó la ideología política o estructura orgánica de un país.

iusnaturalistas e iuspositivistas, ya que ambas escuelas no han logrado ponerse de acuerdo en relación al origen de estos derechos. De acuerdo con la postura iusnaturalista, se advierte que los derechos humanos son la creencia en un orden objetivo supra-positivo jurídico de carácter universal, permanente e inviolable que contiene los valores últimos de todo ordenamiento humano², sin que para su reconocimiento haya sido necesario la inserción de estos derechos dentro de textos legales; por otra parte, la tendencia del iuspositivismo, difiere de esta concepción, toda vez que, considera que los derechos humanos son finalmente la consecuencia de un consenso de voluntades que ha quedado materializado en un texto jurídico, comúnmente llamado Constitución, al que le ha precedido un proceso objetivo - legislativo- de creación.

Otro punto de disociación entre ambas posturas que incluso ha auspiciado los debates contemporáneos, es el tema relacionado al reconocimiento del contenido axiológico de estas normas y, si es posible, con base en tal contenido o, en ausencia del mismo, declarar invalida una norma. La escuela iusnaturalista sostiene que esto es posible, teniendo como referente de esta teoría a Ronald Dworkin.

Este autor menciona que los derechos entendidos como principios morales, funcionan como cartas de triunfo al ser invocadas por los ciudadanos; ya que permitirán a los individuos oponer resistencia a decisiones particulares, esto, a pesar de que dichas decisiones hayan sido alcanzadas por medio del funcionamiento normal de instituciones generales, las cuales no son en sí mismas desafiadas por esta resistencia ciudadana.³

Por su parte, la escuela positivista difiere de esta concepción, si bien esta escuela acepta que los derechos fundamentales pueden conformarse a partir de

² AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, 2014. *Los derechos humanos como triunfos políticos en el estado constitucional: el dilema entre democracia comunista y liberal en Ronald Dworkin* [en línea], 1ª Ed., México: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, [consulta 5 de agosto de 2024] ISSN: 2448-7937, Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_serial&pid=2007-4387&lng=es&nrm=iso

³ WORKIN, Ronald, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, 1ª Ed., Argentina, La Isla de la Luna, 2003, p. 32.

ciertos matices axiológicos -como la dignidad humana; igualdad política, económica, étnica; libertad de tránsito, asociación, expresión; etcétera-, no acepta que una norma pueda ser declarada inválida por ser contraria a un principio moral o ético.

Actualmente es complicado decantarse en favor de alguna de estas dos escuelas, incluso, hoy en día que el derecho se encuentra un proceso de evolución constante, en el que las teorías son rápidamente superadas o contrapuestas por nuevas formulaciones teóricas, decirse positivista o naturalista se equipararía en política a ser en términos vetustos de izquierda o de derecha.

Ambas posturas son finalmente concepciones cuyo uso es un tanto anacrónico, pues no va acorde con la dinámica jurídica y los debates actuales del derecho. Sin embargo, no se puede dejar de reconocer la importancia que estas tuvieron en su momento, pues ambas, fueron la base de las discusiones que de manera posterior se irían construyendo en torno al origen e interpretación del derecho.

Por ello, es que actualmente resulta relevante la postura del tratadista italiano Norberto Bobbio, quien refirió que se consideraba positivista en cuanto al método, pero, naturalista por lo que ve a la ideología. Esto es, esperando que finalmente el derecho, aún positivizado, se rija por valores éticos, en donde se ponga al centro la dignidad humana, así como las libertades e igualdades mínimas que deben de ser concedidas a todo ciudadano.⁴

La concepción de Bobbio coincide con el contexto actual del derecho. Ciertamente es difícil adscribirse a cualquiera de estas teorías, ya que el derecho sigue siendo positivo, incluso, éste tiende más a su positivación, no obstante la interpretación de éste se construye por criterios deontológicos y axiológicos. Es decir, se concibe que la norma se conforma a partir de valores éticos y morales cuyo reconocimiento propiamente no se encuentra explícito en la ley.

⁴ BOBBIO Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 1ª Ed., España, Trotta, 2015, p. 145

1.2 Notas sobre los Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y sus Garantías

La reforma a la Constitución del año 2011 produjo una serie de cambios en la forma interpretar y aplicar el derecho. Se introdujeron herramientas de interpretación normativa como el control de convencionalidad y el principio pro persona, se dejaron atrás viejos conceptos, como el término garantías individuales, a partir del cual se fundamentaban los derechos fundamentales de las personas, además se configuró este nuevo bloque de constitucionalidad integrado por la ley fundamental como por los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano.

Esta reforma no solo suscito cambios en el texto legal, también en el sector doctrinario tuvo repercusiones. Ahora había una clara distinción entre lo que eran derechos humanos, derechos fundamentales y sus garantías, que la doctrina debía de encargarse de explicar. Desde entonces mucho se ha escrito sobre la distinción que existe entre cada uno de estos tres conceptos y la importancia que existe en conocer a que se refiere cada uno de ellos para resolver problemas teóricos más específicos.

Conocer esa distinción permite advertir cuando la Constitución reconoce un derecho, facultad o libertad que no necesariamente es un derecho humano, o bien, identificar cuando efectivamente sí lo es. Dar cuenta de estas diferencias ha propiciado que en el sector académico se discuta, por ejemplo, si fue correcto que el Pleno de la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 360/2013, haya reconocido que las personas morales poseen derechos humanos reconocidos en la ley suprema, cuando en realidad lo que les reconoce son derechos y facultades fundamentales.

Para entender esta distinción se debe de estudiar cuáles han sido algunas de las notas que el sector académico ha escrito en torno a su historia y conceptualización, así como la confusión que existe entre derecho humano y derecho fundamental.

1.2.1 Concepto y consideraciones históricas sobre los derechos humanos

Sin el afán de hacer un análisis filosófico sobre estas posturas, pues ello escapa de los márgenes de esta investigación, es preciso conocer cuáles son algunas de las concepciones doctrinales que se tienen en torno a la definición del concepto derechos humanos.

El término derechos humanos, acuñando un poco de las teorías positivista y naturalista, se podrían definir como las prerrogativas con contenido axiológico, previstas explícita e implícitamente en tratados internacionales, así como en legislaciones promulgadas por los Estados, reconocidas en favor de las personas por su simple condición de ser seres humanos.

Para Luigi Ferrajoli, los derechos humanos han sido igualmente entendidos como los derechos primarios de las personas, así como aquellas libertades esenciales que deben de ser reconocidas indistintamente en favor de todos los seres humanos; según el autor, en este cúmulo de prerrogativas destaca el derecho a la vida e integridad de las personas; libertad persona y de conciencia; derechos a la salud o a la educación, así como garantías penales y procesales.⁵

Estos últimos derechos que menciona el autor, si bien, no constituyen la totalidad de los derechos humanos que se encuentran reconocidos por el sistema jurídico, ya que la gama de derechos es mucho más amplia, lo cierto es que, estos derechos constituyen el mínimo de libertades que un Estado liberal debe de reconocer y proteger a sus ciudadanos.

Entre estas libertades mínimas que debe de garantizar cualquier Estado a sus ciudadanos, las podemos encontrar en los denominados DESCAs,⁶ que se identifican como aquellos derechos que se relacionan con las necesidades básicas

⁵ FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª Ed., España, Trotta, 2019, p. 40

⁶ Los Derechos Económicos, Sociales y Ambientales, son derechos humanos relativos a las condiciones necesarias para un nivel de vida adecuado. Su nacimiento se dio en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Ambientales, celebrado en el año de 1966 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.)

de las personas, por ejemplo, el derecho a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la salud, al acceso al agua, al trabajo, a la seguridad social, etcétera. Ya que un Estado que no tiene la capacidad para promover y evitar violaciones a esta clase de libertades, es posible que no sea capaz de brindar protección a algún otro derecho.

Por otra parte, hay autores que para conceptualizar al término “derechos humanos”, aluden a la dignidad humana como elemento connatural de estos. Así, Hervanda desde su concepción los define como aquellos derechos que el ser humano posee por ser inherentes a su dignidad humana; refiere el autor que, en caso de que no se reconozcan tales derechos, se estaría en un contexto de injusticia y opresión.⁷

En la misma línea, Ovalle Favela los conceptualiza como prerrogativas de índole sustantiva, e igualmente advierte que estos tienen conexidad con la dignidad humana del hombre. Pues menciona que, los derechos humanos comprendidos en la Constitución y los tratados internacionales reconocen a la persona, en tanto están vinculados a su dignidad humana.⁸

La dignidad humana y los derechos humanos parecen estar más que entrelazados, pues al menos desde la concepción teórica no es posible entender a los derechos humanos sin la matización de ser derechos que invariablemente se desprenden de la dignidad de las personas; posiblemente esta idea se deba a que los hechos que anteceden a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sean eventos en los que se materializaron violaciones que atentaban de manera directa en contra de la dignidad de las personas.

Sobra decir los hechos ocurridos en la primera y segunda guerra mundial. Sin embargo, hay quienes afirman que la simbiosis entre ambas acepciones ha

⁷ HERVADA J., *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona*, 2ª Ed, España, EUNSA, 2007, p. 452

⁸ OVALLE FAVELA José, *Derechos humanos y garantías constitucionales*, 1ª Ed., México, Porrúa, 2021, p. 8

estado presente en cada momento de la evolución histórica de los derechos humanos.⁹

Si hay algo que es indudable es la constante evolución de los derechos humanos, en este largo transigir han pasado de ser derechos del hombre a ser derechos del ser humano, dejando de ser meramente normas positivas a ser normas con matices axiológicos, de ser derechos previstos explícitamente en el texto fundamental a ser derechos que se pueden encontrar igualmente reconocidos de forma implícita, esto, ha significado su ampliación, principalmente por las demandas que la sociedad ha pedido con vehemencia en cada momento de la historia.

Incluso dentro de esta evolución se han incluido como receptores de este tipo de derecho a seres no humanos, por ejemplo, el caso de los animales. Como acertadamente se cuestiona Juan Antonio Cruz Parceró, si los animales son capaces de ser receptivos a emociones similares a las de los humanos, poseen inteligencia y son capaces de comunicarse; incluso, hay animales que son más inteligentes que algunos seres humanos con poco desarrollo cognitivo, como los bebés, o que aquellos que tienen alguna enfermedad mental, porqué no habría que considerarlos también como personas.¹⁰

También es destacable lo que escribe Norberto Bobbio, quien refiere que la expresión derechos del hombre, como antiguamente eran conocidos los hoy llamados derechos humanos, incita al engaño, porque tales derechos han estado y seguirán estando sujetos a una mutación y ampliación a lo largo de la historia.¹¹

Por otro lado, es oportuno conocer cuál es la historicidad del término derechos humanos, pues podría imaginarse que, por ser prerrogativas inherentes

⁹ El autor español Peces Barba, afirma que la idea central que se advierte en todos los momentos de la evolución histórica de los derechos humanos es la de la dignidad humana. PECES-BARBA, Gregorio, *"Derecho positivo de los derechos humanos"*, 1ª Ed., España, Debate, 1987, p. 11

¹⁰ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, 1ª Ed., México, Trotta, 2012, p. 131

¹¹ BOBBIO Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, en *El tiempo de los derechos*, 1ª Ed., España, Sistema, 1991, p. 70

al ser humano, tal término ha existido desde siempre. Sin embargo, esto no es así, ya que el término derechos humanos es relativamente nuevo, al menos en México se acuñó a partir de la reforma Constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del año 2011.

Para encontrar su origen necesariamente tendríamos que remitirnos a los documentos históricos que constituyen los primeros vestigios de los derechos humanos. Esta genealogía comenzaría por el Cilindro de Ciro, pasando por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, hasta llegar a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

a) Cilindro de Ciro de 539 a.C.

El Cilindro de Ciro es una pieza arqueológica encontrada en el año de 1879, mientras se realizaban labores de excavación en la antigua Mesopotamia, hoy Irán. Este objeto perteneció a Ciro el Grande, primer Rey de Persia, quien liberó a los esclavos de Babilonia en el año 539 a. C.

Entre las grandes obras que se le atribuyen a este Emperador, además de la liberación de los babilonios, destaca el haber reconocido que todas las personas sujetas a su gobierno tenían la libertad para elegir su propia religión, asimismo, estableció la igualdad y respeto entre las razas.

Sobre la vinculación que tiene este objeto con los derechos humanos, destaca que, en los textos grabados en su cuerpo arcilloso, se estableció que la nación iraní siempre había apoyado la justicia, la devoción y los valores humanos. Indicaba que toda persona tenía derecho a la libertad, así como que todos los individuos debían de respetarse mutuamente, de igual forma, el cilindro también hace un llamado a resistir a la opresión, defender a los oprimidos, respetar la dignidad y reconocer los derechos de las personas.

Este documento constituye el primer documento de derechos humanos del que se tiene conocimiento, además de ser la primera proclamación sobre las

libertadas e igualdades del hombre; finalmente, otro dato interesante de este objeto es que sus disposiciones son análogas a los primeros cuatro artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹²

b) Carta Magna de 1215

La Carta Magna de 1215 fue un documento que entregó el Rey de Inglaterra Juan sin Tierra a sus súbditos, los nobles, después de que este violará un sin número de leyes y de tradiciones con las que se había gobernado Inglaterra.

En su texto se establecieron ciertas concesiones a favor de los nobles, concesiones que después serían conocidas como derechos humanos. Entre estas concesiones estaba el derecho de la iglesia a estar libre de la intervención del gobierno, los derechos de los ciudadanos para poseer y heredar propiedades, también, se establecieron principios de garantías legales e igualdad ante la ley y se reconoció la figura del *habeas corpus* como mecanismo para la limitación del poder.

Este documento es la antesala de lo que años más tarde fue en otros Estados, la separación Iglesia-Estado, como ocurrió en México durante el gobierno de Benito Juárez García. También, destaca que, desde ese momento se creó un mecanismo para la defensa de derechos como el *habeas corpus*, similar a lo que es actualmente el juicio de amparo en nuestro país.¹³

c) Petición de derecho del Parlamento Inglés de 1628

La petición de derecho de 1628, fue un documento enviado por el Parlamento Inglés a Carlos I, en el que se estableció una serie de declaraciones de libertad de índole civil. El contexto en que surgió este documento, derivó de una serie de encarcelamientos ordenados por Carlos I en contra de aquellos ciudadanos o

¹² Una breve historia de los Derechos Humanos. [En línea] [consultado el 17 de noviembre del 2024]. Disponible en: <https://www.unidosporlosderechoshumanos.mx/what-are-human-rights/brief-history/declaration-of-independence.html>

¹³ Ídem

integrantes del gobierno que se opusieran o se manifestaran en contra de las políticas del Rey.

Estos hechos produjeron animadversión del Parlamento hacia Carlos I, siendo esto lo que motivo la redacción de esta petición de derecho; en ella el Parlamento redactó una serie de principios que en cierta forma limitaban el poder del Rey, además de que hacía cesar los actos hostiles que había llevado a cabo este último en contra de sus gobernados.

Estos principios quedaron redactados de la siguiente manera: 1) No se podrá recaudar ningún impuesto sin el consentimiento del Parlamento; 2) No se podrá encarcelar a ningún súbdito sin causa probada; 3) A ningún soldado se le puede acuartelar con los ciudadanos y; 4) No puede usarse la ley marcial en tiempos de paz.

La petición de derechos es otro documento que, al igual que la Constitución de 1215 y el Cilindro de Ciro, constituye una declaración de derechos humanos frente al Gobierno, creando un límite al poder que este último podía ejercer de forma despótica en detrimento de sus gobernados.¹⁴

d) Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787

La Constitución de Estados Unidos de Norteamérica fue escrita en el año de 1787 en Filadelfia. Siendo la Constitución escrita más antigua del mundo, en ella se definió los organismos principales del gobierno y sus jurisdicciones, así como los derechos básicos de los ciudadanos.

Sus primeras diez enmiendas entraron en vigor el 15 de diciembre del año 1791, limitando los poderes del gobierno federal de Estados Unidos, además de proteger los derechos de los ciudadanos, residentes y visitantes en territorio estadounidense.

¹⁴ Ídem

La carta de derechos protege derechos como la libertad de expresión, religiosa, derechos para tener y portar armas de fuego, derecho de reunión y petición. También prohibía la búsqueda e incautación irrazonable, el castigo cruel e inusual y la autoincriminación obligada. Prohibía al gobierno privar de la vida, libertad o posesión sin el debido proceso legal.

Esta Constitución como puede observarse, concedía libertades a sus ciudadanos para el ejercicio de determinados derechos, pero, también, imponía al gobierno un deber de abstención para evitar la violación de derechos humanos de los ciudadanos. Otro punto novedoso es que la concesión de los derechos no solo se reconocía en favor de los ciudadanos estadounidenses, sino que también dicho reconocimiento se hacía extensivo para aquellas personas que no guardaban esta calidad, como los residentes y visitantes que estuvieran en territorio norteamericano.¹⁵

e) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

El documento en cita se dio como consecuencia de la revolución francesa ocurrida en el marco de la abolición de la monarquía absoluta que había gobernado en Francia, y la transición que se hizo de ésta a la primera República Francesa, culminado con el ascenso de Napoleón Bonaparte al poder y el comienzo de la era napoleónica en este país. Aunado a esto, la Declaración de Derechos constituyó la base de los que sería posteriormente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

En este documento, se dejó plasmado el pensamiento liberal que sirvió de fundamento ideológico para el izamiento de las armas en Francia. Esta proclama de libertades, a diferencia de la declaración de 1948, se enfocó más en el reconocimiento de los derechos individuales y políticos del hombre, aunado a que,

¹⁵ Ídem.

en ese momento, no se hacía alusión a derechos del ser humano, sino del hombre en abstracto.¹⁶

f) Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana

La Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana fue un documento redactado en el año 1791, por la escritora francesa Olympe de Gouges, parafraseando el nombre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En este texto, la autora exponía la necesidad que existía de reconocer la igualdad entre hombre y mujeres, de tal suerte, exigía que los mismos derechos y libertades consagrados en la Declaración de Derechos de 1789, fueran igualmente reconocidos a favor del género femenino.

Dicho documento constituye la exigencia para el reconocimiento de normas con cuyo contenido axiológico se basaba en principios de igualdad que debían de existir tanto en hombre como en mujeres.¹⁷

g) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Ahora bien, la segunda guerra mundial fue un conflicto bélico que dejó una huella imborrable en la historia de la humanidad, debido al genocidio y violación de múltiples libertades en perjuicio de un grupo étnico-religioso en particular, situación que condujo para que el día 10 de diciembre del año 1948, se promulgara la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este documento constituye el reconocimiento de las libertades esenciales del ser humano que no le pueden ser arrebatadas. En su texto se incluyen los derechos a la vida, la libertad, la privacidad, la educación, la libertad de expresión, así como,

¹⁶ Ídem.

¹⁷ DE GOUGES, Olympe, 2015. La declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana. [en línea] [consulta 17 de noviembre del 2024] Disponible en: https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/catedra/materiales/u1_cuaderno2_trabajo.pdf

la inserción de derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la vivienda, la salud y la seguridad social. Sin duda, este documento constituyó en su momento y sigue constituyendo hoy día, junto con los pactos internacionales y sus protocolos la base del derecho internacional en materia de derechos humanos, lo que constituye la Carta Internacional de Derechos Humanos^{18, 19}

1.2.2 Derechos Fundamentales

El término derechos fundamentales es una expresión que ha sido utilizada por la doctrina para referirse a aquellos derechos y libertades de las personas que reconoce el texto constitucional. Este concepto usualmente ha estado estrechamente relacionado con el de derechos humanos, como si ambos términos en realidad fuesen sinónimos, por lo que en ocasiones se ha entendido que, para referirnos a los derechos de las personas bien se podría utilizar uno u otro término de manera indistinta.

Para comprender lo que son los derechos fundamentales y las diferencias de estos con los derechos humanos, necesariamente habría que remitirse a la doctrina. Al respecto, el doctrinario Pérez Luño comenta que, hay teorías que afirman que los derechos humanos se conforman a partir de exigencias axiológicas derivadas de la dignidad humana que deben de recibir un reconocimiento normativo, mientras que los derechos fundamentales se caracterizan por haber logrado su positivización.²⁰

Sobre la apreciación de este autor se puede destacar dos cosas, la primera es que, en efecto, la estructura de los derechos humanos y las exigencias axiológicas que forman parte de esa estructura derivan de la dignidad humana de las personas; mientras que, los derechos fundamentales son derechos que han adquirido esta categoría por haber logrado su inclusión en el texto fundamental.

¹⁸ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, juntos conforman la Carta Internaciones de Derechos Humanos.

¹⁹ Op Cit., Nota 12

²⁰ Pérez Luño Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 1ª Ed., España, Tecnos, 1988, p. 44

De tal suerte que, pueden existir derechos humanos consagrados en los diferentes tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano que al ser incluidos en la ley suprema se les puede denominar derechos fundamentales. Es decir, que se han fundamentalizado por estar ahora reconocidos también en la Constitución.

Así, tanto derechos humanos como derechos fundamentales se pueden construir a partir de exigencias axiológicas y deontológicas como la dignidad humana, y les puede revestir el principio de universalidad, por ejemplo, el derecho a la vida, la salud, el trabajo, la educación, la libertad personal, la integridad física, contar con garantías judiciales, solo por citar algunos. Sin embargo, hay otros casos en que un derecho fundamental no necesariamente es un derecho humano como más adelante se expondrá.

De esta forma, si se busca construir una definición que conceptualice qué es un derecho fundamental, obligadamente tendríamos que acudir a la definición que nos aporta Luigi Ferrajoli. Este autor menciona que los derechos fundamentales son derechos subjetivos universales que corresponden a todos los seres humanos.²¹

Esta definición tiene, según el autor, un carácter teórico y otro formal o estructural. Teórico porque si bien toma en cuenta la regulación constitucional o legal de los derechos fundamentales en las actuales democracias, hace abstracción de su concreta formulación positiva y pretende fijar principios de valor general. Formal o estructural, porque no atiende a los contenidos de los derechos proclamados universalmente, de manera que “un derecho absolutamente fútil”, materialmente hablando, pero formalmente universal, sería un derecho fundamental.²²

Por su parte Stern, quien estima que los derechos fundamentales se caracterizan por su “fundamentalidad, positividad y constitucionalidad” menciona

²¹ FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías*, 2ª Ed., España, Trotta, 1999, p. 37

²² Op. Cit., p. 38

que, la fundamentalidad se vincula con el significado o importancia que posee el derecho frente a la persona y el sistema jurídico; la positividad se refiere a que este necesariamente debe de estar inscrito en un texto legal; y, su constitucionalidad se refiere a la inscripción del derecho dentro de un ordenamiento jurídico, y a la coherencia que este derecho tiene con las normas y principios que conforman dicho ordenamiento.²³

Bajo esta misma idea de concebir a los derechos fundamentales como aquellos derechos previstos en la norma fundamental, tenemos la teoría de Robert Alexy, quien atribuye cuatro rasgos elementales a los derechos fundamentales, su máximo rango, su máxima fuerza jurídica, la máxima importancia de su objeto y su máximo grado de indeterminación.

Su máximo rango, explica el autor, corresponde a la inserción de estos derechos en la Constitución, norma suprema del ordenamiento; su máxima fuerza jurídica se en que estos derechos son capaces de vincular a todos los poderes públicos; la máxima importancia de su objeto consiste en la relevancia del contenido y de la vigencia de estos derechos para las personas y la sociedad; por último, su máximo grado de indeterminación, se pone de manifiesto en el carácter abierto de las disposiciones que lo consagran.²⁴

De la concepción que tiene este autor sobre los derechos fundamentales, es posible destacar principalmente dos cosas; la primera es, la concepción que se tiene en relación a que por derechos fundamentales necesariamente debemos de entender aquellos derechos que se encuentran previstos en la norma fundamental; la segunda es, que los derechos fundamentales no se resumen a los explícitamente positivizados en la norma fundamental, sino que estos son indeterminados, es decir,

²³ CASAL H. Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus restricciones*, 1ª Ed., Colombia, Temis, 2020, p. 22

²⁴ ALEXY Robert, *Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático*, 1ª Ed, España, Trotta, 2003, p. 36

se puede extraer más derechos fundamentales de los ya previstos en la Constitución.

Un ejemplo de esto último es la aparición de derechos como el libre desarrollo de la personalidad, el proyecto de vida, la autodeterminación, entre otros, que si bien, no son derechos que expresamente consagre la Constitución, se les ha dado el reconocimiento de ser derechos constitucionales, debido a que su inclusión en el orden jurídico se debe a la interpretación que se ha hecho de ciertas libertades y garantías que consagra la norma fundamental.

Tomando en cuenta las definiciones previamente apuntadas, es posible colegir que tanto los derechos humanos como los derechos fundamentales en ocasiones parten de una misma base, esta base es la universalidad de su reconocimiento y la estrecha vinculación que ambos tiene con la dignidad humana.

Por lo tanto, para hacer una distinción abstracta entre ambas expresiones, esta se podría reducir en conceptualizar a los derechos fundamentales como derechos humanos constitucionalizados. Esto es, derechos que ciertamente son humanos, pero su reconocimiento no se extrae de un tratado o norma internacional, sino que su reconocimiento se encuentra positivizado explícita o implícitamente en la Constitución.

No obstante, esta concepción partiría de una idea errónea, en la que se vería como regla general que todo derecho fundamental es un derecho humano constitucionalizado, cuando no en todos los casos es así.

Sobre esta idea de concebir en todos los casos a los derechos fundamentales como derechos humanos que han logrado su inclusión en la Constitución, Juan Antonio Cruz Parceró nos dice que, en la teoría se tendría que distinguir entre derechos humanos y otros derechos fundamentales que establece la Constitución. Algunos derechos pese a formar parte de la Constitución, no reúnen tal estatus, por lo que no habría que confundirlos con derechos humanos.

En ese sentido, refiere que la idea de la teoría de los derechos humanos es establecer los criterios que ciertos derechos cumplen para ser considerados como especialmente importantes, es decir, de un peso moral fundamental para la persona. Por lo que se tendría que reconocer que una Constitución como la nuestra reconoce derechos humanos, pero también otro tipo de derechos a los que les dota de una jerarquía especial, por razones diferentes a las que sirven como fundamento de los derechos humanos.²⁵

En otras palabras, se entiende que, existen derechos humanos reconocidos en la Constitución a los que bien se les puede denominar derechos fundamentales, indistintamente; ya que estos poseen esa característica connatural que tienen los derechos humanos como la universalidad y el peso moral que los fundamenta.

Sin embargo, existe otra clase de derechos fundamentales que no necesariamente son derechos humanos, ya que no tienen esa característica de universalidad y no poseen ese peso moral fundamental que, como menciona el autor, los primeros si poseen.

Un ejemplo de esta clase de derechos serían los que prevé la Constitución en el artículo 123, fracción IX, inciso F, en el que se establece que los trabajadores tienen derecho al reparto de utilidades de la empresa. También, en este mismo artículo, en el inciso B, fracción XI, se establece el derecho que tienen los trabajadores para ser reinstalados en su fuente de trabajo cuando hayan sido despedidos de forma injustificada.

Incluso, recientemente fue aprobada una reforma a este mismo numeral en donde el poder reformador estableció que, se otorgaría un apoyo económico a las personas que tengan entre 18 y 29 años de edad, que se encuentren en desocupación laboral y no estén cursando algún nivel de educación formal.

²⁵ CRUZ PARCERO Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, 1ª Ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, 53 y 54 pp.

Es claro que en caso de vulneración a cualquiera de los derechos antes descritos ésta podría ser reparada a través del juicio de amparo. Sin embargo, conviene cuestionarse dos cosas. La primera es, ¿si a estos derechos les asiste el principio de universalidad que tienen los derechos humanos?; la segunda es, ¿si estos derechos tienen ese peso moral fundamental que sí tienen los derechos humanos?

En respuesta a la primera pregunta, se diría que estos derechos evidentemente no son universales, puesto que, no existe ningún tratado, convención o cualquier otro instrumento internacional, ratificado por el Estado Mexicano que reconozca el derecho universal de los ciudadanos a participar en el reparto de utilidades de una empresa, o bien, a ser reinstalados en su fuente laboral en caso de que hayan sido despedidos de forma injustificada. Como tampoco existe alguna norma internacional que exhorte a los Estados a crear programas de asistencia social en el que se les brinde a ciertas categorías de ciudadanos apoyos económicos o de manutención.

Por lo que hace a la segunda pregunta, esta invita a la reflexión, pues habría que pensar si el reparto de utilidades como una prestación más a la que tiene acceso el trabajador, en verdad posee un matiz moral tan fuerte, como sí lo tiene, por ejemplo, el que se permita a los ciudadanos ejercer un trabajo siempre y cuando este sea lícito. También habría que reflexionar si ese peso moral fundamental lo encontramos en la posibilidad de que una persona sea reinstalada en un espacio de trabajo en el que le fueron violentados múltiples derechos laborales.

O si es moralmente correcto y necesario dar apoyos económicos a personas jóvenes, sin ningún tipo de discapacidad o enfermedad mental, en lugar de aumentar los espacios laborales, mejorar las condiciones de trabajo y hacer efectivos y no ilusorios todos los derechos laborales que consagra la norma fundamental. No obstante, estas reflexiones incitan a generar una dialógica filosófica que desde luego escapa de los márgenes de este trabajo.

Desde esta perspectiva habría entonces que concebir que la Constitución se configura, en la mayoría de los casos, por derechos humanos que son derechos fundamentales, pero habrá otras ocasiones en que existan derechos fundamentales que no puedan ser considerados como derechos humanos.

Como explica el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en su voto concurrente dentro de la Contradicción de Tesis 360/2013, los derechos fundamentales son derechos subjetivos constitucionalizados que están sujetos a estatus diferenciados como puede ser ciudadanía, capacidad de obrar, pertenencia a un grupo y cuyo titular puede ser cualquier persona, sea física o jurídica.

Refiere que, la característica definitoria de los derechos humanos es que tienen como base la dignidad intrínseca del ser humano, por lo que son reconocidos mas no otorgados por el Estado y tienen como características definitorias su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En cambio, los derechos fundamentales son derechos constitucionalizados con una gran variedad de contenidos y limitaciones que no necesariamente deben cumplir con las características de universalidad o progresividad.

Por lo que, concluye en que habrá casos en que un derecho humano sea a su vez un derecho fundamental, pero habrá supuestos en que un derecho fundamental, aun cuando el titular sea una persona física, no sea un derecho humano.²⁶

1.2.3 Garantías

Finalmente, las garantías, es una expresión que en México, anterior a la reforma constitucional del año 2011, se utilizaba para hacer alusión a lo que hoy se conoce como derechos humanos. En esa época, era común que, en las aulas, en los juzgados, en los escritos jurídicos, así como en el lenguaje común de los juristas,

²⁶ Voto concurrente formulado por el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en la Contradicción de Tesis 360/2013, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 4, 5 y 7 pp.

se utilizara el término garantías individuales para referirnos a los derechos del ser humano.

Sin embargo, este término dejó de utilizarse a raíz de la reforma constitucional en comento, al menos, en el sentido en el que se venía haciendo. Esto es así, ya que la palabra garantías no se eliminó del texto fundamental y, menos aún, se eliminó de nuestro sistema jurídico, lo que ocurrió es que su significado cambio. El Constituyente estableció en la redacción del primer párrafo del artículo primero de la Constitución que, en México todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección.

Es claro lo que el Constituyente plasmó en la norma fundamental al añadir el termino derechos humanos, sin embargo, la pregunta obligada que en su momento surgió y posiblemente aún siga surgiendo es, ¿a qué se refiere entonces la palabra garantías?

Para responder a este cuestionamiento, se debe de acudir a la doctrina desarrollada por algunos teóricos del derecho quienes explican el concepto de garantías.

Para Ovalle Favela las garantías constitucionales tienen un matiz eminentemente procesal, y comprenden todos aquellos presupuestos básicos para la defensa de los derechos humanos. El auto entiende a las garantías como instrumentos de carácter procesal, que configuran todas aquellas condiciones que son necesarias para la defensa de los derechos humanos en sede jurisdiccional.²⁷

²⁷ OVALLE FAVELA, José, Op. Cit., Nota 8, p. 7

Mientras que, para Fix Zamudio, las garantías son derechos subjetivos que se confieren en la Constitución explícita o implícitamente a los justiciables, con la finalidad de que puedan obtener la resolución de una controversia justa y eficaz.²⁸

Otra definición sobre el concepto de garantías que resulta igualmente destacada como las anteriores, es la expuesta por la Primera Sala de la SCJN al conceptualizar a las garantías como las técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los derechos humanos.²⁹

Bajo estas concepciones se puede concebir a la garantía de audiencia, debido proceso, ser juzgado por un juez natural, el juicio de amparo, el principio de legalidad, exacta aplicación de la ley penal, solo por mencionar algunas, como garantías constitucionales cuya función es hacer posible en el plano procedimental la protección de los derechos humanos.

Evidentemente cada una de estas garantías, así como otras no citadas, son derechos que igualmente reconoce la Constitución, por ende, podría surgir la duda de si tales garantías son igualmente derechos humanos.

Para disipar tal cuestión, podríamos acudir al concepto que menciona Luigi Ferrajoli, citado por Ovalle Favela, quien en efecto, concibe a las garantías como derechos humanos, pero, advierte que se les llama garantías porque su finalidad consiste en asegurar o garantizar el ejercicio y la defensa de los derechos ante los tribunales, porque que tienen un evidente carácter instrumental.³⁰

En resumen, las garantías son los derechos connaturales a los derechos humanos o fundamentales, indistintamente, que sirven como instrumento para la efectivización de estos últimos ante los diferentes órganos estatales. No sería correcto hacer una distinción en el sentido de concebir a una garantía como un

²⁸ FIX ZAMUDIO Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, 1ª Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1974, p. 31

²⁹ Tesis aislada 1a. CCLXXXVII/2014 (10a.), “DERECHOS HUMANOS. NATURALEZA DEL CONCEPTO “GARANTÍAS DE PROTECCIÓN”, INCORPORADO AL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTE DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2011”.

³⁰ Op. Cit., p. 8

instrumento exclusivo únicamente de los derechos humanos o bien de los derechos fundamentales, ya que ambas acepciones como en un inicio se mencionó parten de la misma base, que es la dignidad humana y la universalidad de su reconocimiento.

1.3 Constitución. Fuente primaria de las restricciones constitucionales

Al tratar un tema como la restricción a una prerrogativa inherente a una persona por su simple calidad de ser humano o de ciudadano, necesariamente debe de remitirse al cuerpo jurídico donde esa prerrogativa se encuentra alojada, e incluso, al marco jurídico que consigna su propia restricción.

En México, las restricciones constitucionales, encuentran su reconocimiento en el texto fundamental, es decir, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior, tiene su fundamento en la contradicción de tesis 293/2011, la cual fue resuelta por la SCJN de nuestro país.

Aún y cuando la respuesta parecería muy obvia, ya que se presupone que se tiene conocimiento de lo que es una Constitución materialmente hablando, poco se ha estudiado su significado a partir de teorías materiales y filosóficas. Estudiar su significado bajo estos postulados, posiblemente ayudaría a comprender como es que puede existir un texto que confiera derechos y al mismo tiempo los restrinja.

En un principio, se puede mencionar que existen constituciones materiales y también consuetudinarias (no codificadas). También, que hay constituciones de corte ideológico, por ejemplo, las denominadas Constituciones liberales o conservadoras, incluso, en la actualidad se sigue acuñando el termino de izquierda o derecha para definir el sentido ideológico de una Constitución.

Aún y cuando definir a un texto fundamental por su ideología originaria resultaría interesante desde una perspectiva político-jurídica, en este apartado se abordarán definiciones que han dado algunos doctrinarios en relación al término Constitución a partir de postulados que la han definido tomando como base la

estructura interna de esta; también, se citará a otros autores que han definido este mismo término a partir de las causas externas que confluyeron para su creación.

En principio, una de las definiciones de corte positivista que busca definir el término Constitución, es la definición que nos proporciona Hans Kelsen, quien concibe a la Constitución como una realidad jurídico-formal, como una norma suprema que preside la vida jurídica de un país, asimismo, este autor agrega que, la Constitución en sentido formal es un documento solemne, cuya normativa jurídica solo puede ser modificada mediante prescripciones especiales. Mientras que, la Constitución en sentido material, menciona, está constituida por preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y en especial la creación de leyes.³¹

Por su parte, Riccardo Guastini refiere que, la acepción Constitución puede tener distintas interpretaciones cuando definir el texto fundamental se trata. Así, menciona que por Constitución podemos entenderla como un ordenamiento político liberal; una segunda definición sería entenderla como el conglomerado de normas jurídicas de índole fundamental; la tercera definición sería entender a la Constitución como un mero cuerpo normativo al que se la ha dado ese nombre, sin mayor ahondamiento; finalmente, la cuarta definición, nos dice el autor, sería entender a la Constitución como un texto normativo dotado de ciertas características “formales”, es decir, de un régimen jurídico peculiar, distinto al de los otros cuerpos jurídicos.³²

Incluso, este autor hace hincapié en el sentido que, para que un Estado pueda autodenominarse Estado Constitucional o, al menos, considerarse provisto de una Constitución, debe de reunir dos características. La primera sería que estén garantizados los derechos de los ciudadanos y, la segunda, que exista una división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).³³

³¹ KELSEN Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 1ª Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1988, p. 8

³² GUASTINI Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, 1ª Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, 15 y 16 pp.

³³ Op. Cit., p.31

En un sentido similar, se tiene la concepción de Herman Finer, quien entiende a la Constitución como aquella que configura y ordena los poderes del Estados, sumado a que en ella se fijan los límites en el ejercicio del poder y de las libertades y derechos fundamentales.³⁴

Por su parte, George Jellinek, añadiendo un matiz axiológico al incluir el término “*principios*” en su definición, describe a la Constitución como aquella que acoge los principios jurídicos que configuran a los órganos del Estado, su creación, sus relaciones mutuas, así como también fija la situación que cada uno de estos órganos posee con relación al poder del Estado.³⁵

Este aserto por Jellinek de concebir a la Constitución con ciertos matices axiológicos, puede verse reflejada de manera más nítida cuando al describir a la Constitución menciona que, en ella se consagra el principio de ordenación que es necesario para delimitar la voluntad de una sociedad, entre sus miembros y de sus miembros respecto a ella.³⁶

Posiblemente esta sea una de las primeras definiciones teóricas que postulaban la idea de que la Constitución aparte de conformarse por normas que proveían de derechos fundamentales a los ciudadanos, así como normas que estructuraban al Estado, también, se conformaba por principios, como el de ordenación descrito por Jellinek; esto quiere decir, por normas con contenido axiológico sujetas a optimización.

Hermann Héller, bajo una teoría parecida a la de Riccardo Guastini, concibe a la Constitución bajo una conjunción de distintos conceptos, de esa manera nos refiere que la Constitución se podría construir por dos conceptos sociológicos, dos conceptos jurídicos y un concepto de constitución formal, que en resumidas cuentas se expresan así:

³⁴ FINER, Herman, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, 1ª Ed., España, Tecnos, 1964, p. 93

³⁵ JELLINEK George, *Teoría General del Estado*, 5ª Ed., México, Porrúa, 2014, p. 18

³⁶ Cfr. MELO GUEVARA Gabriel, *El Estado y la Constitución*, 1ª Ed., Colombia, Temis, 1967, 63 y 64 pp.

El concepto sociológico de Constitución de contenido más amplio se refiere a la estructura característica del poder, la forma concreta de existencia y la actividad del Estado. El segundo concepto sociológico, se desprende de un punto de vista histórico-político, a una estructura básica del Estado como ente fundamental en la totalidad estatal.

El concepto jurídico más amplio abarcaría todas las normas jurídicas contenidas en el texto constitucional, sumando todos los demás cuerpos legales que sean coherentes con las normas y principios de la Constitución. El concepto de la Constitución material en sentido estricto, que extrae de la ordenación jurídica total del Estado un contenido parcial valorado como ordenación fundamental, y no sólo como norma fundamental hipotética y lógica.

El concepto de constitución formal, significa la totalidad de los preceptos jurídicos fijados por escrito en el texto constitucional. Únicamente el constituyente decide cuáles preceptos jurídicos deben estimarse como bastante importantes, cumplen con el requisito de fundamentalidad, para así ser incluidos en el texto constitucional y, en su caso, gozar de la garantía de la permanencia.³⁷

Como es posible advertir, estas definiciones tienden a conceptualizar a la Constitución a partir de lo que internamente está previsto en ella, la forma de su creación, el contenido de sus normas, su forma de organización política que da al Estado, etcétera. Es decir, como si todo lo que gira en torno a la conformación y dinámica del Estado dimanara de la Constitución misma, lo que daría lugar a pensar que la Constitución es la que da vida al Estado y no el Estado a la Constitución.

En otro sentido, como se anticipó, hay otros autores que conceptualizan a la Constitución a partir de los factores externos, ajenos a la norma Constitucional, que de alguna forma coadyuvaban o coadyuvaron para la creación y existencia de lo que conocemos como Constitución.

³⁷ HERMAN Heller, *Teoría del Estado*, 6ª Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 294

Uno de estos autores es Ferdinand Lassalle, quien en su conocida obra *¿Qué es una Constitución?*, dice que la Constitución es la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. Refiere que, esos factores guardan estrecha relación con la Constitución jurídica, pues se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y a partir de ese momento, ya no son factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.³⁸

Idea similar a la de Ferdinand es la que sostiene Charles Herman, quien menciona que, una Constitución es lo que el gobierno y el pueblo acuerdan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal. Dicho en otra forma, según el autor, lo que pueblo y gobierno piensan que una Constitución es.³⁹

Sobre la postura de Herman, acertadamente comenta Néstor Sagües, la Constitución pasa a ser un instrumento vivo, orgánico y cambiante. Lo anterior, menciona, permite que la Constitución sea resancionada todos los días, aunque ello no implique que sus normas cambien día con día.⁴⁰

Esta idea nos permite concebir a la Constitución no como un documento formal, inalterable, al que hay que interpretar como si fuese una especie de testamento, al pie de la letra, sino que nos permite concebirla como un instrumento que ordena al Estado y otorga garantías a sus ciudadanos, pero, cuyas normas son susceptibles de ser interpretadas acorde a las necesidades y demandas sociales, procurando en todo momento la inalterabilidad de su sentido axiológico sin caer en la necesidad de su reforma.

Esta idea de concebir a la Constitución como un documento sujeto a “reformas” interpretativas que vayan acorde a las necesidades y dinamismo de la sociedad, ha permeado en el surgimiento de nuevas teorías que buscar reevaluar

³⁸ LASALLE Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 4ª Ed., España, Ariel, 1994, p. 82

³⁹ PRITCHETT Charles Herman, *La constitución Americana*, 1ª Ed., Argentina, TEA, 1965, p. 1

⁴⁰ SAGÜES Néstor Pedro, *La Constitución Bajo Tensión*, 1ª Ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 29

el fin que persigue una Constitución. Una de estas teorías es la denominada Constituciones abiertas.

Esta teoría postula que las Constituciones deben de poseer un texto receptivo y dinámico, que reconozca postulados axiológicos en sus normas y que, además, sea susceptible de expansión interpretativa en sus normas, atendiendo siempre a la realidad Constitucional de la sociedad.

Uno de sus exponentes es Gustavo Zagrebelsky, quien en relación a las Constituciones abiertas, refiere que estas permiten, dentro de los límites constitucionales, la espontaneidad en la vida social como la competencia para asumir la dirección política. Continúa explicando que, ya no puede entenderse a la Constitución como el centro de lo que todo irradiaba sino que ahora debe entenderse como dentro en el que todo debe de converger, es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.⁴¹

Entonces si una Constitución es la base organizativa de todo Estado, otorga derecho y garantías a las personas sujetas a su tutela, además, requiere ser dinámica y progresiva, moldeándose con el paso del tiempo a las necesidades y demandas de la sociedad, es posible que surja la pregunta, ¿qué lugar ocupan entonces las restricciones en este contexto?

Para responder a esta interrogante se puede utilizar como ejemplo la Constitución mexicana. Si quisiéramos definir a esta Constitución por su ideología evidentemente tendríamos que definirla como una Constitución de corte liberal, lo que quiere decir que es una Constitución que procura la concesión de garantías mínimas a sus ciudadanos como la vida; la libertad deambulatoria, libertad de empresa, de comercio, libertad de expresión, de asociación, de culto, de imprenta; tutela judicial, garantías procesales, entre otras.

⁴¹ ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 1ª Ed., España, Trotta, 1995, p. 14

Sin embargo, también, es una Constitución de índole social, pues en su texto el Constituyente previo la concesión de derechos sociales y derechos de minorías, por ejemplo, el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, a la seguridad social, el respeto a la autodeterminación de los pueblos originarios, por mencionar algunas.

Esto quiere decir que en el texto constitucional se conjugan tanto derechos del individuo como derechos inherentes a la colectividad, de tal manera que, el diseño del texto constitucional debe permitir la realización de ambas prerrogativas, sin que la realización de una de estas implique el menoscabo de los derechos y garantías de la otra, esto es, el arquetipo constitucional debe estar diseñado para la coexistencia de ambas clases de derechos, derechos sociales y derechos del individuo.

Así como se reconocen libertades y garantías, a manera de modulación, también, se pueden imponer ciertas limitaciones a estas libertades, esto, con la finalidad de salvaguardar la protección de otros derechos con los que en algún determinado momento pueda suscitarse una colisión. Incluso, cuando se vea amenazado el orden político, la estabilidad y el orden social de un país, se podrán imponer restricciones a ciertos derechos humanos, a fin de recobrar el orden común que debe de guardar el Estado de Derecho.

Estas limitaciones a libertades y garantías que, en determinado momento puede imponer el Estado y, además, algunas se encuentran reconocidas expresamente en el texto constitucional -art. 29 de la Constitución-, es lo que se le conoce como restricciones constitucionales, aunque en la doctrina también se denomina simplemente como limitaciones, o bajo una definición un tanto más pragmática, como colisión de derechos.

En la Constitución mexicana, como ya se mencionó, las restricciones encuentran su fundamento en el artículo 29. En este precepto se observa que el Constituyente estableció en qué casos -supuestos de hecho- el Estado podría declarar la restricción o suspensión de los derechos y garantías reconocidas en la

Carta Magna, con la finalidad de restablecer el Estado de Derecho cuando este se vea amenazado.

Así, el Constituyente estableció en este artículo que en casos invasión, de perturbación grave a la paz pública, o de cualquier otra situación que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, el Presidente de la República, con aprobación del órgano legislativo, podrá ordenar la restricción o suspensión de ciertos tipos de derechos y garantías que obstaculicen hacer frente de manera ágil y efectiva la situación de riesgo.

Sin embargo, aún y cuando se pudiera encontrar un sinfín de ambigüedades y vacíos legales en la redacción de este artículo, como el hecho de que el Constituyente no estableciera los requisitos que debe de contener la solicitud que envíe el Ejecutivo Federal al Congreso para solicitar la suspensión de derechos, o que no se haya establecido el plazo para que la SCJN resolviera sobre la constitucionalidad y validez de la suspensión de derechos.

Posiblemente una de las ambigüedades que más destaca es la ausencia de definición en torno a los conceptos restricción y suspensión, pues el Constituyente fue omiso en su redacción en establecer qué es propiamente una restricción a un derecho, así como mencionar que es una suspensión a un derecho, si ambas acepciones pueden utilizarse como sinónimos, o bien, si cada concepto es totalmente distinto el uno del otro.

No obstante, con independencia de los vacíos legales que se encuentran en el artículo 29º Constitucional, el fin que pretende este precepto de la Constitución es el mantenimiento del Estado de Derecho cuando este pueda verse vulnerado. Cabe recordar que, todo Estado provisto de una Constitución, ve en el Estado de Derecho una meta a alcanzar.

1.4 Concepción teórica de las restricciones constitucionales

La palabra restricción, según lo dicho por la Real Academia de la Lengua Española, puede tener distintos significados. Estos significados son: “Limitación de facultades o derechos” o “Acción de circunscribir o reducir a varios límites”. Asimismo, la Real Academia menciona que los sinónimos de la palabra restricción serían: recorte, disminución, limitación, reducción, etcétera.

Por su parte, el apotegma “restricción constitucional”, resulta un tanto ambiguo, pues es susceptible de tener varias interpretaciones. Uno de sus significados podría ser que se trata de restricciones que contempla una Constitución, sin embargo, aún faltaría por definir, qué es aquello que se puede restringir. Posiblemente se puede pensar que es posible restringir algún derecho contemplado en una norma secundaria, o bien, en un caso más extremo, imaginar que la propia Constitución puede restringir la organización política del Estado, su sistema de gobierno o derechos ilimitables como el derecho a la vida, la identidad o la integridad física.

Afortunadamente este tipo de restricciones no tienden a restringir normas pétreas de autoconservación del Estado y, menos aún, derechos tan primordiales como el derecho a la vida, o incluso, como en un apartado anterior se mencionó, derechos que se relacionen con las necesidades básicas de las personas, por ejemplo, los denominados Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Esto es así, ya que permitir restricciones a derechos básicos como la alimentación, la salud, la integridad física, podría causar en los afectados daños de imposible reparación.

Aunque la finalidad de la imposición de las restricciones sería difícil definirlo, al menos en el contexto nacional, ya que en nuestro sistema jurídico en apariencia tenemos dos tipos de restricciones, las que se imponen con motivo de la actualización de alguno de los supuestos que contempla el artículo 29 de la Constitución y aquellas que no están propiamente contempladas en este precepto;

por tanto, se hará cita de algunas definiciones teóricas que abordan este concepto en un sentido más general que particular.

Para Ramsés Camarena, las restricciones constitucionales suponen la limitación al ejercicio de un derecho restringido por el ordenamiento fundamental, cuya finalidad persigue que el beneficio que se busca, sea mayor que la restricción en sí.⁴²

Definición similar proporciona Edgar Ortega Peñuelas, quien refiere que estas son todas aquellas figuras jurídicas emanadas de la ley fundamental que condicionan el libre ejercicio de los derechos humanos.⁴³

Por otra parte, Martin Borowski, menciona que la Constitución otorga garantías mientras el Legislador es el que expide leyes tendientes a limitarla,⁴⁴ agrega que la restricción de un derecho es una disminución o una reducción del derecho en sí;⁴⁵ esto es, concibe a las restricciones como producto del Constituyente derivado, como una creación objetiva, ajena a la voluntad e ideales primarios sobre los cuales se erigió el orden constitucional primario.

Otra definición que merece igual distinción, es la proporcionado por Nestor Sagüés, quien interpretando el término estado de necesidad, concepto que se emplea en el derecho constitucional argentino para hacer referencia a lo que en México se conoce como restricciones constitucionales, menciona que estas son el

⁴² CAMARENA MONTOYA Ramsés, *Interpretación de las Restricciones Constitucionales una Visión desde la Argumentación y la Hermenéutica*, 1ª Ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019 p. 252

⁴³ ORTEGA PEÑUELA, Edgar Iván, 2020. *Las restricciones constitucionales de los derechos humanos en México, a partir de la contradicción de tesis 293/2011. Análisis argumentativo y valoración ponderativa para la solución de principios normativos*. [en línea] 1ª Ed., México: Derecho Global [consulta 2 de enero del 2024] ISSN: 2448-5136. Disponible en Derecho Global: <http://www.derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/323>

⁴⁴ BOROWSKI Martin, *La Restricción de los Derechos Fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 59, 2000, p. 29

⁴⁵ Op. Cit., p. 32

acto necesario exige, para realizarse, un incremento en la cuota del poder del sujeto necesitado (Estado), y una reducción de los derechos de los particulares.⁴⁶

Estas definiciones dan un poco más de claridad en torno a qué debe de entenderse por restricción constitucional, sin embargo, poco abonan en el sentido de explicar si una restricción a un derecho humano puede imponerse en aquellos casos en los que no se esté en presencia de una situación de riesgo para el Estado y el orden público. Es decir, en aquellos supuestos de hecho no contemplados en la redacción del artículo 29 de la Constitución como podría ser determinar si es válida la imposición de una restricción constitucional en un proceso judicial o administrativo.

Esto es así, ya que en la redacción de este artículo de la Constitución, el constituyente no hizo referencia a aquellas restricciones cuya imposición se encuentra imbita dentro del trámite de un proceso judicial o administrativo, lo que implica que la validez de una restricción constitucional que se materializó dentro del curso de un proceso jurisdiccional, no puede ser evaluada conforme a los parámetros que dimanarían del artículo 29 de la Constitución.

De conformidad con lo anterior, podemos extraer los elementos básicos que necesariamente debe de tener esta clase de categoría jurídica. Así, es posible afirmar que las restricciones se conforman a partir de dos elementos esenciales; el primero, sería que estas implican *prima facie* la limitación a un derecho humano y/o fundamental; la segunda, sería que su reconocimiento necesariamente debe de estar explícito en el texto fundamental.

Sin embargo, aún falta algo importante por definir, esto es, el alcance material que tienen las restricciones frente a los derechos humanos. Esto es, qué derechos humanos pueden ser objeto de una restricción y que derechos no podrían ser restringidos bajo ninguna circunstancia; además, discernir si es que la necesidad

⁴⁶ SAGÜES Nestor Pedro, Op. Cit., Nota 40, p. 60

colectiva puede justificar la imposición de una restricción sobre un derecho humano individual.

Para discernir sobre qué derechos son restringibles y cuales derechos no lo son, inicialmente se debe comprender que los derechos humanos dentro de un Estado Constitucional de Derecho en el que hay una multiplicidad de libertades, pero, también hay intereses colectivos, se convierten en derechos limitables, es decir, se pueden establecer restricciones o suspensiones a los mismos.

Lo anterior no implica que todos los derechos reconocidos por el ordenamiento posean tal característica, hay otros derechos como la vida, la identidad, la salud, la integridad física, por citar algunos, que no pueden verse restringidos con motivo de la imposición de una restricción.

Ello, toda vez que esta clase de derechos, son garantías mínimas que todo Estado debe procurar a sus ciudadanos, pues un Estado que no garantice un derecho como el derecho a la vida -exceptuando aquellos Estados en los que aún está contemplada la pena de muerte-, difícilmente será un Estado que procure la garantía de otras libertades.

Por ejemplo, en el artículo 29 de la Constitución el constituyente estableció cuales serían los derechos que bajo ninguna circunstancia, por excepcional o urgente que esta sea, podrán ser objeto de restricción o suspensión; entre estos derechos está el derecho a la no discriminación, al nombre, la nacionalidad, la personalidad jurídica, la integridad personal y la vida.

Evidentemente el impacto jurídico que tendría limitar un derecho humano como el derecho de libre circulación, sería distinto al impacto que tendría limitar un derecho como la vida, sencillamente no habría comparación. De tal suerte que, se debe de tener claro que existen derechos humanos limitables, esto es, que admiten regulaciones, excepciones, modulaciones a su núcleo esencial y, por otro lado, existen derechos ilimitables, derechos que simple y sencillamente no pueden verse alterados bajo ninguna circunstancia.

Sobre este tema, Borowski señala que, en relación a los derechos no limitables, desde un inicio, existe un contenido determinado de este derecho y, por lo tanto, una posición jurídica -norma- que exceda este contenido, no existiría. Agrega que, los derechos no limitables tienen su alcance definido, de tal manera que una restricción en contra de este alcance se tornaría necesaria e imposible.

Si bien, como atinadamente refiere Ramsés Montoya, existen restricciones relativas, que dejan un margen de acción para el desarrollo del contenido del derecho fundamental; mientras que, las restricciones absolutas son las que desde un inicio tienden a reducir la acción para el desarrollo del contenido del derecho,⁴⁷ ninguna de estas dos posturas conlleva a la eliminación del contenido del derecho en cuestión, menos aún al desconocimiento del contenido esencial de derechos cuya limitación está vedada.

Esta noción de comprender a las restricciones como limitantes de ciertos derechos, permite ampliar el concepto inicialmente dado sobre las mismas, para ahora ubicarlas como enunciados normativos, los cuales se encuentran previstos en un ordenamiento fundamental, que tienden a limitar un derecho humano, siempre y cuando este sea limitable. De tal manera que, una norma autodenominada implícita o explícitamente por el legislador como restricción constitucional, que no cumpla con los parámetros dados en esta definición, posiblemente no pueda ser considerada como tal.

Aunque parecería sencillo ubicar y categorizar a las restricciones constitucionales utilizando estas semblanzas teóricas, lo cierto es que en el sistema jurídico mexicano esta labor resultaría complicada. En México las únicas restricciones que cumplen con la característica de estar expresamente reconocidas en la Constitución como tal, son las contempladas en el artículo 29 constitucional, sin embargo, la lista de restricciones se ha engrosado a más de las previstas en este precepto, pues en las sentencias dictadas por la Corte se han ubicado a ciertas

⁴⁷ MONTOYA CAMARENA Ramsés, Op. Cit., Nota 42, p. 169

figuras como restricciones aún y cuando la Constitución no las reconozca expresamente como tal.

Si bien es cierto, el derecho ha evolucionado y la interpretación de la norma lo ha hecho igualmente junto con él, lo que ha conllevado a entender al derecho no solo como aquello que es producido por el Estado y está positivizado en ordenamientos, sino que a través de construcciones interpretativas se pueden obtener normas que literalmente no se encuentran plasmadas en un texto, posiblemente utilizando este último método sería más sencillo ubicar a restricciones constitucionales que no están expresamente previstas como tal, a través de un modelo argumentativo que nos permita justificar cómo es que adquieren tal calidad, no obstante, este modelo aún no ha sido desarrollado por la Corte.

Si bien, se podría argumentar que este modelo podría ser creado a través de un proceso legislativo, es decir, equiparar este test a una ley o una norma, ello sería dar un paso hacia atrás, buscando nuevamente la positivación del ordenamiento jurídico, lo cual va en contra de la dinámica jurídica actual que ha tomado distancia precisamente de la teoría positivista del derecho. Este modelo, podría ser igualmente desarrollado a través de la jurisprudencia de la Corte, como se ha creado el test de proporcionalidad, el test de igualdad y no regresión, así como el test para evaluar el impacto al núcleo duro de un derecho humano.

1.4.1 Características de las restricciones constitucionales

A continuación, se analizan los elementos a partir de los cuales se estructuran las restricciones constitucionales. Entender la estructuración de estos elementos permite, por un lado, comprender cuál es la funcionalidad de las restricciones y, por otro lado, comprender como se deben de limitar los poderes del Estado para evitar la violación de derechos humanos cuando se pretenda la imposición de una restricción, o bien, identificar cuando esta violación ya haya ocurrido.

Algunos de estos elementos o características han sido desarrollados por la doctrina de la SCJN a través de su jurisprudencia, mientras que, otros elementos han sido desarrollados por organismos internacionales en materia de derechos humanos e incluso por cortes constitucionales de otros países; tales como la Corte IDH, el Tribunal Europeo y la Corte Constitucional Colombiana.

En este apartado, no se pretende exponer un único criterio en torno a qué elementos son los que conforman la categoría de las restricciones constitucionales, como lo sería únicamente analizar lo dicho sobre este tema por la Suprema Corte. Por el contrario, lo que se pretende es analizar cuál ha sido el desarrollo que este tema ha tenido en distintas latitudes, para así comprender cómo podrían integrarse los elementos que construyan y personifiquen a las restricciones constitucionales en la teoría constitucional.

a) Legalidad

Este elemento es esencial ya que básicamente prohíbe la imposición de una restricción que no esté contemplada en la ley. De esta manera la restricción debe de estar positivizada en términos claros para que el gobernado pueda comprender cuáles son los supuestos de su materialización, así como sus eventuales consecuencias.

Sobre este elemento, en el caso “Sunday Times”, resuelto por el Tribunal Europeo, se estableció que, la restricción debe de ser lo suficientemente clara y precisa para que el ciudadano pueda regular su conducta.⁴⁸ Por otro lado, el autor Daniel Vázquez, al abordar el tema sobre los test de restricción de derechos, menciona que, el elemento de legalidad consiste en que las restricciones a los derechos humanos deben de ser explícitas. Ninguna restricción se puede leer en términos implícitos o indirectos.⁴⁹

⁴⁸ Sentencia del caso “Sunday Times” Vs Reino Unido, Opinión del Juez Evrigeni, p. 52

⁴⁹ VAZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos*, 1ª Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 2018, p. 56

Esto es, para que una restricción a derechos humanos pueda surtir efectos, necesariamente está debe de estar prevista de manera literal en la legislación, estableciéndose cuál es la restricción en concreto para un determinado derecho, así como los alcances y consecuencias que esta podría tener.

En ese sentido, sería incorrecto pensar que la imposición de una restricción se puede dar por simple analogía o intuición de que está se encuentra prevista en una ley aún de forma implícita. Pues ello, generaría la creación de restricciones inusitadas, es decir, restricciones que aún y cuando literalmente no existan en ninguna legislación de pronto el Estado las imponga, lo cual desde luego iría en detrimento del derecho humano de seguridad jurídica, pues lo gobernados no tendrían certeza de en qué momento pueden situarse en alguno de los supuestos que activen la materialización de la restricción, como tampoco conocerían previamente las consecuencias de ella.

b) Legitimidad del objetivo de la restricción

Las restricciones necesariamente deben de estar explícitamente previstas en la legislación, en caso contrario, no sería posible conocer cuáles son los supuestos en los cuales tendría lugar su materialización, como tampoco sería posible conocer sus consecuencias, además de que tampoco se conocería cuál es el objetivo que el Estado persigue con su imposición.

Conocer explícitamente el objetivo de la restricción resulta necesario para evaluar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad entre esta y el objetivo que se persigue con su imposición. Así, si la imposición de una restricción no tiene un objetivo claro y definido, o bien, simplemente no contempla un objetivo, la misma sería ilegítima.

En México la SCJN al hablar de restricciones no constitucionales, estableció que éstas deben de perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, y estar justificada en razones constitucionales. En el amparo directo en revisión 1584/2011, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 346, último párrafo, del Código de

Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la Corte mencionó que, en efecto, los derechos humanos no son absolutos y, por tanto, admiten restricciones.⁵⁰

Sin embargo, la Corte refirió que, la imposición de estas restricciones no puede ser arbitraria, sino que debe basarse en razones jurídicas que pasen por la constatación de tres pasos en sede jurisdiccional:

- 1) “Ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, los derechos fundamentales sólo pueden restringirse o suspenderse con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna;
- 2) Debe ser una regulación necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y,
- 3) Debe ser proporcional, esto es, la medida debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.”⁵¹

Un aspecto que destaca de esta ejecutoria es que la Corte evalúa la legitimidad de la restricción de acuerdo al marco normativo constitucional, es decir, conforme al derecho local, dejando de lado lo que pueda establecerse en la normativa internacional. Sumado a que el análisis que se hace en ella es en relación a restricciones impuestas en legislaciones secundarias, no se analiza el tema de restricciones constitucionales.

⁵⁰ Amparo directo en revisión 1584/2011, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 11

⁵¹ Op. Cit., 11 y 12 pp.

No obstante a esto último, es posible observar como los objetivos de una restricción deben de ser acordes con los principios constitucionales. Algunos de estos supuestos en los que la Constitución permitiría la imposición de una restricción, sería por ejemplo en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga en peligro a la sociedad, que contempla el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De esta manera, el objetivo de la restricción es una requisito *prima facie* que debe de observarse previo a la imposición de la restricción misma. Pues el objetivo es el parámetro a partir del cual se evaluará con posterioridad la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la restricción, para así determinar si ésta es legítima o no.

c) El objetivo sea necesario para una sociedad democrática

Las restricciones deben de estar previstas explícitamente en la legislación, deben de tener un objetivo claro y preciso, además, este objetivo debe de ser acorde con los principios y valores constitucionales, pero, también debe de perseguir un bienestar común.

Esto último quiere decir que la imposición de una restricción no debe de propender a ser exclusivamente contra mayoritaria, esto quiere decir que el objetivo de esta no se debe concentrar en el beneficio de unos cuantos, y afectar a la mayoría de la población, sino que, por el contrario, las restricciones deben de imponerse en aras de buscar el bienestar común.

Esta idea del bienestar común dentro de una sociedad democrática fue desarrollada por el Tribunal Europeo en el caso Dudgeon, en el año 1981, donde se mencionó 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 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”⁵²

De igual manera, la SCJN se adhirió a esta concepción, tal como quedó materializado en la jurisprudencia 1a./J. 2/2012 (9a.),⁵³ en donde la Corte argumentó que uno de los distintos fines que deben de perseguirse por medio de la imposición de restricciones, es el de promover el bienestar general de una sociedad democrática.

Mientras que la Corte IDH en el caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, expuso que la Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.⁵⁴

Bajo esta misma noción de concebir el beneficio social como una característica connatural de las restricciones, Ramsés Montoya expone que, la necesidad, más allá de la utilidad o razonabilidad de la medida, exige que la restricción se entienda como una imperiosa interferencia que supone un beneficio real para la colectividad y para las condiciones de vida de la sociedad en general, que ayude a las personas a alcanzar mejores estándares de desarrollo personal dentro de un Estado democrático.⁵⁵

De esta forma el objeto de la restricción no solamente debe de fundarse dentro del marco de los principios que consagra la Constitución, sino que además esta debe de procurar el bienestar común de la sociedad. Por lo que, en caso de

⁵² Cfr. VAZQUEZ, Daniel, Op. Cit., Nota 49, p. 61

⁵³ Jurisprudencia 1a./J. 2/2012 (9a.), **“RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.”**

⁵⁴ Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de Febrero de 2001. Párr. 170

⁵⁵ MONTOYA CAMARENA, Ramsés, Op. Cit., Nota 42, p. 195

que la restricción tenga como objetivo desestabilizar el orden social, constitucional, o atente en contra de derechos fundamentales de las mayorías, esta será ilegítima.

d) Idoneidad

La idoneidad es la relación que existe entre los medios adoptados por el Estado para la consecución de un fin. De tal suerte que, siempre debe de existir conexidad, o también llamada causalidad, entre el objetivo planteado por el Estado y los medios o mecanismos que se hayan utilizado para conseguirlo. En el caso de las restricciones, estas son un medio para lograr arribar al objetivo legítimo que se busca.⁵⁶

La adecuación o idoneidad supone que la restricción debe guardar un nexo de causalidad claro y explícito con el objetivo legítimo que se desea cumplir. La restricción debe de generar el fin buscado, pero no será proporcional o legítima si resulta indiferente, o incluso, contraproducente de cara a la realización de la finalidad propuesta.⁵⁷

Por ejemplo, en la sentencia número 720/2007, dictada por la Corte Constitucional Colombiana, se analizó si la detención administrativa por el plazo de 24 horas, que ocurre cuando un sujeto se encuentra en estado de embriaguez o excitación era una medida idónea para evitar que dicha persona resultará ser un peligro para sí misma o para la sociedad.

La Corte Colombiana concluyó que, si bien esta medida tiene como finalidad evitar que el individuo se situé en una situación que lo ponga en peligro a él, o ponga en peligro al resto de la ciudadanía, lo cierto es que esta medida, privativa de la libertad, supone la creación de otros riesgos nuevos y adicionales a los propios riesgos que dicha medida trata de evitar. Por ejemplo, menciona la Corte, a la persona detenida se le encierra en lugares con precarias condiciones de espacio y

⁵⁶ VÁZQUEZ, Daniel, Op. Cit, Nota 49, p. 61

⁵⁷ Ibidem, p. 62

de seguridad, que además debe de compartir con otras personas que han sido detenidas por haber cometido delitos.

Aunado a que con motivo de dicho encarcelamiento, a la persona no se le brinda atención médica o psicológica que bien podría requerir en ese momento. La Corte menciona que, en palabras claras, se trata de un encarcelamiento en un lugar de privación de la libertad y no una medida de protección.⁵⁸

En palabras de la Corte Colombiana, para que una restricción pueda ser legítima, en el tópico de la idoneidad, debe de analizarse primero cuál es fin o propósito que persigue el Estado con la imposición de la restricción, por lo que, una vez ubicado este fin, debemos de analizar si los medios creados para lograrlo resultan ser los adecuados.

En caso de ser adecuados estos medios, pasaremos a analizar la necesidad de la restricción, pero en caso contrario, si estos medios no son los adecuados sencillamente porque con ellos no se logra obtener el objetivo que se persigue con la restricción, o bien, simplemente porque estos no tienen ninguna relación con el objetivo de la restricción, la restricción sería inidónea y, en consecuencia, sería declarada ilegítima.

e) Necesidad

Este tópico consiste en que la imposición de la restricción además de perseguir un fin constitucionalmente válido, generar un beneficio mayoritario y, que los medios adoptados sean los idóneos para la consecución del objetivo que persigue su imposición, está debe de ser necesaria, es decir, que no exista una alternativa distinta a la restricción, por medio de la cual se pueda obtener el mismo resultado, pero, con efectos menos lesivos.

Sobre esta característica ya la SCJN en la jurisprudencia 1a./J. 2/2012 (9a.), había mencionado que no basta que la restricción sea en términos amplios útil para

⁵⁸ Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-720/2007, 4 y 5 pp.

la obtención de esos resultados, sino que además debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos.⁵⁹

Este criterio se retomó del sistema interamericano de derechos humanos, ya que en la opinión consultiva OC-5/85, al analizar las restricciones a la libertad de expresión, se mencionó que estas deben de estar orientadas a satisfacer un interés público, aunado a que deberá de escogerse aquella restricción que restrinja en menor escala el derecho protegido.⁶⁰

De esta suerte, la necesidad en las restricciones consiste en elegir dentro una multiplicidad de vías y formas para alcanzar un objetivo, aquella que resulte más útil y eficaz para su consecución, pero además la vía elegida deberá de ser la menos gravosa para los derechos humanos que naturalmente se verán afectados con su imposición.

f) Proporcionalidad

La proporcionalidad es un término teórico aplicado a la práctica del derecho que ha sido desarrollado principalmente por el filósofo alemán Robert Alexy. Este método también conocido como “test de proporcionalidad”, sirve para analizar los casos en los que colisionen dos o más principios.⁶¹

Esta teoría explica que la proporcionalidad tiene como fin evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, asegurando que la limitación sea justificada y no exceda lo necesario para lograr el objetivo legítimo del Estado.

⁵⁹ Op. Cit., nota 53

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, p. 405

⁶¹ Sobre la distinción entre principios y reglas, Robert Alexy menciona: “Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. ALEXY, Robert, *Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, 1ª Ed., Perú, Palestra, 2019, p.50

Para llevar a cabo este test, según la teoría del citado filósofo, se ocupan de ciertas operaciones matemáticas, las cuales consisten en asignar pesos determinados a los principios en colisión, para así en función del peso asignado medir cual principio debe de guardar prevalencia por sobre del otro, así como medir el grado de intensidad que tendrá el principio vencedor por sobre el principio vencido, ello con la finalidad de modular la restricción.

No obstante, para los márgenes de este trabajo a continuación se analizará brevemente aquella doctrina que explica a la proporcionalidad sin utilizar estos algoritmos matemáticos, ya que resulta más sencillo entender cuál es el fin de la proporcionalidad aplicada en el derecho si no se recurre a la utilización de números y de algoritmos.

La proporcionalidad busca lograr un equilibrio entre el derecho humano afectado y la restricción que afecta a éste. Es decir, la proporcionalidad, argumentativamente, tiene como finalidad justificar porque la restricción -vista como principio- a un derecho resulta incluso más necesaria e importante que el pleno goce del derecho mismo y, de igual forma, su objetivo es modular los efectos que la imposición de la restricción ocasiona. De ahí que se utilice la frase tantas veces citada por Alexy: “cuanto mayor sea el grado de falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁶²

Si bien, podría confundirse necesidad con proporcionalidad, pensando que ambos conceptos son iguales, ya que tanto la necesidad como la proporcionalidad tratándose de restricciones, buscan justificar por qué la medida restrictiva es la medida más idónea para la consecución de un fin, lo cierto es que ambos conceptos son distintos.

Como atinadamente advierte Daniel Vázquez, la necesidad consiste en verificar que la restricción del derecho sea necesaria para el objetivo legítimo

⁶² Op. Cit., p. 99

buscado, es decir, que no exista otra alternativa. Y, una vez que esto haya quedado claro, la proporcionalidad consiste en observar si el derecho restringido puede ser menos afectado de lo que en principio ya lo es. Así, la proporcionalidad gira en torno al grado de restricción del derecho.⁶³

Entonces, una vez elegida la vía de la restricción como la única vía posible para la consecución del objetivo legítimo, se hará uso de la proporcionalidad para modular los efectos que con la aplicación de esta vía se causarán a un derecho humano.

Por ejemplo, pensemos en una nueva pandemia, en el que el virus es más contagioso de lo que en su momento lo fue el Sars-Covid, En esas condiciones el Estado decide imponer una serie de restricciones a los ciudadanos a fin de evitar un contagio masivo entre la población, las restricciones que el Estado ha decidido establecer podrían ir encaminadas a reducir la afluencia de personas en espacios públicos, limitar el derecho de huelga, así como el derecho del trabajo.

La proporcionalidad en un caso como el aquí planteado, entraría una vez que se ha decidido que estas restricciones es la única vía que existe para evitar la propagación del virus -necesidad-, por lo que ahora, lo que habría que evaluar es como estas restricciones pueden ser lo menos invasivas para cada uno de estos derechos.

Así, el Estado podría limitar la afluencia de personas en espacios públicos, inclusive, obligándolos a portar cubrebocas, pero, sin llegar el extremo de poner a las personas en confinamiento, es decir, prohibirles salir de sus hogares aún y cuando estas necesiten hacerlo para comprar alimentos o medicamentos, ya que de hacer esto, se produciría una serie de violaciones derechos humanos en cadena, como lo sería el derecho a la salud, a la alimentación, entre otros.

⁶³ VÁZQUEZ, Daniel, Op. Cit., nota 49, p. 64

También, podría imponer restricciones al derecho de huelga, por ejemplo, igualmente limitando el número de personas que puedan estar reunidas en un determinado lugar, así como obligándolas a portar cubrebocas, pero, de ninguna forma les podría prohibir que estas exijan el respeto o mejora de sus derechos laborales por cualquier forma de manifestación posible.

Tratándose del derecho del trabajo, el Estado podría obligar a los dueños de ciertos comercios para que impongan restricciones a sus clientes o comensales, sin que dicha restricción no puede llegar al extremo de que se obligue a estos comerciantes a cerrar por completo sus establecimientos, ya sea por un tiempo determinado o indeterminado.

Es decir, la proporcionalidad tiene como finalidad evaluar que la restricción no sea tan invasiva al derecho restringido, a tal grado que socave por completo su ejercicio o peor aún que anule por completo el goce de ese derecho, como si éste se extinguiera de la esfera jurídica del gobernado.

Sobre este punto, Ignacio Covarrubias menciona que, la proporcionalidad se cumple en la medida en que el acto restrictivo adoptado por la autoridad no tenga un resultado que sea excesivo ni desproporcionado en los derechos afectados, entendiendo por esto que no los prive de su contenido medular, ni tampoco los desconozca.⁶⁴

Por otra parte, la Corte Constitucional Colombiana refiere que, en lo atinente al juicio de proporcionalidad, éste consiste en que la protección de derechos y otros bienes jurídicos que se busca asegurar con la intervención estatal resulte superior al sacrificio de los derechos que se ven afectados con la medida.⁶⁵

No obstante a estos apuntes teóricos que definen a la proporcionalidad como aquella que pretende que la restricción sea lo menos gravosa posible en proporción

⁶⁴ COVARRUBIAS, Ignacio, *La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación*, Revista Chilena de Derecho, número 2, 2012, p. 452

⁶⁵ Corte Constitucional Colombiana, Op. Cit., Nota 58, p. 32

con el beneficio que se busca obtener del objetivo legítimo buscado, debe de mencionarse que ella supone una contradicción consigo misma. Esto es así, ya que cualquier restricción constituye ya una afectación en mayor medida de la que se tendría si esta no existiera, de ahí que sea inútil tratar de ponderar entre restricción y goce irrestricto del derecho, si desde un inicio ya se anticipa el resultado, en el que la restricción siempre prevalecerá por sobre el derecho restringido. Tema en cuestión que será abordado más a detalle en el apartado 1.6 de este trabajo.

1.4.2 Suspensión de derechos, ¿sinónimo de restricción?

En el artículo 29 de la Constitución se estableció una actuación conjunta entre los tres poderes de la unión para ordenar, aprobar y supervisar la restricción o suspensión de derechos en aquellos casos en que se vea amenazado el orden público, político y social del país. Se instituyó al Ejecutivo Federal como único ente facultado para solicitar la suspensión o restricción de derechos; esta solicitud deberá de ser aprobada por el Congreso de la Unión o, en su caso, por la Comisión Permanente, en ausencia de aquél; mientras que, a la SCJN corresponderá analizar la validez constitucional de esta solicitud.

Sin embargo, como en un apartado anterior se hizo mención, el Constituyente no detalló qué debe de entenderse por restricción o por suspensión de derechos. Si bien es cierto, la Constitución no es un glosario de conceptos, es oportuno conocer cuál es el significado de alguno o varios de las palabras y términos que se encuentran en el texto constitucional para así evitar confusiones en torno a los mismos.

Bajo una interpretación literal de este artículo podría llegarse a la conclusión que, para el Presidente es opcional elegir entre la restricción o la suspensión de derechos, como si fuese una especie de azar. Es decir, que la elección de una u otra no atiende en realidad a una circunstancia objetiva en específico. Incluso, podría imaginarse que la aplicación de una restricción o de una suspensión, al tener una misma finalidad, que es el restablecimiento del orden constitucional, ambas

acepciones tienen un mismo significado, por lo que su aparición en el texto fundamental obedece a una especie de sinonimia o pleonismo constitucional.

De hecho, esta idea de considerar ambas acepciones como un sinónimo, podría acrecentarse aún más si se observa que la Constitución establece un mismo proceso por el cual ha de sujetarse el Presidente para decretar la suspensión o restricción de un derecho. Esto es, no hay una diferencia procesal, por así decirlo, para decretar la restricción o la suspensión de un derecho, como tampoco se menciona en qué circunstancias debe ordenarse la restricción y en qué otras circunstancias deben ordenarse la suspensión, por ejemplo, como sucede en España donde la Constitución establece bajo cuáles circunstancias opera la restricción de un derecho -estado de alarma- y, en qué otros supuestos debe operar la suspensión -estado de excepción-.

Lo anterior, evidencia que en el texto constitucional no existe ningún dato que permita identificar qué diferencia guarda un concepto respecto del otro, por el contrario, lo que existe es una ausencia en cuanto a las definiciones conceptuales de cada una de estas dos categorías, incluso, existe un vacío legal en torno a qué otros supuestos no contemplados en este numeral se amplía esta facultad que posee el Estado para limitar derechos; de igual modo, existe un vacío en relación al procedimiento que ha de agotarse previo a ordenarse la restricción o suspensión de un derecho.

Para disipar las dudas que naturalmente surgen en cuanto a sus definiciones se acudirá a la doctrina. Las restricciones constitucionales son limitaciones constitucionalmente permitidas a derechos humanos que, connaturalmente puedan ser limitables, es decir, no cabría la posibilidad de limitar el derecho humano a la vida, a la integridad, al nombre, en beneficio de otro bien jurídico o, incluso, en beneficio del propio Estado, imagínese el caso de una invasión extranjera; en cambio, bajo ciertas modulaciones, si sería posible limitar un derecho como el de tránsito, de asociación, de trabajo, así como algunas garantías procesales, un ejemplo de esto último sería extender el plazo de una detención, extender el plazo

de puesta a disposición, extender el plazo para dictar un auto de vinculación a proceso, etcétera.

Por otro lado, en relación al concepto suspensión, en la teoría ha sido entendido este concepto a diferencia de la restricción, no como una limitación a un derecho, sino como la pérdida de la vigencia del derecho en sí mismo, con la salvedad que esta “pérdida” es temporal, además de que no implica la eliminación del derecho.

Para el constitucionalista español Benito Aláez, la suspensión es la supresión temporal de la vigencia de una norma constitucional, lo que explica que deba ser prevista en la propia Constitución, única disposición formalmente capaz de prever sus propias excepciones aplicativas.⁶⁶

Por su parte, Fernández Segado en un intento por definir la suspensión de derechos, afirma que la suspensión no implica la abrogación de la existencia del derecho, sino tan solo una restricción temporal en el ejercicio de tal derecho. No se está en sentido estricto, ante una suspensión de derecho, sino que, menciona, terminológicamente resulta más exacto, ante una suspensión en el ejercicio de esos derechos.⁶⁷

Por cuanto a la suspensión, el autor Elisur Arteaga Nava, señala que es un acto complejo, principal, completo, formalmente legislativo, materialmente ejecutivo, que hace cesar en forma temporal el goce de ciertas garantías que a favor de los ciudadanos prevé la Constitución.⁶⁸

Otra definición es la que nos proporciona en Tribunal Constitucional Español en la sentencia 71/1994, emitida el día 3 marzo del año 1994. La sentencia en cita

⁶⁶ ALÁEZ CORRAL, Benito, *El Concepto de Suspensión General de los Derechos Fundamentales*, 1ª Ed., España, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 243.

⁶⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Naturaleza y Régimen Legal de la Suspensión General de los Derechos Fundamentales*, Revista de Derecho Político, número 11-19, 2010, p.40.

⁶⁸ Arteaga Nava, Elisur. *Suspensión de garantías y las facultades extraordinarias*. Disponible en: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/20/22-04.pdf>

advierde que la suspensión responde a situaciones normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos fundamentales no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático.⁶⁹

Estas definiciones son coincidentes en establecer que la suspensión es efectivamente una supresión de un derecho constitucional, esto es, la pérdida de su vigencia, pero, que esta supresión es transitoria, aunado a que su imposición de ningún modo conlleva a la pérdida o eliminación del derecho. Sin embargo, aún queda pendiente por responder, ¿existe una diferencia en contraste con la restricción?, y de existir esta diferencia, ¿cuál es?

En respuesta a la primera interrogante, se debe mencionar que, sí existe una diferencia entre restricción y suspensión, por lo tanto, no son sinónimos, y su uso no puede ser indistinto. Esta diferencia se origina debido a que el efecto que produce la aplicación de una restricción no es el mismo efecto que produce la aplicación de una suspensión.

Así, para dar paso a la respuesta de la segunda interrogante, sobre cuál es precisamente esta diferencia, debemos de entender que la restricción es la limitación, modulación o alteración al ejercicio normal de un derecho, de manera que a partir de que se aplique la restricción, el ejercicio de este derecho sigue estando en marcha, pero no es el mismo que ordinariamente se tenía previo a la aplicación de la restricción.

En contraste, la suspensión implica que el ejercicio del derecho ha perdido su vigencia. Esto es, aún y cuando el derecho se encuentre tutelado por la Constitución, mientras esté vigente la suspensión, este derecho, en particular, no puede ser ejecutado, ni siquiera bajo ciertas limitaciones o modulaciones como ocurre con la restricción.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 71/1994, 3 de marzo de 1994.

Para aclarar este tema, se cita el siguiente ejemplo. A propósito de la pandemia que comenzó en el año 2020, imaginemos que por un lado está el derecho a la libertad de creencia, con todo lo que ello implica, asociación, reunión, para profesar nuestra religión; por otro lado, se tiene el tema de la pandemia, la inminente propagación del virus Sars-Cov2 en lugares concurridos, como lo sería precisamente una iglesia, donde comúnmente se acude para profesar una religión.

En esta situación el gobierno, en atención a sus atribuciones, decide emitir un decreto, el cual se publica en el Periódico Oficial del Estado y se difunde en diversos medios para conocimiento de la sociedad. En tal decreto se establece que, para evitar la propagación del virus Covid, las iglesias solo permitirán el acceso de diez personas por cada una de las misas que se celebren durante los siete días de la semana, además, deberán obligar a las personas a portar cubrebocas, pues solo así les será permitido el acceso a la iglesia y, finalmente, indica que la iglesia deberá de permanecer cerrada en aquellas horas en que no se oficie misa.

Como se puede observar en este ejemplo, el decreto no prohíbe la celebración de misas, menos aún, prohíbe a las personas congregarse para profesar su religión. Lo que este decreto establece son ciertas modulaciones para que estas misas se lleven a cabo, a fin de evitar la propagación de un virus que es altamente infeccioso. Cada una de esta “limitantes”, como establecer la asistencia de un número de máximo de personas por misa, obligar a estas personas a usar cubrebocas y mantener cerradas las iglesias, son un ejemplo de restricciones a derechos, como en el caso lo sería la restricción al derecho de religión, o de asociación. El ejercicio del derecho permanece, pero bajo ciertas limitaciones.

En contraste, imaginemos que el Gobierno decide emitir este mismo decreto, sin embargo, ahora con un contenido distinto, pues establece que, durante el tiempo que dure la pandemia, hasta en tanto la propagación del virus haya cesado, o bien, el virus haya desaparecido por completo, las misas y todo culto religioso que implique la congregación de personas en un determinado lugar, ya sea público o privado está prohibido.

A diferencia del primer decreto, este último sí cesa el ejercicio de un derecho de forma temporal, pues durante un determinado espacio de tiempo el derecho pierde vigencia, es decir, el derecho no se elimina como tal de la esfera jurídica del gobernado, sin embargo, adquiere un estado de “inejecución”. Los feligreses no podrán congregarse para la celebración de misas o cultos de su religión, hasta en tanto haya desaparecido el virus y su contagio. El derecho no se ha limitado, sino que se ha desconstitucionalizado -suspendido-.

El anterior ejemplo nos deja en claro la diferencia entre restricción y suspensión, incluso se podría observar en función del grado de injerencia o afectación que tiene una y otra sobre el núcleo esencial del derecho. Mientras la primera solo “transforma” la normalidad de su ejercicio, la segunda suspende el ejercicio mismo.

Sobre este tema de identificar a la restricción y suspensión de derechos de acuerdo al nivel de afectación que tiene cada una, el actual Presidente del Tribunal Constitucional Español, Cándido Conde-Pumpido, menciona que, la mayor injerencia, o la injerencia más grave al derecho sería la privación, cuyo ejemplo sería la pena privativa de derechos a través de una sentencia judicial; un escalón por debajo de la privación estaría suspensión, que es en palabras de este autor, dejar sin efecto el carácter oponible *erga omnes* del derecho fundamental durante un plazo determinado; finalmente, menciona que, la menor de las injerencias estaría representada por la restricción, que la define como la delimitación de las fronteras de ejercicio de cada derecho, por el ejercicio de otros derechos o por situaciones de crisis que son causa de la declaración de estados excepcionales.⁷⁰

Bajo esta lógica, es evidente que existe una diferencia entre restricción y suspensión de derechos, pues los efectos que produce la primera son distintos a los efectos que produce la segunda. El impacto al núcleo del derecho que se origina

⁷⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales*, 1ª Ed., España, Centro de Publicaciones, 1988, 1959-2021 pp.

con motivo de la aplicación de una restricción, resulta en escala, menor al impacto que se suscitaría a ese mismo derecho si este se viese suspendido.

Por lo tanto, el hecho que el constituyente en la redacción del artículo 29 de la Constitución utilizará estos dos términos sin ocuparse de explicar si existía o no una distinción entre ambos, no sugiere en lo absoluto que ambos conceptos sean una suerte de sinonimia o de un pleonismo constitucional, por el contrario, lo que esto refleja es simplemente la ambigüedad en la redacción de este precepto de la Constitución, así como la necesidad que existe en dar mayor desarrollo legislativo a este numeral, con la finalidad de establecer en una ley secundaria -como ocurre en España-⁷¹ en qué casos se deben de restringir derechos y, en qué otros casos se deben de suspender, así como delinear perfectamente cual es el mecanismo “procesal” que debe agotarse para que esto ocurra.

De hecho, esta idea de crear una ley secundaria en la que se diera un mayor desarrollo legislativo a este numeral, fue parte de una iniciativa de reforma que presentó la diputada Mary Carmen Bernal Martínez, integrante de la bancada del Partido del Trabajo, en fecha 21 de septiembre del año 2022.

En esta iniciativa se proponía, entre otras cosas, la creación de una ley secundaria en la que se definiera qué es una restricción y qué es una suspensión, también, proponía el establecimiento de términos para que el Congreso de la Unión resolviera lo concerniente al decreto en el que el Presidente solicite la restricción o suspensión de derecho y garantías. Sin embargo, esta iniciativa no prosperó.

Este tema sobre la creación de una ley secundaria que proporcione desarrollo legislativo al artículo 29 Constitucional, sin duda, es interesante, además de necesaria, sin embargo, debido a los límites de este trabajo, ese tema en particular se dejará para una posterior investigación y, en lo que aquí concierne, se explicará

⁷¹ Ley Orgánica 4/1981, publicada el 5 de junio de 1981, por la Jefatura de Estado.

cuáles son las consecuencias e implicaciones jurídicas que ocurren con motivo de la materialización de una restricción constitucional.

1.4.3 Control de convencionalidad. Concepto y alcance frente a las restricciones constitucionales

Queda claro qué es una restricción constitucional y qué es una suspensión constitucional, es claro que ambos conceptos no tienen un mismo significado y que los efectos que cada una de estos producen son distintos. Sin embargo, aún queda algo por decir en torno a las restricciones, esto es, qué repercusiones jurídicas tienen más allá de la limitación a derechos que por sí mismas producen, es decir, ¿es posible evadir la aplicación de una restricción constitucional por medio de la interpretación conforme?

La interpretación conforme, como se mencionó en un apartado anterior, es una herramienta hermenéutica que fue introducida al sistema jurídico nacional junto con el principio pro persona por medio la reforma constitucional del 10 de junio del año 2011. A través de la citada reforma se integró a los tratados internacionales como parte integrante del sistema constitucional mexicano, al establecerse que estos y la Constitución no se relacionaban en términos jerárquicos, es decir, que ambas fuentes normativas guardaban la misma jerarquía.

Así se integró el bloque de constitucionalidad, hoy llamado parámetro de regularidad constitucional, conformado tanto por normas constitucionales como por normas relacionadas a derechos humanos contenidas en tratados internacionales. Es en este punto donde cobra importancia el principio de interpretación conforme, ya que la finalidad de este principio es hacer que las normas constitucionales se interpreten a la luz de lo dispuesto los tratados internacionales de la materia,⁷² esto es, que la interpretación que haga el Juez sobre una norma constitucional no debe

⁷² CABALLERO OCHOA, José Luis, *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1, segundo párrafo, de la Constitución)*, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, p. 103

de ser aislada, por el contrario, esta interpretación debe de realizarse observando el contenido normativo de los tratados suscritos por el Estado Mexicano.

Entonces para dar respuesta a la interrogante con la que se abrió este apartado, sobre si era posible eludir la aplicación de una restricción constitucional haciendo uso de la interpretación conforme, de inicio se debe de partir de la redacción del primer párrafo del artículo primero de la Constitución Política. En este apartado el constituyente estableció que las personas gozarán de los derechos reconocidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano, así como los derechos reconocidos en la propia Constitución, sin embargo, el legislador estableció que esta gama de derechos solo podría verse restringida en los casos y términos que la propia Constitución consigna.

De esta manera, la facultad para restringir derechos y garantías consagrados en la Constitución y tratados internacionales, inexorablemente dimana del texto fundamental, lo que se traduce en que no se puede aplicar una restricción a un derecho, si esta restricción encuentra asidero en un cuerpo jurídico que no sea la Constitución. Por ejemplo, no sería posible aplicar la restricción a un derecho humano, como el derecho humano al ejercicio lícito de una profesión u oficio, si esta restricción está contemplada en un tratado internacional ratificado por el Estado mexicano y no en la Constitución.

De tal suerte que, todos los casos y figuras jurídicas que hasta este momento han sido consideradas como restricciones constitucionales, de alguna u otra forma, están contenidas en el texto constitucional; los supuestos de hecho previstos en el artículo 29 de la Constitución, la prisión preventiva oficiosa, el traslado de reos, la reinstalación de trabajadores de confianza, por citar algunas, son supuestos y figuras jurídicas que literalmente están inscritas en el texto de la Constitución.

En este contexto, si en un determinado caso, en el que se vea materializada la aplicación de una restricción prevista en la Constitución y, se considere que, su aplicación es desproporcional, sumamente gravosa, elimina el núcleo esencial del derecho que limita, o genera un mayor perjuicio que el beneficio que con su

aplicación se pretende, es posible que se busque plantear su inaplicación haciendo usos de la interpretación conforme. Sin embargo, este planteamiento, al menos, hasta el día de hoy, resultaría infructuoso, pues no se lograría la “derrotabilidad” de la restricción.

La SCJN al resolver la contradicción de tesis 293/2011 -misma que será abordada a profundidad en un capítulo posterior-, de la que posteriormente dimanó la jurisprudencia P.J.20/2014(10ª),⁷³ estableció que la Constitución y los tratados internacionales no se relacionaban en términos jerárquicos, además, estableció el carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte IDH para el Estado Mexicano y, finalmente, mencionó que, en caso de existir una restricción debería de estarse a lo que indicará el texto constitucional.

Si bien, en ese momento la Suprema Corte de Justicia no fue tajante en mencionar que se eliminaba toda forma de interpretación conforme cuando se estuviera en presencia de la materialización de una restricción constitucional, aunque implícitamente daba por entendido que esto así ocurriría. Ello se infería así, ya que por un lado la Corte Nacional afirmaba que la Constitución y los tratados estaban jerárquicamente a la par, pero, por otro lado, establecía que, tratándose de restricciones, ineludiblemente se debía de atender lo que indicara el texto constitucional, esto es, se vedaba cualquier posibilidad de acudir a la norma internacional para interpretar, inaplicar o reconducir el ámbito limitativo de la restricción.

Lo anterior, se vio materializado de forma más nítida en la jurisprudencia 2ª./J. 119/2014 (10ª),⁷⁴ emitida por la Segunda Sala del Máximo Tribunal; en este criterio jurisprudencial la Corte estableció que cualquier argumentó planteado en

⁷³ Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10ª.) “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.”

⁷⁴ Jurisprudencia: 2ª./J. 119/2014 (10ª) “AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE PRETENDEN LA DESAPLICACIÓN DE UNA RESTRICCIÓN, PROHIBICIÓN, LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL, CON APOYO EN UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER CONVENCIONAL.”

una demanda de amparo, por medio del cual se planteará la inaplicación de una restricción constitucional con apoyo en una disposición convencional sería declarado inoperante, es decir, ni siquiera sería estudiado por el órgano resolutor.

Como puede observarse en este criterio, la Corte fue más clara en establecer que, no se podía inaplicar una restricción constitucional por medio de la interpretación conforme. Lo que se traduce en que, la parte normativa del artículo 1o Constitucional en donde se prevé la posibilidad de interpretar a la Constitución de conformidad con los tratados internacionales, tratándose de restricciones constitucionales, queda sencillamente sin efectos.

1.4.4 Principio pro persona. Concepto y alcance frente a las restricciones constitucionales

Además de la interpretación conforme, la reforma de junio del año 2011 incorpora también en el párrafo segundo del artículo primero constitucional, el principio de interpretación pro persona. Este principio supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que proteja más al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.⁷⁵

Este principio se integra por dos rubros, el primero, tiene que ver sobre la interpretación normativa, elegir aquella interpretación a partir de la cual se pueda brindar de una mayor protección a un derecho humano; el segundo rubro tiene que ver con la elección normativa, cuando existan dos o más normas que sean aplicables para la solución de un caso determinado, se deberá de elegir aquella que, igualmente, dote de una mayor protección al derecho humano.

⁷⁵ CARBONELL, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, 1ª Ed., México, Porrúa, 2013, p. 34

De igual forma, este principio puede ser interpretado a contrario sensu. Es decir, cuando de por medio este ya la restricción o la limitación de un derecho humano, deberá de elegirse la interpretación de la norma o la norma en sí misma que resulte lo menos limitativa para el derecho humano restringido. A partir de esta integración, entre las categorías interpretativa y selectiva del principio pro persona, dicho principio se erige como una herramienta que resulta útil para evitar la dilapidación de los derechos humanos, pues a través de su uso se evita la privación total o parcial del ejercicio de los derechos humanos y, por el contrario, maximiza su protección, así como modula las limitaciones que desde un inicio el legislador ha impuesto a cierto tipo de derechos.

En palabras de la Corte IDH, la exigibilidad para hacer uso inmediato e incondicional del principio pro persona debe de ser la regla, y su condicionamiento la excepción.⁷⁶ Esto es así, ya que a través del principio pro persona se puede lograr la optimización de la interpretación de las normas de derechos humanos, lo que conlleva a la ampliación de los márgenes de protección que estas normas tienen hacia los gobernados y, de igual manera, permite ampliar los efectos materiales que la aplicación de estas normas genera.

Bajo este contexto, se podría entender que, en aquellos casos en los que este de por medio la aplicación de una restricción, se podría hacer uso del principio pro persona para eludir la materialización de esta, o bien, en el peor de los casos para modular sus efectos restrictivos. Sin embargo, de formar similar a lo que ocurrió con la interpretación conforme, la Corte Nacional cerró la posibilidad de acudir al uso de este principio hermenéutico para reconducir la materialización de una restricción.

Al resolver la contradicción de tesis 293/2011, la Corte mencionó que: “tanto normas constitucionales como normas internacionales se refieran a un mismo derecho, éstas se articularán de manera que se prefieran aquéllas cuyo contenido

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, 29 de agosto de 1986, párr. 36, p. 13

proteja de manera más favorable a su titular atendiendo para ello al principio pro persona [con la excepción de que exista una restricción expresa el ejercicio de un derecho”.⁷⁷

Sin embargo, posteriormente, en la jurisprudencia 2ª./J 163/2017 (10ª),⁷⁸ la Suprema Corte estableció que, si bien era cierto que, de acuerdo al criterio sostenido en la contradicción de tesis 293/2011, las restricciones constitucionales prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar algún juicio de ponderación posterior, mencionó, que ello no impedía la práctica de una interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional.

En este criterio la Corte determinó que sí era posible hacer uso del principio pro persona solo para interpretar una restricción de la manera más favorable posible, sin embargo, acotó que, esta interpretación debía de realizarse observando las disposiciones contenidas en la propia Constitución. Lo anterior, significa que podía extender el análisis interpretativo a normas contenidas en tratados internacionales, de tal manera que, si existía una norma prevista en un tratado internacional que brindará mayor protección al derecho en cuestión, esta pasaría inadvertida a la luz de este criterio; además, estableció que, esta nueva lectura de la restricción no podía tener el alcance de vaciar el contenido de la restricción misma, es decir, no tendría el alcance de inaplicar la restricción, sino simplemente de modularla.

Del citado criterio podemos destacar esencialmente dos elementos en torno a la aplicación del principio pro persona. El primero es que este principio solo podrá ser aplicado a través de su vertiente interpretativa, por lo que solo se buscará la interpretación más favorable de la restricción, pero, de ningún modo, se podrá elegir la aplicación de una norma distinta a la restricción. El segundo es que esta

⁷⁷ Contradicción de tesis 293/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 52.

⁷⁸ Jurisprudencia: 2ª./J. 163/2017 (10ª.) “**RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES.**”

interpretación tendrá que realizarse entre la restricción y las normas contenidas en la Constitución, es decir, se veda la posibilidad de hacer una interpretación conforme, entre la restricción y una norma contenida en un tratado internacional.

Aunado a esto, debe ponerse de relieve que, estos criterios son vinculantes para todos los juzgadores del país, de tal suerte que, lo expuesto por la Corte se vuelve de aplicación obligatoria, por lo que no es posible que un Juzgador al igual que ocurre con las restricciones, pueda someter estos criterios a una especie de control de convencionalidad para lograr su inobservancia y con ello la inaplicación de lo ahí resuelto,⁷⁹ lo que invariablemente conduce a la conclusión de que no existe la posibilidad, hasta el día de hoy, para que un Juzgador pueda inaplicar una restricción constitucional.

Bajo este contexto legal, es palmario que la aplicación de una restricción implica *prima facie* la limitación un derecho humano, y poco o nada se puede hacer para revertir este efecto. Tratándose de restricciones a derecho humanos, no es posible plantear argumentos que apelen a la interpretación conforme o principio pro persona para buscar la “derrotabilidad” de la restricción, pues estos argumentos serían inoperantes. La única alternativa que se tiene, conforme a lo expuesto por la Corte, es buscar reconducir, desde el marco constitucional, la interpretación adoptada inicialmente en torno a la restricción, para buscar entonces una interpretación que resulte menos gravosa, por así decirlo, aunque ello no implique la desaparición de la restricción y de sus efectos.

1.5 Colisión entre derechos. ¿Restricción o Ponderación?

En las Constituciones contemporáneas existe un orden objetivo de valores en los que se personifican los derechos fundamentales reconocidos como normas prestacionales de los seres humanos. Así, se ha entendido que el contenido de las normas constitucionales, si bien se constituyen por reglas, también lo integran

⁷⁹ Jurisprudencia: P./J. 64/2014 (10a.) “**JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.**”

principios. De tal manera que, sin llegar a ser meros enunciados programáticos, como se les concibe a algunos derechos sociales, los derechos fundamentales entendidos como principios, son normas de contenido axiológico sujetas a optimización.

Si bien, este trabajo no está orientado en hacer una distinción entre reglas y principios, se hará una breve semblanza de un problema que atañe a los principios vistos como normas constitucionales y a las restricciones constitucionales, ya que ambas expresiones suelen confundirse, como si las restricciones se trataran de principios en colisión, o peor aún, como si en un caso en el que se esté frente a una restricción constitucional es posible hacer uso de la ley de la ponderación para justificar el vencimiento de la restricción por sobre el derecho restringido.

La existencia de un orden constitucional como el nuestro, que contempla una multiplicidad valores, recogidos explícita o implícitamente dentro del texto constitucional, cuyos márgenes de protección se extienden al ser humano en general, pero, también, contempla ciertos derechos en favor de grupos determinados de personas (minorías), aunado al dinamismo judicial que exige la adecuación de las normas a las demandas sociales contemporáneas, hace susceptible que en muchas de las ocasiones se generen colisiones entre derechos.

Estas colisiones ocurren en determinados casos, con determinados actores, cuando cada uno de estos, posee un derecho constitucionalmente reconocido a su favor, pero, la realización de un derecho conlleva necesariamente la interferencia en el derecho del otro. Es aquí, en este punto, donde el Estado debe de sopesar entre ambos valores concurrentes, para decidir qué derecho debe de guardar prevalencia por sobre el otro.

Esta labor no es para nada sencilla, pues se parte de la base de que alguno de estos derechos en pugna deberá de ceder en beneficio de otro derecho, lo que conlleva a tener que realizar una labor argumentativa ardua, con el objeto de justificar porque la decisión tomada es la mejor de entre las otras posibles

soluciones y cómo es que dicha solución, aún y cuando lleve implícita la suspensión de un derecho, genera un perjuicio menor que la propia suspensión.

Para la solución de este tipo de problemas, en los que se actualiza una colisión entre derechos, se recurre a lo que en la doctrina se la ha denominado como “ley de la ponderación”. Esta teoría fue desarrollada por el jurista británico Robert Alexy, quien la resume esencialmente en lo siguiente: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁸⁰

Esta condicionante exhorta al Juzgador a argumentar como es que, en la colisión de derechos, la interferencia en el derecho “vencido”, resulta la salida más viable, o la alternativa más adecuada de entre las alternativas posibles, debido a que uno de los principios en colisión requiere de una mayor satisfacción, o que la insatisfacción de este último, generaría un perjuicio mayor que la intervención suscitada en el primero. Esto se traduce en el óptimo de “Pareto”, consistente en buscar a través de la optimización criterios de utilidad que generen el menor menoscabo posible para los intereses en conflicto, es decir, buscar un punto medio que sea óptimo para ambas partes.

Al respecto, Robert Alexy menciona: “Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión -tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido y, según otro principio, los mismo está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar invalido al principio desplazado ni que el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro”.⁸¹

Esta noción conlleva en primer momento a entender los efectos que tiene la ponderación, pues en este método, no se cuestiona la validez de los principios en

⁸⁰ ALEXY Robert, *Derechos Fundamentales Ponderación y Racionalidad*, 1ª Ed., México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2017, 13 y 14 pp.

⁸¹ ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª Ed., Perú, Palestra, 70 y 71 pp.

pugna, tampoco, se dilucida si el principio vencido debe declararse invalido y por tanto ser expulsado del ordenamiento jurídico, esta teoría tiene como finalidad resolver cuando se esté en una concurrencia de dos o más principios, cuál principio debe prevalecer por sobre el otro, atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso en particular.

Esto presupone que desde un inicio no se puede anticipar que principio resultara vencido o, por el contrario, que desde un inicio se tenga por hecho que determinado principio será el que resulte vencedor. Pues esta labor atiende a una fórmula que debe de realizarse en cada caso en particular, esta fórmula es la denominada ley del peso, según la cual, se deben de asignar ciertos pesos a cada uno de los principios en colisión, tomando como parámetro su eventual interferencia. Sin embargo, debido a los márgenes de investigación que delimitan este trabajo, la formula del peso no será desarrollada en el presente escrito.

Por otro lado, se tiene a las restricciones constitucionales, figuras jurídicas que como se mencionó en el apartado anterior, son restricciones expresamente reconocidas en un ordenamiento fundamental que tienden a limitar el ejercicio de un derecho humano limitable.

Esta noción parecería que lleva implícita en su definición un juicio de ponderación, en el cual, se ha optado por declarar como principio vencedor a la restricción expresa por sobre el derecho restringido, sin embargo, esto es incorrecto. En nuestro orden constitucional, se debe de resaltar que está vedada cualquier posibilidad de ponderación entre una restricción y el derecho humano que resulta restringido por esta.

La SCJN así lo estableció al resolver el amparo directo en revisión 6065//2014, del que dimano la tesis con registro digital: 2010428,⁸² en donde

⁸² Tesis aislada 2a. CXXVIII/2015 (10a.), “**RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. ADICIONALMENTE A QUE SE TRATEN DE UNA MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL CONSTITUYENTE MEXICANO QUE IMPIDE SU ULTERIOR PONDERACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TAMBIÉN SE ENCUENTRAN JUSTIFICADAS EN EL TEXTO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**”

mencionó que, las restricciones constitucionales al ser una expresión soberana del constituyente, prevalecían por sobre la norma convencional, eliminando cualquier juicio de ponderación ulterior.

De esta forma, se cerró la posibilidad de ponderar entre la aplicación de una restricción constitucional y el ejercicio de un derecho humano, pues en estos casos, acorde a lo expuesto por la Corte Nacional, sin hacer un mayor ejercicio deliberativo, debe optarse por la restricción. Este criterio sitúa a las restricciones en un plano similar al de una regla, pues el Juzgador solo tendría que corroborar que en el caso está de por medio una restricción constitucional para hacer una subsunción de este con el criterio anteriormente citado y vedar cualquier forma de interpretación u ponderación que tienda a dejar sin efectos la restricción.

Por otro lado, también, resulta incorrecto hacer uso de la ley de la ponderación para tratar de revestir de legitimidad a la aplicación de una restricción constitucional, pues en sí, las restricciones constitucionales no ocupan gozar de cierta legitimidad para su materialización.

Esto es así, pues retomando un extracto de lo dicho por la Corte en la tesis previamente citada, al ser una expresión del poder soberano originario, su legitimidad parecería que ya va implícita, de ahí que, desde un inicio, previo a cualquier juicio de ponderación, debe tomarse en cuenta que la restricción conlleva *prima facie* la restricción del derecho, sin posibilidad de ponderar, aunado a que, tal restricción ya es legítima.

Por lo tanto, resultaría ocioso hacer un juicio de ponderación cuando desde un inicio es posible anticipar el resultado, cediendo comúnmente en todos los casos, el derecho humano frente a la restricción; de igual forma, resultaría ocioso utilizar a la ponderación como un medio para revestir de legitimidad la materialización de una restricción, esto, debido a que la legitimidad es un elemento connatural de la restricción en sí, por manifestación expresa del Constituyente originario.

Sobre la posibilidad de utilizar a la ponderación para resolver un tema relacionado a la imposición de una restricción constitucional Ramsés Montoya opina que, tratándose de restricciones, la ponderación queda fuera de la discusión, ya que en tal escenario, la limitación al derecho ya supone una afectación al mismo, pues éste ya no puede desplegar sus efectos en un campo de acción normal, abierto y abstracto.⁸³

Bajo tales nociones, para dar respuesta a la pregunta con la que se tituló este apartado, si las colisiones comportan ponderaciones, o bien, comportan restricciones, es plausible mencionar que, tratándose de colisiones en abstracto, estas que se suscitan a partir del análisis de cada caso en particular, deben de ser resueltas mediante el uso de la ponderación, tal como le describe Jesús Cadena Alcalá: “la colisión de derechos solo se puede solucionar mediante la ponderación”;⁸⁴ mientras que, cuando en el análisis de un caso, se advierta que de por medio esta una restricción constitucional expresa, se deberá de inclinar la balanza en favor de la restricción, sin que haya posibilidad de ponderar, pues en estos casos, desde un inicio, se parte de la afirmación de que hay un derecho humano restringido legítimamente por la ley fundamental.

1.6 Constructivismo jurídico.

El binomio creado entre positivistas e iusnaturalistas fue por muchos años el dúo que creó los debates más intensos en cuanto a explicar la génesis del derecho se trataba. En estos debates se centró la discusión no solo en el hecho de concebir al derecho como un producto del Estado o como producto de la naturaleza emanado de algo divino, también, este debate se concentró en resolver el problema relacionado con el contenido de las normas, si era posible afirmar que las normas se conformaban por matices axiológicos, pretendiendo entonces pasar de ser consideradas como meras reglas para ahora ser concebidas como principios.

⁸³ MONTOYA CAMARENA Ramsés, Op. Cit., Nota 42, p. 235

⁸⁴ ALCALÁ CADENA Jesús, *La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales en el Juicio de Amparo en México*, 1ª Ed., México, Porrúa, 2023, p. 32

Sin embargo, aun cuando ambas teorías tuvieron sus momentos cúspide, debido a sus grandes aportaciones al derecho, también, ambas quedaron cortas en ciertos aspectos. Por ejemplo, el positivismo no lograba resolver de manera eficiente el tema relacionado a las lagunas de ley, tampoco aportaba solución en aquellas ocasiones en que la norma era ambigua, confusa y se estaba en presencia de un caso del que no había precedentes que orientaran su resolución. Por su parte, el naturalismo ha sido criticado porque confiere en exceso discrecionalidad de decisión a los Juzgadores, quienes, en uso de su moral, la cual puede ser ambivalente, pueden crear normas que sean susceptibles de alejarse de la racionalidad que el propio derecho exige y situarse en un plano de subjetividad inconsciente.

No obstante a los propios asegunes que naturalmente ambas teorías padecían, al tiempo que se hacía necesario una reevaluación en la manera de interpretar el derecho sin la necesidad de reformarlo, es que se incentivó el uso de métodos hermenéuticos basados en postulados filosóficos que buscaran dar solución a los problemas jurídicos que estas teorías habían dejado sin resolver.

Uno de estos postulados filosóficos es el que se refiere a la construcción del derecho a partir del lenguaje. Para comprender esta teoría lingüística del derecho, es necesario hacer cita de Wittgenstein, filosofo del lenguaje, quien defendía que la realidad es una construcción lingüística: las personas nominan al mundo, lo distinguen de lo demás; a través del lenguaje se nombran, se determinan y se construyen verdades.⁸⁵

Enrique Cáceres, doctrinario adscrito a esta corriente teórica, menciona que las teorías jurídicas no describen ni implican lo que algo es intrínsecamente, sino que simplemente, y gracias a la función constitutiva del lenguaje, graban en la mente de los juristas programas comunes que es indispensable conocer para participar en

⁸⁵ WITTGENSTEIN Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, 1ª Ed., España, Critica, 2008, p. 35.

contextos comunicativos jurídicos, en los que la interpretación marca el rumbo de los nuevos enfoques del conocimiento.⁸⁶

De esta manera, el derecho responde a una construcción mental que racionaliza aquello que se cree es el derecho y, que después se exterioriza, para así, en conjunto con otros intérpretes, poder crear a través de una dialógica constructiva, distintas teorías, criterios, normas de aquello que se está interpretando, obteniendo así resultados que no necesariamente los encontraremos por escrito en un ordenamiento legal.

Es así como el derecho se comienza a construir a partir de este intercambio lingüístico de ideas, sustentadas en enunciados normativos que han requerido ser interpretados o reinterpretados por los operadores jurídicos, o advertidos aquellos vacíos legales, mediante la creación de normas que, sustentadas en principios axiológicos puedan atender a la resolución de demandas sociales; ya sea una u otra, se tiene como finalidad encontrar una respuesta a algo que es ambiguo o que simplemente es inexistente en el plano objetivo.

En caso contrario, como atinadamente advierte Cáceres, lo consecuente sería encontrarnos dentro del marco de una absoluta explicación de las cosas, en la que se defiende con vehemencia la auténtica o única realidad de lo que se conoce, condicionado por una programación previa, como sucede entre iusnaturalistas y positivistas.⁸⁷

Así, esta teoría lingüística del derecho, pretende la construcción de normas a través de una práctica hermenéutica que reevalúe lo que está positivizado, flexibilizando la interpretación de la norma en los casos que así se requiera, de forma racionalizada, pero también creando normas u interpretaciones en los casos en que estas simplemente no existan, ello en aras de dar solución a un problema

⁸⁶ CÁCERES Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, 1ª Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p.24

⁸⁷ Op. Cit., p. 29

jurídico determinado que precisamente proclama la existencia de esta norma u interpretación ausente.

Así, esta idea constructivista, como modelo epistemológico del derecho, hace posible que los procedimientos argumentativos pueden consolidar nuevos rumbos de orientación y justificación de decisiones jurídicas desde una perspectiva racional que sirvan para promover y proteger en mayor medida el principio de justicia.

Este modelo constructivista del derecho, que se desliga del dúo atávico de positivismo e iusnaturalismo, para dar paso a interpretaciones que si bien conjugan algo de ambas teorías, es tendiente a reinventarse, reevaluarse y recrear el derecho a través de interpretaciones que se adecuen a un determinado contexto histórico, por tanto, este modelo, resulta compatible con el arquetipo constitucional mexicano, pues el constitucionalismo nacional se ha construido precisamente a través de una hermenéutica constructivista del derecho.

Incluso, así lo reconoce la Segunda Sala de nuestro Alto Tribunal, en la contradicción de tesis 20/2015, en la que resolvió acerca de los casos en que resulta obligatorio aplicar un criterio jurisprudencial, al explicar la naturaleza de la jurisprudencia la Corte menciona: “Esta labor no es cognitiva sino constructiva, es producto creado judicialmente, plasmado en una tesis de jurisprudencia que contiene en la mayoría de los casos la *ratio decidendi* de una sentencia judicial en sede de Corte Constitucional”.

En esta línea, es plausible considerar que, a través de la jurisprudencia, o bien, a través de la interpretación constructiva que se realice tanto por operadores jurídicos, como por doctrinarios y académicos, sea posible consensar interpretaciones o crear estas mismas cuando sean ausentes, para buscar dar una solución a un problema jurídico determinado frente al cual no existe una fórmula legal determinada.

Así, en el caso de las restricciones constitucionales, podemos mencionar, que las mismas se han ido construyendo por la doctrina de la Corte a través de una

idea constructivista, ubicando a ciertas figuras como restricciones expresas previstas por la Constitución aun y cuando no estén contempladas como tales.

De esa misma manera, a través de un ejercicio de hermenéutica dialógica, de la conjunción entre distintas posturas que han abonado al debate en torno a estas restricciones y, desde luego, al consenso necesario que debe de existir entre los diferentes postulados que se generen, es posible crear una test o método que sirva para delimitar las características que deben de guardar las figuras jurídicas que pretendan ser consideradas como restricciones expresas de índole constitucional, pues con este método cualificador es posible no solo la identificación de estas figuras, sino que también abonaría a identificar a aquellas figuras que incorrectamente han sido denominadas como restricciones constitucionales.

CAPÍTULO SEGUNDO

GENEALOGÍA DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Las restricciones constitucionales es un término que ha estado presente en el constitucionalismo mexicano desde la Constitución de 1917. Desde aquel momento, el Constituyente originario había contemplado que el Estado se erigiría como un ente protector de las entonces llamadas garantías de los ciudadanos, pero también previó que sería el Estado quien bajo ciertas causas podía establecer limitaciones a las mismas.

Esto significa que la institución de las restricciones constitucionales no es nueva o de reciente creación en nuestra historia constitucional, ya que esta figura ha estado presente en el texto constitucional desde hace más de cien años. Sin embargo, lo que también es cierto es que su desarrollo sustantivo apenas se comenzó a materializar en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia después de la reforma constitucional del año 2011.

Las resoluciones emitidas por la Corte en las que nuestro máximo tribunal por primera vez identificó a una figura jurídica como restricción constitucional expresa, estableció los efectos que estas generarían en la esfera jurídica del gobernado, la posición que las restricciones guardarían frente al derecho internacional, así como su posición frente a principios de interpretación normativa (interpretación conforme y principio pro persona), fueron criterios que se construyeron posterior a la contradicción de tesis 293/2011.

Lo resuelto en estas ejecutorias propició que en su momento, e incluso, actualmente, existan opiniones divididas, principalmente en el sector académico, sobre las restricciones de índole constitucional. Se ha cuestionado con acento crítico los efectos “nocivos” que se les han dado a las restricciones constitucionales, mismos que la Corte ha avalado. No obstante a ello, para los márgenes de éste capítulo, estos debates se puedan analizar en un momento posterior.

Para descubrir entonces cómo ha sido el desarrollo que las restricciones constitucionales ha tenido a lo largo de la historia constitucional de nuestro país, se deben de analizar dos fuentes genealógicas. La primera, es la Constitución; se debe de observar cómo ha sido el desarrollo legislativo que ha tenido la figura de las restricciones constitucionales en la carta magna. La segunda, es la jurisprudencia; habrá que identificar como ha ido evolucionando la postura de la Corte en torno a la materialización de dicha figura.

En este capítulo se observará la evolución legislativa de los artículos 1º y 29º Constitucional, desde la promulgación de la Constitución de 1917, hasta su última reforma. Por otro lado, se verá cual ha sido la concepción que históricamente ha tenido la Suprema Corte sobre las restricciones constitucionales y sus efectos, y como es que dicha concepción ha ido evolucionando con el paso del tiempo en la doctrina de la Corte.

Aquí no se analizará detenidamente las deficiencias legislativas que se presentaron en cada una de las reformas que se citan a continuación y el impacto que ello tuvo en su momento en la concepción que se tenía de las restricciones, como tampoco se cuestionará la manera en que la Corte comenzó a desarrollar el término restricción constitucional en diversas ejecutorias, y si era correcto o no lo ahí resuelto, ya que ambos temas corresponden a un capítulo posterior.

Lo único que se pretende en las siguientes líneas es proporcionar al lector un contexto histórico general sobre cómo han evolucionado las restricciones constitucionales en nuestro sistema jurídico. Pasando de ser una institución que había permanecido en estado “vegetativo” en la Constitución por más de cien años, a ser un tema que ocupa un lugar especial en los debates contemporáneos sobre constitucionalismo y derechos humanos.

2.1 Reformas al artículo 1º Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Desde la creación de la Constitución de 1917, el Poder Constituyente redactó en el artículo 1º que los ciudadanos gozarían de las garantías previstas en la

Constitución, garantías que no podrían verse restringidas, ni suspendidas, sino en función de los casos y condiciones que la misma Constitución establecía. Dicha porción normativa quedó redactada de la siguiente manera:

“Art.1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Si se hace un análisis en retrospectiva de esta porción constitucional, podemos observar varios detalles en comparación con lo que actualmente es la redacción de este artículo.

El primero de ellos es que para referirse a los sujetos a quienes se les reconocerían estas garantías, se utiliza la palabra “ciudadanos” y no “personas”. La segunda, es que se menciona que los individuos gozaran de las garantías que otorgue la Constitución, esto es, la Constitución en ese momento se le concibe como la fuente primaria de las garantías, por lo que, bajo esta lógica, para gozar de determinado derecho, necesariamente este tendría que haber estado inscrito en la Constitución. El tercer punto, y tal vez el más notable, es que en ese momento, a diferencia de lo que ocurre actualmente, los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México, no estaban reconocidos como parte integrante del parámetro de regularidad constitucional y, junto con ello, tampoco lo estaban los mecanismos de interpretación normativa como la interpretación conforme o el principio pro persona.

Finalmente, por lo que ve a las restricciones, la redacción de este artículo, tal vez similar a lo que sucede actualmente, resultaba un tanto ambigua. Pues si bien se hace referencia a la posibilidad que existía ya desde ese momento para suspender y restringir garantías, no se especifica en qué casos y condiciones es que esto ocurriría; no se menciona si estos casos y condiciones eran los previstos ya en el artículo 29° de la Constitución, o bien, si esta posibilidad se extendía a algún otro supuesto no previsto necesariamente en este último numeral.

De hecho, cuando se menciona en la parte final de este precepto que estas limitaciones se darán en los casos y con las condiciones que “ella misma establece”, se infiere que el Constituyente hace referencia a la Constitución, sin embargo, no es claro si esto es así. Pues de referirse a la Constitución, como parece que lo hace, se obtiene que desde ese tiempo se dejó un abanico abierto de posibilidades para ir ubicando restricciones en todo el texto de la Constitución, pues el Constituyente nunca acotó en qué casos en específico podrían tener lugar las restricciones, como tampoco acotó sobre cuáles eran las condiciones que establecía la Constitución para restringir garantías.

La redacción de este artículo permaneció intocada alrededor de ochenta años, hasta que el día catorce de agosto del año 2001, este precepto constitucional fue objeto de su primera reforma. En esta reforma se adicionaron a este artículo dos párrafos más, en estos párrafos el Constituyente introdujo al texto constitucional la prohibición de la esclavitud, así como la prohibición de todo acto de discriminación.

“Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

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

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

Como puede observarse, la redacción del primer párrafo permaneció intacta, la poca claridad en su redacción, que era susceptible de conducir a un sinnúmero de interpretaciones en torno a que casos podrían ser objeto de restricción y, cuáles eran las condiciones constitucionales para que operaran estas restricciones, seguía vigente en el texto constitucional, esto, después de haber transcurrido, para ese momento, más de ochenta años de que había entrado en vigor este artículo.

Sin embargo, un hecho plausible fue sin duda el haber extinguido de raíz el tema de la esclavitud, al elevar su prohibición a rango constitucional; así como haber prohibido los actos de discriminación, ubicando por primera vez en el texto de la Constitución a lo que hoy se conoce como: “categorías sospechosas”; además, de haberse hecho referencia por primera vez a la dignidad humana como elemento connatural de las entonces llamadas garantías -hoy derechos humanos-.

Posteriormente, este artículo sufrió una nueva reforma en el año 2006. Esta reforma se concentró en cambiar solo una parte de la redacción del tercer párrafo, sustituyendo el término “capacidades diferentes”, por el de “discapacidades”, quedando la redacción de la siguiente manera:

“Art. 1o.-

[...]

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

Igualmente, como ocurrió con la reforma del año 2001, el Constituyente no hizo cambios significativos en la redacción del primer párrafo, de hecho, este párrafo tuvo que esperar diez años para que fuese objeto de una nueva reforma.

Fue hasta el año 2011, en que nuestro sistema judicial sufrió un cambio paradigmático que marcó un antes y un después en la cultura de los derechos humanos. Se puso al centro la dignidad humana como elemento connatural de los derechos humanos, se introdujo un nuevo sistema de interpretación y se adicionó al entonces llamado bloque de constitucionalidad a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Estado Mexicano. Además, se sustituyó el término “garantías”, para ahora hacer la distinción entre derechos humanos y sus garantías.

Para hacer posible esta reforma, el Constituyente modificó la denominación del Capítulo Primero del Título Primero de la Constitución, además, reformó, entre otros artículos, la redacción del artículo 1° de la Constitución, en el primero y quinto de sus párrafos. En esta nueva redacción, destaca como eje toral que, el poder reformador estableció un nuevo sistema de interpretación, la interpretación conforme, así como el principio pro persona.

También, destaca que el constituyente sustituyó el término “individuo” por el de “persona”, para referirse a los sujetos que serían titulares de los derechos consagrados en la Constitución; además, de mencionar que ahora, la Constitución no otorga derechos, sino que reconoce aquellos derechos que esta contempla, así como los derechos contemplados en los tratados internacionales.

Asimismo, instauró la obligación a cargo de todas las autoridades del país de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Redacción que quedó de la siguiente manera:

“Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

[...]

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

No obstante, durante el cambio que se fraguó en nuestro país propiciado por esta reforma, poco o nada se dijo en su momento de la inalterabilidad que tuvo el primer párrafo, por cuanto hace al tema de las restricciones constitucionales. Lo único que se modificó fue que el constituyente en esta reforma especificó que los casos y condiciones en los que operarían las restricciones serían los previstos en la Constitución, es decir, se añadió la palabra Constitución, pero se olvidó de mencionar a qué casos y condiciones eran a los se hacía referencia.

Si hacemos un análisis crítico, se llega a la conclusión que es notable que después de un siglo, la ambigüedad que existía en la redacción del artículo 1°, sobre la materialización de las restricciones, persistió. No hubo un verdadero cambio sobre este tema a pesar de ser necesario, pues no se aclaró cuáles eran aquellos supuestos en los que era viable la restricción de derechos, como tampoco se mencionó cuáles eran las condiciones que establecía la Constitución para que ello ocurriera, ni en que apartado constitucional se encontraban estas condiciones.

Parecería entonces que lo concerniente al desarrollo del término restricciones constitucionales, su materialización y sus efectos frente al nuevo paradigma constitucional, fue un tema que a propósito se derivó a la SCJN, para que éste tribunal se encargará de su desarrollo, pues como se observa, poco o nada abonaron las reformas constitucionales que se hicieron al artículo 1° de la Constitución entre los años 1917 y 2011, para disipar los cuestionamientos que paulatinamente surgieron en torno a esta figura tan polémica.

2.2 Reformas al artículo 29° Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Desde su redacción original, la Constitución 1917 contempló en su artículo 29°, la facultad que tiene el Ejecutivo Federal para ordenar, previa autorización del órgano legislativo, la suspensión de garantías, esto, con la finalidad de hacer frente a situaciones que pongan en peligro la autoconservación política del Estado, o lo que en otras latitudes ha recibido el nombre de: estado de emergencia, de alarma, de excepción o sitio.

Art. 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquiera otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros, y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

Sobre la redacción de este precepto, conviene decir que el Constituyente de 1917 mantuvo básicamente la misma redacción que a este precepto se había dado en la Constitución de 1857. Y al igual que ocurre con el artículo 1º, hay varios puntos por destacar.

El primero, y posiblemente más importante, es que en ese momento no se utilizaba el término restricción, pues solo se hacía referencia a la posibilidad que existía para suspender garantías en aquellos casos contemplados por este mismo numeral. Por lo que surge nuevamente la duda en torno a cómo debía de ser interpretado el artículo 1º, ya que este artículo se hace referencia a que las garantías se podrán restringir en los casos y condiciones que la Constitución establecía, sin embargo, para ese momento, ningún apartado de la Constitución hacía alusión a la restricción de derechos, incluso, en la redacción del propio artículo 29º no se utilizaba este término.

El segundo punto, tiene que ver con el término que se utilizaba para referirse a lo que hoy conocemos como derechos humanos. En ese momento, al igual que ocurría con el artículo 1º, se utilizaba la palabra garantías para referirse a los derechos que podrían ser objeto de suspensión; pues para que se diera este cambio de conceptos, sustituir garantías por la distinción derechos humanos y garantías, conviene recordar que tuvieron que pasar alrededor de cien años, con la llegada de la reforma del año 2011.

El tercer punto, es que desde 1917, se establecía como característica de la suspensión, que ésta se materializaría por un tiempo determinado, es decir, no cabía la posibilidad de suspender derechos de manera indefinida, como tampoco se podía circunscribir la suspensión de un derecho a una determinada persona, esto es que, la suspensión tiene un matiz de aplicación general, no puede ser bajo ninguna circunstancia unipersonal.

No obstante a estos apuntes, su redacción resultaba ambigua y llena de vacíos legales, no se mencionaba el término que disponía el Congreso de la Unión para resolver sobre la suspensión de garantías; tampoco, se establecía que se haría en aquellos casos en que las Cámaras del Congreso tomarán decisiones contrarias en torno a la suspensión y, finalmente, se omitió mencionar qué garantías no podrían ser objeto de suspensión; por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad personal, la esclavitud, por mencionar algunas, que desde luego, son derechos que dada su naturaleza, que es inalterable, no pueden ser objeto de limitaciones.

Este numeral tuvo su primera reforma hasta el mes de abril de 1981, cuando el Constituyente decidió cambiar la redacción de alguna de las palabras e instituciones de las que se hacía alusión en este numeral, sin embargo, ello no significó que se dieran cambios de fondo. Esta nueva redacción quedó de la siguiente manera:

“Art. 29.- En los casos de invasión perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.”

En esta nueva redacción el poder reformador sustituyó la expresión “cualquiera otro” por “cualquier otro”, para referirse a aquellos problemas que

podrían poner en riesgo el orden social; también, sustituyó la expresión “Presidente de la República Mexicana”, por “Presidente de los Estados Unidos Mexicanos”; también, se eliminó que para la procedencia de la suspensión debía de existir un acuerdo con entre el Presidente y el Consejo de Ministros, y se estableció que éste acuerdo ahora tendría que darse con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República.

Estas modificaciones no superaron los problemas que desde un inicio estaban presentes en la redacción de este artículo, por ende, fueron más una especie de reformas literales que tendieron a actualizar el texto de la Constitución al introducir el nombre de los nuevos órganos públicos que para ese momento ya existían en el Estado, como la Procuraduría General de la República, sin embargo, no tuvieron mayor impacto.

Posteriormente, hubo una nueva reforma en el año 2007 y, al igual que la anterior, no implicó cambios significativos en el contenido normativo de este artículo. La redacción quedó de la siguiente manera:

“Art. 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.”

En esta reforma solo se eliminó la parte en la que se hacía alusión a que la suspensión la decretaría el Presidente de la República, de acuerdo con los “Departamentos Administrativos”, para así solamente dejar que esto se llevara a cabo con los Titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República.

Posterior a esta reforma, llegó la innovadora reforma en materia de derechos humanos del año 2011, -cuyos cambios significativos fueron abordados en el apartado anterior-, en ella el Constituyente cambió la redacción del párrafo primero y adicionó cuatro párrafos más a este artículo. A diferencia de las reformas anteriores, la del año 2011 significó más que un cambio en la literalidad de este artículo, pues se añadieron conceptos que antes no estaban previstos, y se acotó el margen de acción que tenía el Estado para ordenar la suspensión y, ahora, también restricción de derechos y garantías.

“Art. 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a 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.

La 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.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.”

Uno de los cambios significativos que hubo en esta reforma es que se añadió que el Presidente podía ahora también restringir derechos. La palabra restricción aparece por primera vez en la redacción de este artículo después de casi un siglo de haberse creado la Constitución de 1917, a pesar de que este término desde un inicio ya estaba contemplado en la redacción del artículo 1°.

Sin embargo, fue precisamente la aparición de éste término en este apartado de la Constitución, lo que propicio distintos debates en torno a cuál era la diferencia entre suspensión y restricción, si su significado era el mismo, o si bien, era una especie de pleonismo en la Constitución, situación que, hasta este momento, no ha sido aclarada por la SCJN.

Otro avance que llegó de la mano con la propia reforma, fue que en este artículo, al igual que ocurrió con el artículo 1°, se hizo la distinción entre derechos y garantías, pues en esta nueva redacción el Constituyente especificó que los derechos y las garantías podrían ser objeto de suspensión o de restricción.

También, el Constituyente acotó el margen de derechos que podía ser objeto de suspensiones o restricciones, pues mencionó en el párrafo segundo que, derechos como la vida, la integridad personal, la personalidad jurídica, el nombre, la nacionalidad, entre otros, no podrían restringirse ni suspenderse.

Igualmente, estableció que la restricción o suspensión de derechos debía de estar fundada y motivada en los términos establecidos por la Constitución, además, de ser proporcional frente al peligro a que se hacía frente. Sin embargo, sobre el primer punto, cuando refiere a que debe de estar fundada y motivada la restricción de derechos, no menciona si esos parámetros se evaluarían conforme a lo dispuesto por el artículo 16° de la Constitución; aunque se infiere que es así, aquí nuevamente encontramos otro vacío legal.

Sobre el segundo punto, que habla sobre la proporcionalidad, no se indica qué parámetro se utilizará para “medir” si la medida adoptada es proporcional o no, tema que posteriormente fue solucionado por la Corte en la jurisprudencia 1a./J. 2/2012 (9a.).⁸⁸

Lo anterior, solo fueron algunos de los vacíos legales que presentó la nueva redacción de este artículo, vacíos que, incluso, ya existían desde su redacción original y que se extendieron hasta esta reforma. Algunas de estas observaciones, se resumen en los puntos que omitió el Constituyente al redactar este artículo:

- Cuál sería el plazo para que el Congreso de la Unión o, en ausencia de este, la Comisión Permanente, resolvieran sobre la autorización para suspender garantías.
- No contempla el hecho de que entre las Cámaras pueda haber desacuerdos, es decir, que una Cámara aprueba la suspensión y la otra no; en estos casos como se procederá, se aprobará la suspensión o se someterá a una nueva sesión.
- No se establece cuáles son los requisitos mínimos que debe reunir la solicitud que envíe el Presidente de la República al Congreso de la Unión para solicitar la suspensión de garantías.
- No se establecen los plazos en que la SCJN, realizará la declaración de constitucionalidad y validez.
- No establece un tiempo máximo para que la suspensión deje de surtir efectos.⁸⁹

La última reforma que se hizo a este artículo de la Constitución, es relativamente nueva, esta se produjo en el mes de febrero del 2014, hace diez años. Esta reforma no vino a dar solución a los problemas que presentaba la redacción

⁸⁸ Jurisprudencia: 1a./J. 2/2012 (9a.), “**RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.**”

⁸⁹ Iniciativa de Ley presentada por la Diputada Mary Carmen Bernal Martínez, del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo (PT), el día 21 de septiembre del año 2022, p. 3.

de este artículo, sus vacíos legales siguieron presentes, lo que esta reforma produjo, al igual que lo venían haciendo las reformas anteriores a la del 2011, fue un cambio literal que no tuvo mayores implicaciones.

“Art. 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

[...]

“

El Constituyente optó por eliminar el hecho de que para suspender o restringir garantías debía de existir un acuerdo entre el Ejecutivo Federal y los Titulares de las Secretarías de Estado, así como el Procurador General de la República, para que, ahora solo sea el Presidente el que unilateralmente exprese al Congreso de la Unión la necesidad que existe de llevar a cabo esta restricción y suspensión de derechos.

En su conjunto, las reformas que se han hecho al artículo 29° de la Constitución, han sido reformas que, a diferencia de las reformas al artículo 1°, han conllevado cambios con efectos más notorios por lo que ve al tema de las restricciones. Pues en el artículo 29° de la Constitución se especificó, aunque con ciertos vacíos legales, cuál sería el procedimiento que se debía de agotar para llevar a cabo la restricción de un derecho.

También, en este mismo numeral, se estableció cuáles serían aquellos derechos que no podrían ser objeto de restricciones, así como, se recalcó que tanto la restricción como la suspensión de derechos sería limitada; incluso, se dotó de facultad a la Suprema Corte para analizar la validez constitucional de las mismas.

No obstante, aún persiste la duda de cómo debe de interpretarse el artículo 1° de la Constitución, esto es, si la restricción de derechos que ahí prevé deberá de interpretarse conforme a las causas y condiciones que establece el numeral 29, o bien, si esas causas y condiciones no son aquellas a las que se refiere este primer artículo. Pues como más adelante se verá, esta cuestión tampoco ha sido dilucidada por la SCJN en las ejecutorias que, con motivo del análisis de las restricciones constitucionales y sus efectos, ha dictado posterior a la reforma constitucional del año 2011.

2.3 Contradicción de tesis 293/2011. Consolidación de las restricciones en el sistema jurídico mexicano

La contradicción de tesis 293/2011 llegó de la mano con la reforma constitucional del año 2011 y, al igual que ocurrió con esta reforma, fue un parteaguas en nuestro sistema jurídico, debido a los temas que la Corte abordó en esta ejecutoria, como el tema de jerarquía de fuentes, interpretación normativa y vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH.

Este asunto, en un inicio, no tuvo como objeto principal resolver lo atinente a las restricciones constitucionales, sino que esto, llegó como corolario de los temas principales que se debían de discutir. Esta ejecutoria tenía como objeto dilucidar dos cuestiones; la primera, era resolver sobre la jerarquía que guardaban los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución y; la segunda, determinar la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte IDH, para los operadores jurídicos en México.

En relación con el primer tema, sobre la jerarquía del sistema de fuentes, la Corte estableció que la Constitución y los tratados internacionales, tratándose de derechos humanos contenidos en ambos, no se relacionan en términos jerárquicos, por lo que el catálogo de derechos humanos se integraría por los derechos que la Constitución reconoce, así como aquellos derechos diseminados en distintos tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano. Este criterio fue explicado por la Corte de la siguiente manera:

“Ahora bien, todas las consideraciones antes apuntadas permiten concluir a este Tribunal Pleno que las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales y en la Constitución *no se relacionan entre sí en términos jerárquicos*.

En efecto, una vez que un tratado es incorporado al orden jurídico, las normas de derechos humanos que éste contenga se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional, de tal suerte que dichas normas no pueden contravenir el principio de supremacía constitucional precisamente porque forman parte del conjunto normativo respecto del cual se predica la supremacía.”⁹⁰

Por lo que ve al segundo punto, la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte IDH, la Suprema Corte estableció que la vinculatoriedad de estas sentencias se debía de extender también a aquellos casos en los que el Estado Mexicano no haya sido parte del litigio interamericano.

“Ahora bien, como resultado de nuevas reflexiones y con motivo de la nueva integración de este Tribunal Pleno, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquéllas dictadas en casos en los que *el Estado mexicano no haya sido parte*, según se expone a continuación.”⁹¹

Asimismo, manifestó que, esta vinculatoriedad debía de hacerse extensiva a los operadores jurídicos en tanto la jurisprudencia interamericana resultase más benefactora para la protección de los derechos humanos.

“Es en ese sentido que resulta evidente que la jurisprudencia interamericana es *vinculante* para los jueces nacionales cuando resulte más favorable, como lo *ordena* el principio pro persona contenido en el artículo 1º constitucional, toda vez que ésta sienta las bases para una interpretación mínima respecto a un derecho en particular.”⁹²

Estos criterios propiciaron que se abriera la puerta para la entrada del derecho internacional, “eliminando” en teoría cualquier criterio de supremacía normativa, al tiempo que reafirmaba el papel central que jugarían en este nuevo

⁹⁰ Contradicción de tesis 293/2011, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 51 y 52.

⁹¹ Op. Cit., 56 y 57 pp.

⁹² Ibidem, p. 59.

paradigma constitucional los principios de interpretación normativa, como el principio de interpretación conforme y el principio pro persona.

Sin embargo, como corolario de estos temas, surgió otro punto en el que se acentuó, por primera vez, el papel que jugarían las restricciones dentro de este paradigma constitucional. La Corte al analizar la nueva redacción del artículo 1º, mencionó, en esencia, que este artículo otorgaba a las personas la titularidad de los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por México, por lo tanto, los derechos humanos de ambas fuentes constituirían el catálogo constitucional de derecho humanos.

También, la Corte acotó que, de la interpretación de la parte final del primer párrafo del artículo 1º constitucional, se advertía que, cuando existiera una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se debería de estar a lo que indicara la norma constitucional.

“Como expresamente se estableció en el artículo 1º constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para *ampliar el catálogo constitucional* de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.”⁹³

Este criterio fue aprobado por la mayoría de los Ministros -10 votos a favor del proyecto-, e incluso, se convirtió en jurisprudencia, de tal manera que marcó el rumbo de lo que conllevaría la aplicación de las restricciones constitucionales. Pues con base en este criterio, hasta hoy día, se siguen fundando distintas resoluciones dictadas en todo el país, en las cuales el tema central por resolver, es la aplicación de una restricción de índole constitucional, así como los efectos que esta aplicación conlleva.

⁹³ Ibidem, p. 37

No obstante, también hubo escisiones en la Corte, ya que hubo Ministros que se apartaron de esta mayoría y emitieron votos disidentes en contra de este criterio. Uno de estos votos, fue el externado por el entonces Ministro en funciones José Ramón Cossío Díaz.

Entre los argumentos de disenso que dio el Ministro Cossío para apartarse de la postura mayoritaria, destaca su posición en torno a que en este criterio se introdujo expresamente un criterio de jerarquía normativa, al establecerse la prevalencia de la Constitución en los casos en que se establezcan restricciones.

“Si el párrafo segundo del artículo 1° dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional.”⁹⁴

El Ministro agregó que, la porción normativa del artículo 1° de la Constitución, que refiere que los derechos y garantías podrán restringirse en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece, debe de interpretarse en función de los casos y condiciones plasmados por el Constituyente en el artículo 29°, es decir, que solo podrán restringirse derechos cuando se actualicen alguno de los supuestos que contempla este numeral.

“Cuando la Constitución dispone en el primer párrafo del artículo 1° que el ejercicio de los derechos humanos “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos bajo las condiciones que esta Constitución establece”, ello también debe entenderse bajo la clave interpretativa del *principio pro persona*. Por lo mismo, debe referirse única y exclusivamente a las condiciones establecidas en varios párrafos del artículo 29 de la propia Constitución.”⁹⁵

Asimismo, advirtió que con este criterio se creaba una regla hermenéutica con la cual la norma constitucional siempre vencería a la norma de fuente convencional, impidiendo así la materialización del principio pro persona.

⁹⁴ Voto particular formulado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en la Contradicción de Tesis 293/2011, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2 y 3 pp.

⁹⁵ Op. Cit., p. 4

“Sin embargo, lo que se generó con la adopción de este criterio es una regla hermenéutica de carácter general para decidir siempre en favor de la norma constitucional frente a la convencional; esta no es una regla de ponderación, sino una regla de preferencia de una fuente sobre otra. Consecuentemente, al mantenerse una regla de jerarquía, se eliminó la posibilidad de aplicar el *principio pro persona* para eliminar los conflictos entre normas de distinta fuente.”⁹⁶

Fue así que, entre la posición mayoritaria de los Ministros y el la escisión presentada por el Ministro Cossío, quien desde ese momento identificó el problema principal que se suscitaba en torno a la interpretación que se daba a las restricciones, se conformó este criterio.

Fue aquí, con la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, la primera ocasión, desde la creación de la Constitución de 1917, en el que se abordaba el tema de las restricciones constitucionales en su aspecto sustantivo. Pues a través de la interpretación que hizo la Corte al término restricciones, se estableció cuál sería la posición que estas tendrían frente al nuevo paradigma constitucional y cuáles serían los efectos de su materialización.

Como atinadamente lo advertía Cossío, la Corte superponía a la Constitución un escalón por encima de los tratados internacionales, aunque literalmente no lo afirmará de esta manera. Incluso, parecería que este criterio fue un tanto contradictorio en contraste con lo resuelto en esta misma ejecutoria, por un lado, se afirmaba que la Constitución y los tratados internacionales no se relacionarían en términos jerárquicos, se reafirmaba la importancia de la interpretación conforme y el principio pro persona; pero, por otro lado, tratándose de restricciones, se establecía que la Constitución debía de guardar preminencia por sobre la norma internacional.

También, en esta ejecutoria no se disipó la duda de cómo debía de interpretarse el artículo 1° de la Constitución. Es decir, si esta interpretación se tenía que dar de manera sistemática con el diverso artículo 29°, para así determinar que, las restricciones se actualizarían bajo los supuestos y

⁹⁶ Ibidem, p. 5

condiciones reglados en este último numeral o, si por el contrario, los supuestos en los que se podía restringir un derecho se extenderían a más de los ahí previstos.

Estas observaciones e incluso otras más fueron y siguen siendo objeto de nutridos debates, mismos que serán abordados en un capítulo posterior, sin embargo, es innegable que, esta ejecutoria, guarda especial importancia dentro de la genealogía de las restricciones constitucionales, pues representa el inicio de lo que sería posteriormente el desarrollo del tema de las restricciones constitucionales en la doctrina de la SCJN.

2.3.1 Contradicción de tesis 21/2011. Complemento de las restricciones constitucionales.

En la contradicción de tesis 293/2011, la Corte aparentemente reconoció la paridad entre Constitución y tratados internacionales, sin embargo, al afirmar que en los casos en donde exista la restricción a un derecho debía de estarse a lo que indicará la Constitución, evidentemente se generaba un desplazamiento de los tratados internacionales a un plano inferior que el de la Constitución, e implícitamente afirmaba la supremacía que guardaba la norma fundamental por sobre otras fuentes de derecho internacional.

Fue así que, para disipar las dudas que en la Contradicción de Tesis 293/2011, no se habían resuelto, la Corte al resolver la Contradicción de Tesis 21/2011, reafirmó la posición que guardarían las restricciones constitucionales frente a las normas de fuente convencional; de igual forma, mencionó cuál era posición jerárquica que guardarían los tratados internacionales en relación a la Constitución.

En este caso sometido al conocimiento de la Corte, se debía de resolver si la impugnación hecha a una ley secundaria por haber violado una norma contenida en un tratado internacional, era una cuestión de legalidad o de

constitucionalidad que fuere susceptible de resolverse a través del recurso de revisión derivado de una sentencia dictada en amparo directo.

Por la cuestión que se iba a resolver en este caso, resultaba necesario que la Corte trajera de nueva cuenta a colación el tema de la jerarquía normativa entre Constitución y tratados internacionales, asimismo, este tema invitaba a que se abordará nuevamente la posición que guardaban las restricciones constitucionales frente a las normas de fuente convencional.

Fue así que la Corte mencionó que, los tratados internacionales tenían un rango inferior a la Constitución, pero, superior a las normas secundarias, por lo que, para que estos pudieran integrarse al orden jurídico, necesariamente debían de cumplir con el requisito de validez, esto es, que sus normas, su esencia, debe de estar de acuerdo con los dispuesto en el texto constitucional.

“Este razonamiento supone que, desde un punto de vista estrictamente formal, la generalidad de los tratados internacionales, como conjunto de normas provenientes de una fuente internacional, siguen teniendo una jerarquía inferior a la Constitución y superior a la de las leyes secundarias, por lo que deben de cumplir invariablemente con el procedimiento correspondiente para integrarse al derecho interno y pueden ser impugnables a través de los medios de control de constitucionalidad —a esta vertiente del principio de supremacía constitucional interesa el principio de jerarquía normativa conforme al cual se tutela la unidad del sistema de fuentes—. Sobre esta cuestión, en la **contradicción de tesis 293/2011**, se aclaró expresamente que era imprescindible distinguir entre la *incorporación* de un tratado internacional al orden jurídico (a partir del cumplimiento de los requisitos formales de validez) y su validez material dentro del mismo (que se satisface a partir de su conformidad con la Constitución y otros tratados internacionales).”⁹⁷

De igual forma, reafirmo que la intención del Constituyente al redactar el nuevo contenido del artículo 1° constitucional, en la reforma del año 2011, era reconocer en su totalidad con el mismo valor normativo a los derechos humanos con independencia de su fuente jurídica, sin embargo, no debía de pasar desapercibida la parte final del primero párrafo de este artículo, que refiere a que

⁹⁷ Contradicción de tesis 21/2011, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 18 y 19 pp.

en casos de restricción a derechos se estará a lo que indique el texto fundamental.

Así, menciona que, cuando exista una aparente diferencia entre normas constitucionales y normas convencionales que regulen ambas un mismo derecho, ambas disposiciones deberán de armonizarse de tal manera que se elija aquella norma que brinde una mayor protección al derecho en cuestión, pero, sin que ello implique desatender las restricciones que pueda prever la Constitución.

“Para esta Suprema Corte, cuando exista una aparente diferencia entre normas constitucionales y de tratados internacionales que, *prima facie*, regulen las mismas posiciones jurídicas que den lugar a un derecho humano, el contenido del mismo deberá integrarse y armonizarse a partir de la interpretación de las disposiciones normativas aplicables que más favorezcan a la persona, tomando en cuenta a su vez la noción de restricciones expresas que marca la última parte del primer párrafo del artículo 1° constitucional. Por lo tanto, el contenido del respectivo derecho humano será uno solo y se conformará con base en la norma o normas constitucionales y de tratados internacionales que, en principio, permitan el mayor grado de libre desarrollo de la libertad y autonomía personal, con fundamento en el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Federal, sin que ello signifique desatender las restricciones expresas al ejercicio de los derechos establecidas en el propio texto constitucional.”⁹⁸

Es decir, bajo esta lógica, la Corte invitaba a la armonización de las normas de fuente nacional e internacional, también, invitaba a la aplicación del principio pro persona, pero hacía la prevención que lo anterior solo sería posible si de por medio no estaba la presencia de una restricción constitucional, pues de ser así, debía de atenderse lo dispuesto en parte final del primer párrafo del artículo 1°, esto es, inaplicar el tratado internacional pese a que este brindará una mayor protección al derecho humano.

Básicamente lo que se hizo en esta nueva sentencia, fue convalidar lo ya decidido en la Contradicción de Tesis 293/2011, por un lado, hacer hincapié en la paridad jerárquica entre Constitución y tratados internacionales, incentivar el uso de los principios de interpretación normativa introducidos por el Constituyente

⁹⁸ Op. Cit., 33 y 34 pp.

en la reforma del año 2011, pero, poniendo énfasis en que ello solo podrá ser realizable en la medida en que no esté de por medio la aplicación de una restricción de índole constitucional.

Bajo esa misma línea, igual que como ocurrió en la 293/2011, la Corte no explicó cuál sería el alcance del artículo 29° constitucional en torno a las restricciones, si estas solo se actualizarían bajo los supuestos y condiciones ahí previstos, o si es que acaso había otro tipo de restricciones que hasta ese momento no conocíamos como tal, y no estaban contempladas en la redacción de dicho precepto de la Constitución.

2.4 Diseminación de las restricciones constitucionales en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Tanto la Contradicción de Tesis 293/2011, como su adición, la 21/2011, tuvieron un punto en común, en ambas la Corte fue omisa en explicar cómo debía de interpretarse el artículo 1° de la Constitución en la parte que dispone el tema de las restricciones, para así conocer cuáles serían los casos y las condiciones en las que estas se actualizarían, o bien, algo más básico, saber qué figuras previstas en la Constitución eran restricciones constitucionales.

Lo anterior, generó una especie de libertad para que la Corte de manera discrecional pudiera ir ubicando a ciertas figuras jurídicas como restricciones dentro del texto constitucional, lo que de hecho, así ocurrió posterior a la resolución de las contradicciones antes citadas.

Posterior a que surgiera la Contradicción de Tesis 293/2011 y la 21/2011, en la doctrina de la Corte nuestro máximo tribunal empezó a señalar que ciertas figuras jurídicas inscritas en la Carta Magna eran restricciones constitucionales, de aquellas a que hacía referencia el artículo 1°, figuras que anteriormente no se les había asignado esta cualidad y, que desde luego, no estaban contempladas dentro de los casos y condiciones que para la materialización de una restricción contempla el artículo 29°.

Uno de estos casos, fue el del expediente varios 1396/2011. En este asunto la Corte no identificó a una figura como restricción constitucional, sin embargo, a propósito de la sentencia condenatoria emitida por la Corte IDH en el caso Rosendo Catú Vs México, -en la que resultó condenado el Estado Mexicano-, la Corte resolvió como debía de acatarse una resolución internacional, si en ésta se desconocía una restricción constitucional.

Así, sucintamente, la Corte estableció que, el Poder Judicial de la Federación al analizar la sentencia condenatoria de la Corte IDH, debía de analizar la correspondencia que existía entre el derecho humano que la corte internacional consideró vulnerado, con aquellos derechos contemplados en la Constitución, de tal manera que, en el supuesto de que este derecho se tratase de una restricción constitucional, cuyo desconocimiento se haya patentizado en esta resolución, deberá de prevalecer lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011, esto es, deberá de estarse a lo que indica la Constitución, lo que se traduce en la inobservancia de la sentencia internacional, en la parte conducente que se hace referencia a las restricción.

“Por tanto, para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima adecuado analizar siempre la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con aquellos que se encuentran dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en los tratados que el Estado Mexicano celebre y que, por tanto, se comprometió a respetar, en el entendido de que, si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, deberá prevalecer ésta en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis **293/2011**, en sesión de tres de septiembre de dos mil trece, y que originó la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), intitulada: **"DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL"**⁹⁹

⁹⁹ Expediente Varios 1396/2011, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 30 y 31 pp.

Aquí, la Corte por un lado estableció la obligación que tenía el Estado Mexicano al aceptar la competencia vinculante de la Corte IDH para acatar las resoluciones emitidas por este último tribunal, sin embargo, nuevamente, reafirmo la posición que guardaban las restricciones constitucionales frente al derecho internacional, e implícitamente de nueva cuenta se puso a la Constitución por encima del derecho internacional.

Posteriormente, en la acción de inconstitucionalidad 32/2012, el Pleno de la Suprema Corte debería de resolver sobre la validez constitucional de la figura jurídica de geolocalización prevista en los numerales 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales y 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Esta figura se consideraba violatoria del derecho humano a la privacidad, ya que con ella se podía acceder a la ubicación en tiempo real de un equipo de telefonía móvil.

Al resolver sobre la validez constitucional de este precepto, la Corte estableció que, la aplicación de esta figura no representaba una restricción grave para el derecho a la vida privada de las personas, esto, debido a que la localización geográfica de un equipo telefónico en tiempo real, se materializaba sobre los equipos celulares y no sobre una determinada persona.

“En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, las aparentes restricciones que imponen a la vida privada los artículos 133, Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales y 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones no son graves para los individuos protegidos por la Constitución, ya que en realidad la localización geográfica, de un equipo de telefonía móvil en tiempo real, es sólo sobre los equipos y no sobre persona determinada, es decir, en ningún momento, las personas son sujetas a la localización geográfica, por lo que no se vulnera su vida personal, familiar, política, religiosa o social. En este sentido, la medida propuesta no afecta derecho alguno.”¹⁰⁰

¹⁰⁰ Acción de inconstitucionalidad 32/2012, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 30

Agregó que, la posible restricción a la vida privada que podía generarse con motivo de la geolocalización, debería de ceder en favor del orden público y la paz social, pues comúnmente este tipo de actos se genera en aras de la procuración de justicia en la investigación de conductas ilícitas.

“En estas condiciones, la posible restricción a la vida privada de una persona, que pudiera tener lugar de solicitarse la localización de un equipo de comunicación móvil, debe ceder en interés de preservar el orden público y la paz social, garantizar la protección de los mencionados derechos, y la eficaz investigación de los delitos.”¹⁰¹

De tal forma que la Corte concluyó que, la restricción que se suscitaba con motivo de la localización de equipos móviles, era una restricción que perseguía un fin legítimo, pues facilitaba la eficaz investigación y persecución de los delitos que tutelan bienes jurídicos de gran importancia; además, era idónea, ya que el uso de esta tecnología permitía a la autoridad actuar de forma oportuna en la persecución de dichas conductas; era necesaria, porque era eficaz para cumplir su finalidad y; era proporcional, ya que la restricción que esta medida suponía era compensada por la importancia de los bienes jurídicos tutelados que con dicha medida se buscaban proteger.

Fue entonces que, bajo este análisis, se consideró que la geolocalización de equipos móviles en tiempo real, era una restricción constitucional. Además, se consideró que esta medida era legítima a la luz del texto de la Constitución y a la luz del derecho internacional; sin embargo, la Corte fue omisa nuevamente en explicar cómo podía identificarse a una restricción constitucional, si es que para hacer esa identificación se debía de ubicar los efectos que esta producía, o si es que necesariamente debía de existir la colisión entre dos o más derechos, de tal manera que las modulaciones que se establecieran para evitar una transgresión grave a cualquiera de ambos derechos, podían ser consideradas como restricciones constitucionales.

Posteriormente, en la sesión del Pleno celebrada el día 13 de abril del 2015, la SCJN debía de resolver el amparo directo en revisión 1250/2012, aquí

¹⁰¹ Op. Cit., 92 y 93 pp.

se cuestionaba si la figura del arraigo prevista en el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, era compatible con el *corpus iuris* internacional.

En esta ocasión, la Corte nuevamente se decantó por la aplicación del criterio contenido en la Contradicción de Tesis 293/2011, para convalidar los matices inconvencionales que tenía esta figura jurídica. Pues mencionó que, si bien la regla general era la libertad de las personas, las excepciones a esta regla debían de estar permitidas en la propia Constitución, por lo que en el caso del arraigo esta se trataba precisamente de una excepción a la regla de la libertad personal inscrita en la norma fundamental.

“En ese orden, se puntualizó que, si bien la regla general establecida en la Constitución Federal era la libertad de las personas, y que las excepciones a dicha regla debían estar permitidas directamente en la propia Norma Fundamental, en la Reforma Constitucional de junio de 2008 el Constituyente Permanente introdujo en los artículos 16 de la propia Constitución Federal y décimo primero transitorio del Decreto de reformas, la habilitación a favor del Congreso para reglamentar el arraigo penal, por lo que éste debía entenderse como una excepción constitucional explícita a la regla general de libertad personal, lo cual implicaba declarar la constitucionalidad del artículo 133 Bis en comento.”

Por lo tanto, la Corte consideró que la figura del arraigo se trataba entonces de una restricción constitucional, por tal motivo, dicha figura no era contraria al *corpus iuris* internacional, además de que, por ese mismo hecho, su aplicación no generaba la violación de derechos humanos.

“De manera que, el Tribunal Pleno declaró la constitucionalidad del numeral 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, toda vez que el mismo numeral regulaba una restricción constitucional expresa a un derecho humano compatible con el *corpus iuris* y al no permitirse una reglamentación arbitraria de la figura mencionada, no resultaba en una transgresión a los derechos humanos.”

En esta resolución, se identificó a una figura jurídica como restricción constitucional, y con ello, se dejó sin efectos materiales la normativa interamericana. Sin embargo, la Corte no explicó cómo fue que identificó a la figura del arraigo como una restricción constitucional, si esta figura, no está contemplada

dentro del artículo 29° Constitucional, como un supuesto de hecho que propicie la restricción de un derecho, como tampoco está prevista en algún otro apartado de la Constitución como una restricción expresa.

Luego, en el amparo directo en revisión 140/2020, la Primera Sala debía de resolver sobre la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, precepto que hace alusión a que, de acuerdo con el artículo 18° de la Constitución, el traslado de reos será posible en la medida en que exista necesariamente un acuerdo sobre traslados entre dos entidades penitenciarias.

Para resolver este asunto, la Corte precisó que en la redacción del artículo 18° Constitucional, se advertían expresamente dos restricciones al derecho que tienen los reos para solicitar su traslado a un centro penitenciario distinto a aquel en el que se encuentran compurgando su pena. Estas restricciones eran: 1) Cuando el delito por el que fue sentenciado se trate de delincuencia organizada y; 2) La persona interna requiera de medidas especiales de seguridad.

“Conforme al párrafo octavo, del artículo 18 Constitucional, se advierte que el derecho humano en cuestión, se encuentra restringido expresamente, por dos aspectos: i) Cuando el delito por el que la persona fue sentenciada, se trate de delincuencia organizada; y, ii) Que la persona interna requiera medidas especiales de seguridad.”¹⁰²

De tal forma que, agregó la Corte, estas restricciones no podían ser cuestionadas, pues era voluntad del Constituyente estar inscritas en la Constitución, por lo que gozaban de legitimidad. Asimismo, la Corte advirtió que, este precepto de la Constitución establecía una reserva de ley, pues menciona que estos traslados igualmente quedarían condicionados a los casos y condiciones que estableciera la legislación secundaria.

“Así, el derecho a compurgar la pena de prisión en lugar cercano al domicilio del sentenciado, se materializará en los casos y condiciones que establezca la ley. Por tanto, el derecho fundamental en estudio se encuentra sujeto a los casos y condiciones que el legislador secundario establezca a través de ordenamientos

¹⁰² Amparo directo en revisión 140/2020, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 13

formal y materialmente legislativos; es decir, se trata de un derecho restringido, no de uno incondicional o absoluto.”¹⁰³

Por lo que nuestro máximo tribunal consideró que, esta restricción aún y cuando no estaba prevista de forma expresa en el artículo 18° de la Constitución, era legítima, pues este numeral preveía que era en la legislación secundaria -Ley Nacional de Ejecución Penal- en donde se podían establecer de igual manera que pasa en la Constitución, los casos en los que no operaría el traslado de personas sentenciadas.

“Así, contrario a lo que planteó la parte quejosa y aquí recurrente, la condición de existencia de un acuerdo o convenio entre la entidad de origen y la entidad de destino o en su caso, entre la entidad correspondiente y la Federación, para los efectos del traslado de un interno al centro penitenciario más cercano a su domicilio, en los términos que se establece en el párrafo primero, del artículo 50 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, no resulta contraria al artículo 18 constitucional, porque si bien es verdad que no se encuentra expresamente reconocida en el mismo; no es menos cierto que se establece en la ley secundaria, derivado del ejercicio de la libre configuración legislativa que el propio precepto constitucional reservó al legislador federal, para establecer los requisitos necesarios y condiciones de procedencia del citado beneficio, al no tratarse de un derecho incondicional o absoluto para los sentenciados.”¹⁰⁴

Bajo estas consideraciones, la Corte ubicó a la condicionante de existir un acuerdo entre dos entidades penitenciarias para el traslado de personas sentenciadas, como una restricción constitucional; además de esto, estableció que, esta restricción podía ser considerada como tal, aún y cuando no estuviese prevista expresamente en el texto constitucional, sino en la legislación secundaria, como en el caso ocurrió.

De tal suerte que, este criterio parecería ir en contra de lo establecido en el artículo 1°, pues aquí el Constituyente mencionó que las restricciones operarían en los casos y bajo las condiciones establecidas en la Constitución, de tal suerte que, una restricción contenida en una ley que no es la ley fundamental, bajo la lógica de este numeral, no podría dársele la cualidad de restricción constitucional.

¹⁰³ Op. Cit., p. 16

¹⁰⁴ Ibidem, p. 20

Además, en esta resolución se observa la misma falencia que en las anteriores resoluciones dictadas por la Corte, pues se omite mencionar que cualidad debe de tener determinada figura jurídica para ser considerada como una restricción constitucional, máxime, si esta ni siquiera se encuentra prevista de forma expresa en la Constitución.

Estas resoluciones muestran solo una pequeña parte de lo que fue el desarrollo que posterior a la Contradicción de Tesis 293/2011, tuvo el tema de las restricciones constitucionales en la doctrina de la Corte. Desarrollo que a la fecha se acrecentó con la suma de otras figuras jurídicas al catálogo de restricciones constitucionales, tal es el caso de figuras jurídicas como la prisión preventiva oficiosa, la prohibición de reinstalar trabajadores de confianza, entre otras, que han sido consideradas como restricciones constitucionales.

Esta adición se ha hecho bajo el reflejo de los lineamientos e interpretaciones hechos por la Corte en las resoluciones previamente citadas, en las que ha persistido la ausencia de razonamientos que expliquen cuál es la forma en la que se debe de interpretar el artículo 1° de la Constitución para ubicar los casos en los que se actualiza una restricción, así como las condiciones que han de observarse para su materialización.

Esta ausencia de pronunciamiento por parte de la Corte, ha generado un fenómeno de diseminación de restricciones en la Constitución, en el que se han ido ubicando a ciertas figuras en el texto de la Constitución como restricciones, sin que literalmente se encuentren reconocidas como tal, además, de que estas figuras se encuentran fuera de los supuestos que hacen posible la actualización de una restricción a los que hace alusión el artículo 29° Constitucional.

2.5 Contradicción de tesis 299/2013. Consolidación de las restricciones en la jurisprudencia nacional

La contradicción de tesis 299/2013, resuelta el día catorce de octubre del dos mil catorce, por el Pleno de la SCJN, fue también un antecedente importante dentro de la genealogía de las restricciones constitucionales.

En este asunto, la Corte debía de responder a la siguiente pregunta, ¿la jurisprudencia de la SCJN puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio, a cargo de los jueces nacionales, cuando se detecte que resulta violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte?

Para resolver esta interrogante, la Corte recordó que en la Contradicción de tesis 293/2011, se determinó que los derechos contenidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por México, constituyen el parámetro de regularidad constitucional, conforme al cual, deben de examinarse las normas y los actos que eventualmente puedan transgredir derechos humanos, sin embargo, también recordó que, en esta misma ejecutoria, se estableció que en el caso de existir una restricción a un derecho se deberá de estar a lo que indica el texto fundamental.

“El criterio anterior fue delimitado por el Tribunal Pleno, al resolver por mayoría de votos la contradicción de tesis 293/2011, el tres de septiembre de dos mil trece, determinando que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, de los cuales el Estado Mexicano sea parte, constituyen el parámetro de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, **entendiendo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.**”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Contradicción de tesis 299/2013, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 y 23 pp.

La Corte agregó que, la reforma constitucional del año 2011 propició la regeneración del orden jurídico, al incorporar al catálogo de derechos humanos, los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, sin embargo, acotó que, con esta reforma la supremacía de la Constitución no había cambiado, ya que la adopción de normas internacionales se da siempre y cuando estas estén de acuerdo con el contenido de la Constitución.

“Lo anterior al considerar que el principio de supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano; y que esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En ese sentido es que se determinó que los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”¹⁰⁶

Por lo que, bajo esa tesitura, la Corte mencionó que, el hecho de que los jueces tengan la facultad para llevar a cabo controles de convencionalidad, para determinar si una norma secundaria es contraria a una norma convencional, dicha facultad no les otorga la posibilidad de someter a ese mismo escrutinio una jurisprudencia dictada por la SCJN.

“Una vez determinado lo anterior, conviene advertir que aun al margen de la posibilidad de que los jueces nacionales estén facultados para ejercer el control de convencionalidad, ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación transgrede o no una norma convencional.”¹⁰⁷

Para sostener esta afirmación, la Corte enfatizó que, en términos del artículo 94° de la Constitución, en relación con el numeral 217 de la Ley de Amparo Vigente, la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte es vinculante para todos los operadores jurídicos y, en consecuencia, es de aplicación obligatoria, por lo que lo

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Op. Cit., 24.

ahí decidido no puede ser inaplicable por vía de un ejercicio interpretativo, pues ello iría en contra de esta obligatoriedad, además, que abriría la posibilidad de que jueces de menor jerarquía a la Suprema Corte, puedan inaplicar las resoluciones emitidas por esta última.

“En esos términos, resulta clara la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por este Alto Tribunal para las autoridades jurisdiccionales del país, incluyendo a las del Poder Judicial de la Federación, en específico para los Tribunales Colegiados de Circuito, por lo que no existiría ninguna razón lógica, para que los mismos determinen inaplicar la misma, so pretexto de control de convencionalidad; porque si bien es cierto que están obligados a inaplicar los preceptos normativos que vulneren derechos fundamentales contemplados en la Constitución Federal o en los Tratados Internacionales ratificados por México, lo anterior no implica que se pueda pasar por alto la obligación constitucional y legal que tienen como autoridad de aplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre todo porque admitir que un órgano de menor jerarquía pueda revisar un criterio obligatorio que se dio como resultado de un ejercicio hermenéutico del contenido de una norma que, en el caso concreto, atendía un derecho humano previsto constitucional y convencionalmente relacionado con la presunción de inocencia que se decía conculcada por la disposición normativa que prevé el delito de contrabando presunto, determinando que no lo vulneraba, sería tanto como permitir distorsionar la certeza y la seguridad jurídica que genera la definición del tema vía jurisprudencia del ente dotado de facultades constitucionales para establecer la última palabra.”¹⁰⁸

Estas consideraciones nuevamente trajeron a cuenta lo decidido por la Corte en anteriores criterios, que básicamente se resume en encumbrar la preminencia que debe de guardar el derecho interno y la interpretación que de este se haga, por sobre los tratados internacionales, lo que conlleva a que la interpretación conforme y principio pro persona se vuelvan inoperantes.

Además, esto generó el encumbramiento de las restricciones constitucionales, ahora en la jurisprudencia, pues este criterio cierra la puerta para que los Juzgadores en uso de una interpretación conforme, puedan inaplicar aquellos criterios jurisprudenciales en los que se ha decidido que las restricciones constitucionales deben de aplicarse por encima de la normativa internacional, aún y cuando esto implique una disminución significativa al ejercicio de un derecho humano.

¹⁰⁸ Ibidem, 33 y 34 pp.

Pues para llevar a cabo este intento de inaplicación, los jueces necesariamente tendrían que remitirse a hacer un análisis de la normatividad contenida en tratados internacionales, para en caso de encontrar mayores beneficios en estos cuerpos legales, o bien, encontrar que la decisión plasmada en un criterio jurisprudencial es contraria al *corpus iuris* internacional, orientarían su decisión a la inaplicación de la jurisprudencia, sin embargo, este ejercicio es el que precisamente prohíbe la Corte llevar a cabo, pues ello comportaría la inaplicación de un criterio que para estos operadores jurídicos resulta de observancia obligatoria y por ende no es susceptible de ser inatendido.

Por lo que, bajo este escenario, a las restricciones se les da una especie de canonjía legal, ya que combatir su inaplicación por la vía jurisdiccional, como se podría hacer con cualquier otra norma jurídica, se vuelve prácticamente una utopía, pues no existen los mecanismos legales que hagan posible esta encomienda.

2.6 Caso García Rodríguez y otros Vs México. Restricciones Constitucionales y su incorrecta interpretación

El último antecedente que se tiene en torno a la genealogía de las restricciones constitucionales es sin duda, el caso García Rodríguez y otro Vs México, resuelto por la Corte IDH. En este caso, la el tribunal internacional se debía de pronunciar sobre la convencionalidad de la prisión preventiva oficiosa, prevista en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, posterior a la reforma del año 2008.

Finalmente, la Corte IDH emitió sentencia el día 23 de enero del año 2023, en esta resolución indicó que la figura de la prisión preventiva oficiosa, en los términos en los que está prevista dentro del orden jurídico nacional, resultaba contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues era violatoria de múltiples derechos y libertades consagrados en dicha Convención.

Lo anterior, debido a que al momento en que esta figura era aplicada, - menciono la Corte IDH-, no se hacía referencia a las finalidades que con su

imposición se perseguía, ni a los peligros procesales que buscaría precaver; tampoco hacía posible ponderar a través de un análisis sobre la necesidad de la medida frente a otras medidas menos lesivas para los derechos de la persona procesada, como lo serían las medidas alternativas a la privación de la libertad, sino sólo se limitaba a establecer preceptivamente la aplicación de la prisión preventiva oficiosa para los delitos que revisten cierta gravedad una vez establecidos los presupuestos materiales, sin que se llevase a cabo de forma anticipada un análisis de la necesidad de la cautela frente a la circunstancias particulares de cada caso.

Por lo que, en base a esas consideraciones, la Corte IDH concluyó que se habían vulnerado los derechos a no ser privado a la libertad arbitrariamente (artículo 7.3), al control judicial de la privación de la libertad (art. 7.5), a la presunción de inocencia (art. 8.2), y a la igualdad y no discriminación (art. 24), en relación con la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2° de dicho tratado, en perjuicio de Daniel García Rodríguez y Reyes Alpízar Ortiz.

Al ser responsable el Estado Mexicano de estas violaciones, se le condenó para que en aras del compromiso que había adquirido al momento de ratificar la Convención, de respetar y proteger los derechos y garantías consagrados en ella, adecuara su ordenamiento interno en donde se regula la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, para el efecto de que cesarán las violaciones a derechos humanos que con su aplicación se generaban.

Esta sentencia constituye una piedra angular dentro de la teoría de las restricciones constitucionales, pues lo que en ella se decidió fue la inaplicación e incluso eliminación de una figura jurídica que en el contexto jurídico interno es considerada una restricción constitucional. Sin embargo, con independencia de lo resuelto por la Corte IDH, lo que destaca de este asunto es la participación que tuvo el Ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, como perito designado por las víctimas, en la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte IDH, el día 26 de agosto del 2022.

Destaca el análisis que hizo el citado perito sobre la materialidad de las restricciones constitucionales, exponiendo el problema que desde un inicio se ha presentado en torno a estas figuras jurídicas, el cual hasta ahora no ha sido resuelto y, que se resume en lo siguiente: ¿las únicas restricciones constitucionales expresas son las previstas en el artículo 29° Constitucional?, en caso de no ser así, ¿cómo determinamos qué otras figuras jurídicas son restricciones constitucionales?

Los puntos más importantes que abordó José Ramón Cossío durante su intervención en esta audiencia oral, se transcriben a continuación:

“¿Existen o no restricciones expresas en la Constitución mexicana? y, ¿En caso de existir estas restricciones, son contrarias o no a las normas del sistema interamericano de derechos humanos? desde mi punto de vista la única restricción prevista en la Constitución mexicana esta señalada en el artículo 29 de la Constitución, mismo que se refiere a las restricciones, a la suspensión de los derechos humanos y de sus garantías, es la única vez que se utiliza esta expresión de restricciones, sin embargo, se ha desarrollado una doctrina jurisprudencial y también una doctrina académica en el sentido de las restricciones. Desde mi punto de vista la única manera de considerar la existencia de restricciones es frente o contra o ante otro ordenamiento jurídico, no sería posible considerar que la Constitución Mexicana o cualquier otra Constitución contiene restricciones si no se está enfrentando ese concepto a otro concepto, si la Constitución mexicana no tuviera sobre si el sistema interamericano u otros sistemas de derechos humanos, no podría predicarse la condición de restricciones, entonces es un elemento relacional entre la Constitución mexicana y otro ordenamiento.

Insisto, el texto Constitucional en sí mismo, no habla de una restricción más que en el artículo 29, pero lo importante del caso es identificar que es la propia Suprema Corte la que ha determinado que existen estas restricciones a los derechos de fuente convencional, a las libertades de fuente convencional, por virtud de esta jurisprudencia que he señalado.

[...]

El verdadero problema está en el reconocimiento del criterio de restricciones. Si la Corte mexicana dice, es posible que ante una restricción Constitucional se desplace la aplicación del sistema interamericano, la pregunta es ¿Cómo sabe la Corte que hay una restricción Constitucional?, aquí lo importante del asunto es que es la propia Corte mexicana la que identifica las restricciones, esa restricción no está contenida en la Convención o en algún otro tratado del

sistema, la Corte mexicana lee la Constitución y la Corte dice aquí hay una restricción [...]"¹⁰⁹

En esta intervención se resumió de manera muy breve lo que ha sido el problema en torno a las restricciones constitucionales. Pues como acertadamente lo indicó Cossío, las únicas restricciones expresas son las previstas en el artículo 29° de la Constitución, de tal suerte que, todas aquellas figuras jurídicas que se han ubicado fuera de este precepto en realidad no están reconocidas como restricciones expresas en el texto fundamental.

Lo que quiere decir que la Corte ha ido ubicando figuras jurídicas como restricciones constitucionales, sin antes de ello explicar cómo es que se ha hecho para darles esta cualidad. Problema que se origina, principalmente, porque desde que se ha empezado a llenar de contenido jurídico a las restricciones, la Corte ha omitido establecer cómo debe de ser interpretado el artículo 1° de la Constitución, esto es, si al mencionarse en este precepto que se podrán restringir derechos bajo los supuestos y condiciones establecidos en la Constitución, estos supuestos y estas condiciones son los que prevé el legislador en el numeral 29°.

El hecho de no haber resuelto hasta este momento como debe de ser la interpretación correcta del artículo 1°, ha provocado, como lo advierte Cossío, que la Corte empiece a seleccionar distintas figuras jurídicas dentro de la Constitución como restricciones, sin antes reflexionar, ¿por qué estas figuras son restricciones?, pues el hecho de no poder responder a esta interrogante, genera el fenómeno de la diseminación de las restricciones que se hizo alusión en un apartado anterior.

¹⁰⁹ Intervención de José Ramón Cossío Díaz, en la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con motivo del caso García Rodríguez y otros Vs México, en fecha 26 de agosto del 2022. [Min. 2:30:30 – 4:04:41]

CAPÍTULO TERCERO

FUENTES MATERIALES DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. CONSTITUCIÓN Y CONVENCIÓN AMERICANA

De acuerdo a lo expuesto por Daniel Vázquez, Alejandra Medina Mora y Pedro Salazar Ugarte en el libro: “Derechos Humanos y Restricciones. Los dilemas de la Justicia”, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existen 89 restricciones a 21 diferentes derechos. Estas restricciones según los autores se configuran entre restricciones al derecho a la propiedad, -siendo éste el derecho que se ve más veces restringido-, el derecho a la libertad, al trabajo, al debido proceso y a ser votado. Además, mencionan que existen otras restricciones que no están comprendidas dentro de estos rubros, tal es el caso de la restricción al derecho de libertad de expresión que igualmente prevé la Constitución.¹¹⁰

Esta proliferación excesiva de restricciones constitucionales puede analizarse a partir dos vertientes. La primera vertiente que describe este problema, sería que no existe un método a partir del cual se pueda identificar qué puede ser considerado como una restricción constitucional y qué no puede ser considerado como tal. La segunda vertiente que va de la mano con la primera, es que debido a la ausencia de este método, existe confusión al momento en que se identifican a ciertas figuras jurídicas, prohibiciones o limitaciones que establece la Constitución como restricciones constitucionales, cuando en realidad no lo son.

En este capítulo se analizarán algunas de las disposiciones de la ley fundamental que prevé alguna figura jurídica, limitación o prohibición que ha sido catalogada por la doctrina o por la jurisprudencia nacional como una restricción constitucional. A partir de este primer análisis se observará como, incluso, sin la existencia de un método que permita su identificación, se puede advertir como existen ciertas figuras, prohibiciones o limitaciones que no guardan las

¹¹⁰ VÁZQUEZ, Daniel. MEDINA MORA, Alejandra. UGARTE SALAZAR, Pedro, “Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia”, 1ª Ed., México, Porrúa, 2015, s/p

características más básicas para ser consideradas como restricciones constitucionales.

Por otro lado, se abordará lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011, que es el principal fundamento jurisprudencial para la aplicación de las restricciones constitucionales, y como es que lo ahí resuelto, en muchos de los casos, no es aplicable para justificar la imposición de una restricción de índole constitucional.

Finalmente, se observará la doctrina desarrollada por la Corte IDH en relación al tema de las restricciones; se cuestionará si lo ahí resuelto es vinculante para evaluar en sede interna la validez e inaplicación de una restricción de índole constitucional.

Este capítulo no tiene como finalidad elaborar un método para evaluar cada una de las restricciones que se han identificado en la Constitución, para así concluir si estas pueden ser o no consideradas como tales, ya que dicho método será desarrollado en el último capítulo de esta investigación.

La finalidad de este apartado es hacer un análisis del marco jurídico al que se encuentran vinculadas las restricciones constitucionales, así como analizar algunos de los problemas teóricos que presenta tanto la doctrina desarrollada por la SCJN como por la Corte IDH, para identificar y evaluar la legitimidad de las restricciones constitucionales.

3.1 Fundamentos constitucionales sobre las restricciones

Los únicos apartados de la ley fundamental en los que expresamente se hace alusión a la palabra restricción es en los artículos 1º y 29º. En el artículo 1º el constituyente estableció que los derechos humanos y garantías solo podrán restringirse o suspenderse en los casos y bajo las condiciones que establece la Constitución. Mientras que, en el artículo 29º se mencionó cuáles serían los casos en que el Estado estaría facultado para restringir o suspender ciertos derechos y garantías cuando se viere amenazado el orden o la paz pública del Estado.

La lectura de ambos artículos resulta insuficiente para determinar cuántas restricciones hay en la Constitución y cuál es cada una de estas. De una primera interpretación, se podría deducir que, cuando el artículo 1º hace referencia a los casos y condiciones que podrán suscitar la restricción de derechos y garantías, esos casos y condiciones son los que se establecen en el artículo 29º. Otra interpretación sería que, esos casos y condiciones en que se pueden restringir derechos se extienden más allá de los casos y condiciones previstos en este último numeral.

Otra interpretación que también podría darse al artículo 1º, es que en él, el constituyente mencionó que la restricción solo operaría sobre derechos humanos, por lo que, cabría preguntarse, ¿qué pasaría cuando se pretenda restringir un derecho fundamental que no es un derecho humano? Tal vez, la respuesta a esta interrogante sea que, en esos casos, no operaría la restricción.

Sin duda un tema pendiente por desarrollar por la Suprema Corte es la forma en que se deben de interpretar estas disposiciones constitucionales. Esta falta de pronunciamiento por nuestro máximo tribunal, ha propiciado que la interpretación de las restricciones no sea acorde a los avances que se obtuvieron con la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011.

Ahora cualquier disposición constitucional que en abstracto se identifique como una limitación a un derecho humano o fundamental, se le categoriza como restricción constitucional, y con dicha calificativa se inaplican los principios de interpretación conforme y pro persona, como se mencionó en los apartados 1.5.3 y 1.5.4 de esta investigación.

Como advierte Cruz Parceró, el hecho de que no exista un criterio de interpretación sólido a partir del cual se fundamenten las restricciones, lo que existe entonces es un cheque en blanco para que el legislador viole derechos humanos.¹¹¹

¹¹¹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, Op. Cit., Nota 25, p. 84

A continuación, se analizarán algunas figuras jurídicas, limitaciones o prohibiciones previstas en la ley fundamental que han sido consideradas por la doctrina y la jurisprudencia nacional como restricciones constitucionales.

3.2 Restricciones constitucionales al derecho de propiedad, ¿restricción o anulación del derecho?

Una de las restricciones constitucionales más conocidas en la doctrina al derecho de la propiedad, es la contenida en el párrafo segundo, del artículo 27º de la Constitución. En esta porción el constituyente mencionó que la propiedad privada podría ser expropiada por causas de utilidad pública, pagándosele al afectado una indemnización económica.

La finalidad que persigue la expropiación, según lo expuesto por el propio constituyente, evidentemente es la obtención de un beneficio público, por lo que se podría argumentar que, esta restricción persigue una finalidad eminentemente utilitarista, dado que el beneficio sería mayor que el perjuicio que se obtendría derivado de su aplicación.

Sin embargo, los efectos que se causarían con la expropiación, no parecerían ser los efectos que se conseguirían con la imposición de una restricción. La naturaleza de las restricciones es que la afectación que esta produce es temporal, además que su aplicación no genera la desaparición del derecho que se ha restringido.

En el caso de la expropiación de un inmueble, la afectación es de consumación instantánea y perdura en el tiempo. Es decir, en el momento en el que se decreta la expropiación se pierde el derecho de propiedad que se detentaba sobre el inmueble expropiado. Además que, no es posible que esa afectación sea resarcida volviendo a tener el derecho que en un inicio se perdió, pues conforme a lo expuesto en la Constitución, para resarcir ese daño, únicamente será pagada una indemnización.

Otra prohibición al derecho a la propiedad que consagra la Constitución y, que podría pensarse es una restricción constitucional, es la contenida en el artículo 27º, fracción I. Aquí se establece la prohibición para los extranjeros de adquirir dominio sobre tierras y aguas en una franja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros a lo largo de las playas.

Por medio de una interpretación abstracta de esta porción, se determinaría que lo que ahí estableció el constituyente más que una prohibición por cuestiones de ciudadanía, es una restricción constitucional. No obstante, en esta interpretación se perdería de vista que, una restricción opera sobre un derecho que ha sido reconocido, de tal suerte que, si no existe el reconocimiento de un derecho, por consecuencia, no podría existir una restricción al mismo.

Otra prohibición constitucional que ha sido entendida como una restricción ligada al derecho a la propiedad, es la prevista en el artículo 130º, apartado e), párrafo cuarto. Aquí, el legislador estableció la prohibición para los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a las que estos pertenezcan, para heredar por testamento de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Al igual que sucede con la expropiación, no es posible concebir esta prohibición como una restricción, si el efecto que se obtiene con su aplicación es negar de manera total y atemporal el ejercicio o acceso a un derecho. Es decir, en un caso como éste, los ministros en ningún momento podrían acceder a la herencia de una persona a la que hayan apoyado espiritualmente, así sea de forma distinta a como cualquier otra persona podría heredar. Sería un derecho que les estaría por siempre vedado.

Existen otras restricciones al derecho a la propiedad que, a diferencia de las anteriormente citadas, cumplen con el principio de temporalidad que reviste a las restricciones, además que no anulan el derecho que ha quedado sujeto a la restricción misma.

Ambas restricciones se encuentran alojadas en el artículo 16 de la Constitución. La primera, se refiere a las órdenes de cateo y visitas domiciliarias que podrá ejecutar el Ministerio Público, en domicilios de particulares, previa autorización fundada y motivada, emitida por autoridad competente (Juez); así como las visitas domiciliarias que podrá practicar la autoridad hacendaria, para verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias. La segunda, tiene que ver en aquellos casos en los que se esté en tiempos de guerra, pues en ese tipo de escenarios, los militares podrán alojarse en casas particulares aún si el consentimiento de sus propietarios.

3.3 Restricciones al derecho del trabajo, ¿restringen derechos humanos?

En el libro escrito por Vázquez, Medina y Salazar, titulado “Derechos Humanos y Restricciones. Los dilemas de la Justicia.”, mencionan que, en la Constitución existe un primer grupo de restricciones vinculadas con el derecho del trabajo. Estas restricciones versan sobre algunos requisitos que la Constitución impone para ocupar determinados cargos.

Una de estas restricciones es la establecida en el artículo 28º de la Constitución. La cual establece que, para pertenecer a la Comisión Federal de Competencia Económica, o al Instituto Federal de Telecomunicaciones, se debe de tener como mínimo 35 años de edad, además de ser ciudadano mexicano por nacimiento.

Consideran los autores que, en este caso, la restricción se materializa solo en lo que ve al tema de la ciudadanía, ya que el tema de la edad, al ser un requisito que es superable con el paso del tiempo, no puede ser considerado una restricción.¹¹² Sin embargo, inadvierten que, las restricciones solo operan sobre derechos que han sido reconocidos. De tal manera que, si en la Constitución o en un tratado internacional, ratificado por México, nunca se ha previsto la posibilidad

¹¹² VÁZQUEZ, Daniel. MEDINA MORA, Alejandra. UGARTE SALAZAR, Pedro, Op. Cit., Nota 103, s/p

para que personas que no hayan nacido en territorio nacional, puedan ocupar cargos públicos, luego entonces una prohibición de esta naturaleza no puede ser considerada una restricción. No se puede restringir un derecho que no ha existido.

En otra parte, los citados autores sostienen que, en el artículo 41º de la Constitución, donde se establece que, los Consejeros Electorales y el Secretario Ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, no podrán desempeñar cargos en los poderes públicos en cuya elección hayan participado, de dirigencia partidista, ni ser postulados para cargos de elección popular durante los dos años siguientes a la fecha de conclusión de su encargo, al ser una limitación que se supera con el simple paso del tiempo, no la consideran como una restricción.¹¹³

Al margen de hacer un análisis con más detenimiento para determinar si esta prohibición, es o no una restricción, nuevamente se puede advertir que los autores confunden los efectos de las restricciones, particularmente, confunden el tema de la temporalidad. El hecho de que una prohibición sea superable con el paso del tiempo, no quiere decir que por ese hecho esta no sea una restricción. Olvidan que la naturaleza de las restricciones es justamente que estas son temporales, por lo que una vez que ha desaparecido la causa que dio origen o que justificó la imposición de la restricción, se debe de restituir el ejercicio del derecho como este era antes de haberse restringido.

Otra prohibición que ha sido considerada como una restricción constitucional, es la que se encuentra inserta en el artículo 123º, apartado B), fracción XIII. En esta porción normativa, el constituyente mencionó que no procedería la reinstalación de agentes del ministerio público, peritos, miembros de corporaciones policiacas, del orden federal o municipal, cuando hayan sido despedidos injustificadamente.

Sobre esta restricción al derecho del trabajo, la Segunda Sala de la SCJN, al resolver el amparo directo en revisión 4315/2014, mencionó que, la prohibición de reinstalar en su cargo a miembros de instituciones policiales era una restricción,

¹¹³ Ibidem, s/p

limitación o excepción en sede constitucional, por lo que no era posible emprender un juicio de ponderación entre derechos humanos.

Además, la Suprema Corte agregó que, al ser ésta una restricción constitucional, es una condición infranqueable que no pierde su vigencia ni aplicación, pues es una manifestación clara del Constituyente Permanente, que no es susceptible de revisión constitucional.¹¹⁴

Son muchos los comentarios que, sobre esta restricción y el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia se podrían hacer. El primero, tiene que ver con el tema de la temporalidad. Aquí, nuevamente se está frente a una prohibición que se perpetua en el tiempo, lo que es contrario a la naturaleza de una restricción.

Otro punto que resulta interesante es que, conforme a la redacción del artículo 1º constitucional, y lo resuelto por el Pleno de la SCJN, en la contradicción de tesis 293/2011, las restricciones constitucionales solo operan sobre derechos humanos.

La restricción analizada versa sobre la reinstalación de ciertos trabajadores en sus fuentes laborales, como se indicó en el apartado 1.3.2 de esta investigación, parecería que, en todo caso, es un derecho fundamental, que no es un derecho humano. Por lo tanto, no podría ser considerado objeto de una restricción constitucional, ya que el objeto de las restricciones, únicamente son los derechos humanos.

Finalmente, un tercer comentario, iría encaminado a cuestionar como es que se identificó a esta restricción, como una restricción constitucional. En la Constitución no está expresamente reconocida como tal; tampoco se expresa cuál es la finalidad que se persigue con su imposición, por ende, no se puede evaluar la idoneidad, necesidad y, en su caso, proporcionalidad de la misma; sus efectos son contrarios a los efectos de una restricción, al menos, por lo que ve al tema de la temporalidad; además que, como ya se hizo alusión, la misma restringe un derecho

¹¹⁴ Amparo Directo en Revisión, número 4315/2014, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 y 15 pp.

fundamental que no es un derecho humano, es decir, restringe una categoría de derechos que no podrían ser objeto de una restricción constitucional.

3.4 Restricciones a derechos político electorales

En la doctrina se han considerado que ciertas prohibiciones relacionadas con el derecho al voto, son restricciones constitucionales. Por ejemplo, autores como Daniel Vázquez¹¹⁵ o Ramsés Montoya Camarena,¹¹⁶ consideran que, la prohibición que existe para las personas no nacidas en México, para acceder a cargos públicos como: diputado (artículo 55), senador (artículo 58), gobernador (artículo 116), o jefe de gobierno de la Ciudad de México (artículo 122), son restricciones expresas de índole constitucional.

Sin embargo, contrario a lo sostenido por estos autores, estas limitaciones políticas que establece la Constitución para personas que no hayan nacido en territorio nacional, no pueden considerarse como restricciones constitucionales. De ser así, nuevamente se caería en la falsa idea de sostener que, se puede restringir un derecho inexistente.

Una última prohibición al derecho a ser votado, es la que se estableció en el apartado d), del artículo 130 de la Constitución. En este numeral, el constituyente mencionó que los ministros de cultos religiosos no podrían desempeñar cargos públicos; tendrán derecho a votar, pero no a ser votados.

Con independencia de los fines que, en su momento, pretendía el constituyente al imponer este candado de participación política, como lo podría ser la separación que tendría que existir entre la iglesia y el Estado; esta prohibición, dista de ser una restricción constitucional.

Primero, porque al igual que otras prohibiciones que se han analizado en este capítulo, no cumple con el principio de temporalidad que deben de tener las restricciones, pues los efectos de esta limitación, se perpetúan en el tiempo.

¹¹⁵ VÁZQUEZ, Daniel. MEDINA MORA, Alejandra. UGARTE SALAZAR, Pedro, Op. Cit., Nota 104, s/p

¹¹⁶ MONTOYA CAMARENA, Ramsés, Op. Cit., nota 42, p. 199

Segundo, porque dicha limitación elimina un derecho, que en el caso sería el derecho a ser votado, lo que es contrario a la naturaleza de una restricción, ya que el efecto que causa una restricción no es eliminar o suspender el derecho restringido, su único efecto es alterar la forma en que dicho derecho se venía ejerciendo.

3.5 ¿Restricción o anulación del derecho humano a la libertad?

Uno de los derechos que más ha sido vinculado a las restricciones constitucionales es el derecho a la libertad. En la jurisprudencia, se han ubicado a ciertas figuras jurídicas que, principalmente tienen relación con el derecho procesal penal, como restricciones constitucionales a este derecho.

Una de estas restricciones, probablemente sea la más conocida por el debate político y jurídico que en torno a su aplicación se ha generado en fechas recientes, es la prisión preventiva oficiosa, prevista en el artículo 19º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta figura jurídica, es en realidad una medida cautelar que se aplica en procesos penales, mediante la cual un Juez ordena el internamiento en un centro de reclusión, a una persona que ha sido vinculada a proceso por alguno de los delitos que prevé el artículo 19º Constitucional, como podría ser el delito de homicidio, secuestro, robo de hidrocarburos, feminicidio, violación, trata de personas, entre otra clase de delitos considerados graves, hasta en tanto se dicte sentencia que resuelva sobre la culpabilidad del acusado.

La aplicación de esta medida cautelar se genera sin una petición formal del Ministerio Público en la que justifique cuál es la necesidad de cautela, es decir, la necesidad que existe para mantener a esa persona privada de su libertad, ya sea porque es un riesgo para la sociedad, representa un peligro para la víctima o los testigos, existe riesgo de fuga, o bien, porque puede entorpecer el trámite del juicio; aunado a que, no existe posibilidad para que la defensa pueda oponerse a su aplicación. De ahí el carácter oficioso de la misma.

De hecho, justamente el día en que se escriben estas líneas, 13 de noviembre del año 2024, se discutirá en la Cámara de Diputados, el proyecto de reforma a la Constitución que pretende ampliar el catálogo de delitos que hace susceptible la aplicación de esta medida cautelar. En esta reforma, se pretende incluir a este catálogo el delito de defraudación fiscal, así como los delitos de contrabando y cualquier actividad relacionada con la expedición de falsos comprobantes fiscales.

A la par de la inclusión de estos delitos, se pretende añadir un párrafo en el que se blinda la aplicación de dicha medida cautelar. El legislador ha decidido anular toda forma de interpretación a esta norma que no sea una interpretación eminentemente literal. En dicho proyecto se lee que, para su interpretación los órganos del Estado deberán de atenerse a su literalidad, quedando prohibida cualquier interpretación análoga o extensiva que pretenda su inaplicación.

Al margen de lo anterior, la prisión preventiva oficiosa, actualmente ha sido considerada por los tribunales federales, como una restricción de índole constitucional, lo que ha propiciado que, aún y cuando la misma pueda vulnerar de manera interrelacionada múltiples derechos humanos,¹¹⁷ ésta no se pueda inaplicar, ya sea por vía de la interpretación conforme o por vía del principio pro persona.

Como advierte la Corte IDH esa condición genera que, los alcances de la tutela judicial efectiva en México, en los mecanismos de control de detención, revisión por vías ordinarias y mediante el juicio de amparo, bajo la figura de la prisión preventiva oficiosa, sean ineficaces al no ser posible aplicar de manera adecuada el principio pro persona.¹¹⁸

Este criterio de concebir a la prisión preventiva oficiosa como una restricción constitucional se ha fundado, esencialmente, en lo resuelto por la SCJN, en la

¹¹⁷ Al resolver el caso *García Rodríguez y otro Vs México*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que, el Estado Mexicano al prever la aplicación de la prisión preventiva de forma oficiosa, había vulnerado los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, a no ser privado a la libertad arbitrariamente (artículo 7.3), al control judicial de la privación de la libertad (art. 7.5), a la presunción de inocencia (art. 8.2), y a la igualdad y no discriminación (art. 24). Véase Corte I.D.H., *Caso García Rodríguez y otros Vs. México*. Consideraciones de la Corte. Sentencia 25 de enero del 2023. Párr. 174

¹¹⁸ Op. Cit., Párr. 176

Contradicción de Tesis 293/2011. Un ejemplo de ello, es la jurisprudencia PR.P.CS. J/16P (11a.),¹¹⁹ emitida por el Pleno Regional en Materia Penal, de la Región Centro-Sur, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla.

El Pleno en cuestión, resolvió que, cuando se reclamaba en juicio de amparo la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, no era posible conceder la suspensión provisional con efectos de tutela anticipada, con base en lo resuelto por la Corte IDH en los casos Tzompaxtle Tecpile y otros Vs México y García Rodríguez y otros Vs México, en donde se declaró inconvencional dicha medida cautelar.

Esto, debido a que la prisión preventiva oficiosa era una restricción constitucional al derecho humano a la libertad, por lo que, en el caso debía de observarse lo dicho por la SCJN, en la Contradicción de Tesis 293/2011, en la que nuestro máximo tribunal estableció que, al estar en presencia de una restricción expresa a un derecho humano prevista en la Constitución, debía de estarse a lo que indicará el texto fundamental.

Sobre este criterio de concebir a la prisión preventiva oficiosa como una restricción constitucional, hay dos cuestionamientos esenciales. El primero, tiene que ver con la cuestión de los efectos que causa su aplicación al derecho humano a la libertad. Más que una restricción, parecería que esta medida cautelar es una especie de suspensión a este derecho, puesto que, durante el tiempo que la persona permanezca en reclusión, su derecho a la libertad quedará suspendido, es decir, este derecho habrá perdido su vigencia en la esfera jurídica del afectado.

Otro cuestionamiento sería sobre el objetivo que se perseguiría con su aplicación. Como se mencionó en el apartado 1.5.1 de la presente investigación, las restricciones deben de tener un fin legítimo. Es a partir de este fin, que se puede delimitar la aplicación de una restricción, y así evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la misma.

¹¹⁹ Jurisprudencia PR.P.CS. J/16P (11a.), “SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN EL JUICIO DE AMPARO. CUANDO SE RECLAMA LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA, NO ES PROCEDENTE CONCEDERLA CON EFECTOS RESTITUTORIOS CON BASE EN LO DETERMINADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS CASOS TZOMPAXTLE TECPILE Y OTROS CONTRA MÉXICO Y GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO CONTRA MÉXICO.”

En el caso de la prisión preventiva oficiosa, dicho fin no se podría justificar en un argumento que apele a la seguridad pública, presuponiendo que se mantendría en prisión a una persona que, por aparentemente haber cometido un delito considerado grave, resulta ser un peligro para la sociedad, las víctimas o testigos, o incluso hasta para el funcionario público (Juez) que resolverá su situación jurídica.

Pensar de esta manera, pasaría por alto que, esa misma persona le asiste el derecho de presunción de inocencia, por lo tanto, en el momento de la imposición de esta medida cautelar, se estaría recluyendo a una persona que es inocente; que aún no ha sido juzgada y, por lo tanto, no se le ha encontrado culpable de ilícito alguno; además que, ese criterio partiría de una percepción subjetiva y estigmatizante, al concebir a una persona como peligrosa, por el simple hecho de estar sujeta a un proceso penal, aún y cuando en juicio no se ha demostrado la existencia de dicha peligrosidad; finalmente, se le impondría la medida cautelar, sin previo a ello, haberle dado al afectado la oportunidad de defenderse.

Otra figura jurídica relacionada al derecho penal que ha sido considerada como una restricción al derecho a la libertad, es la del arraigo. El artículo 16º de la Constitución, otorga al Ministerio Público la facultad para que, en indagatorias que se sigan por el delito de delincuencia organizada, pueda ordenar el arraigo de una persona que este siendo investigada por dicho ilícito, hasta por el plazo máximo de ochenta días.

Esta facultad se justifica, de acuerdo al texto constitucional, para lograr el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, así como impedir que el investigado se sustraiga de la acción de la justicia. Dicho en otras palabras, su existencia se justifica para lograr la eficacia de una investigación sobre un delito que, dada su naturaleza compleja, en muchas ocasiones es difícil de comprobar.

Para justificar la validez de esta figura, el Pleno de la SCJN, al resolver el Amparo Directo en Revisión 1250/2012, estimó que, de acuerdo a la Contradicción

de Tesis 293/2011, la figura del arraigo era una restricción expresa al derecho de la libertad con validez constitucional.¹²⁰

Sin embargo, la Corte no mencionó como es que llegó a la conclusión de que el arraigo era una restricción constitucional. Aunque mencionó que era una restricción expresa, no explicó que se debía de entender por “expresa”, ya que las únicas restricciones expresas en la Constitución son las previstas en el artículo 29º, y dentro de este numeral no se hace alusión al arraigo como restricción.

Tampoco se justificó si el arraigo era una restricción que perseguía un objetivo que estuviese previsto de manera clara en la Constitución, además de ser dicho objetivo legítimo. Por consecuencia, tampoco se analizó si el arraigo, tal como está previsto, era una medida idónea, necesaria y proporcional para los fines que el legislador buscaba con su imposición, de tal manera que, produjera un mayor beneficio que el perjuicio que podría causar con su aplicación.

Otro punto interesante, es que al igual que sucede con la prisión preventiva oficiosa, los efectos que genera el arraigo, parecerían ser los efectos que se conseguirían con la aplicación de una suspensión de derechos, ya que el arraigo suspende de forma total el derecho a la libertad durante el tiempo que la persona permanece bajo su aplicación. Tema que tampoco fue abordado por la Corte en esta ejecutoria.

Otra figura jurídica que, igual que la prisión preventiva oficiosa y el arraigo, está vinculada con el derecho penal, y también está relacionada en cierto modo con el derecho humano a la libertad, es el traslado de personas de una Centro de Reinserción Social a otro, que ya han sido sentenciadas dentro de un proceso penal.

En el párrafo tercero, del artículo 18 constitucional, el legislador estableció que, la federación y las entidades federativas, podrán celebrar convenios para que las personas que hayan sido sentenciadas dentro de un proceso penal, y estén extinguiendo la pena privativa de la libertad que les fue impuesta, en algún Centro

¹²⁰ Amparo Directo en Revisión, número 1250/2012 del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 46

de Reinserción Social del orden federal o estatal, puedan ser trasladados a un Centro de Reinserción Social de una jurisdicción distinta.

Así, el trasladado de los sentenciados que deseen compurgar su pena en un lugar distinto al que inicialmente lo hacían, en todo caso quedaría supeditado al convenio que tendría que existir entre la federación y los estados. Por lo que, la pregunta obligada sería, ¿qué sucede cuando ese convenio entre federación y estados no existe?

La SCJN al resolver el Amparo en revisión 105/2020, mencionó que, si bien el artículo 50 de la Ley Nacional de Ejecución Penal condicionaba el derecho de las personas sentenciadas para que pudieran compurgar sus penas en lugares cercanos a su domicilio, dicha limitación, consistente en la existencia de un acuerdo entre federación y entidades federativas, era congruente con lo establecido por el legislador en el párrafo tercero, artículo 18º.¹²¹

Es decir, si no existe este convenio entre federación y estados, dicho traslado no podrá llevarse a cabo, aún y cuando exista el derecho de estas personas a compurgar sus penas en un centro de reinserción social cercano a su domicilio. El goce de este derecho se ve reducido a la instrumentalización de un convenio; si este convenio existe, existe el derecho y se puede acceder a él, en caso contrario, el derecho es sencillamente inexistente.

En esta ejecutoria se argumentó que, dicha restricción era permisible, entre otras cosas, porque de acuerdo a la lectura que dio la Suprema Corte al artículo 30º del Pacto de San José, dicho numeral otorga a los Estados la permisibilidad para que puedan restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.¹²²

Sin embargo, la Suprema Corte parte de una interpretación errónea del artículo 30º de la Convención. Primero, porque es distinto el efecto de una restricción al efecto que se obtendría con la imposición de una condicionante que, en caso de no

¹²¹ Amparo en Revisión número 105/2020, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 23

¹²² Op. Cit., p. 25

cumplirse haría nugatoria la posibilidad de acceder a un derecho. En el primero, existe una alteración al goce y ejercicio que habitualmente se tiene de un derecho; mientras que, en el segundo supuesto, existe una condición, de cuyo cumplimiento dependerá el acceso al derecho.

En el caso del traslado de reos se está en el segundo escenario, ya que el poder legislativo ha impuesto una condicionante, como es la existencia de ese convenio entre federación y estados que, en caso de no cumplirse, haría que las personas sentenciadas nunca podrían acceder al derecho a ser trasladadas a un lugar cercano a su domicilio y familia. Esto último es contrario a la naturaleza de una restricción, ya que ésta no tiene como efecto constituir un obstáculo infranqueable que haga nugatorio el ejercicio de un derecho.

Lo segundo es que, como se verá en un apartado posterior, cuando la Corte IDH ha desarrollado el tema de las restricciones que se pueden imponer a ciertos derechos y garantías reconocidos en la propia Convención, se ha referido a aquellas restricciones que se encuentran previstas en las legislaciones secundarias de los Estados, no así a las restricciones establecidas en sus Constituciones. De ahí que, sería inaplicable el artículo 30º de la Convención para justificar la imposición de una restricción constitucional.

Sumado a esto, es incorrecto sostener, como lo hizo la Suprema Corte, que una restricción puede ser constitucional, aún y cuando no está contemplada en la misma Constitución, si no en una ley secundaria. En esta ejecutoria, la Corte mencionó que, si bien esta restricción que prevé el artículo 50 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, no se encontraba expresamente reconocida en el artículo 18º Constitucional, también era cierto que, la misma no era contraria a lo dispuesto en este último numeral, por lo tanto, dicha prohibición era una restricción constitucional.¹²³

Este criterio no solo parte de un error semántico, al sostener que algo es constitucional, cuando en realidad ni en la constitución está. Además, que este

¹²³ Ibidem, p. 24

criterio vuelve todavía más complicado el problema que se tiene para la identificación de restricciones constitucionales, pues ahora habría que identificar restricciones constitucionales fuera del marco constitucional.

Bajo tal escenario, se podrían ubicar a cientos de restricciones en legislaciones secundarias, categorizarlas como restricciones constitucionales y, lo que es peor, la consecuencia que de ello se obtendría, sería la inaplicación de métodos de interpretación normativa como el control de convencionalidad o el principio pro persona. Por lo que en un escenario hipotético como éste, habría que reflexionar sobre, ¿qué ha quedado para entonces de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011?

Caso distinto, ocurre con la privación del derecho a ser trasladado a un Centro de Reinserción Social más cercano a su domicilio, que se impone a las personas que han sido sentenciadas por el delito de delincuencia organizada, previsto en el párrafo octavo, del artículo 18º de la Constitución.

Esta es otra prohibición constitucional que, sí está reconocida expresamente en el texto constitucional, sin embargo, al tener como efecto privar a una persona el acceso a un derecho, no puede ser considerada una restricción, pues va en contra de la naturaleza de estas.

Una última figura que podría ser considerada como restricción constitucional al derecho a la libertad, es la detención en casos urgentes que se encuentra prevista en el párrafo sexto, del artículo 16 de la Carta Magna. Esta porción normativa, se refiere a aquellas situaciones excepcionales en las que, el Ministerio Público podrá, bajo su más estricta responsabilidad, ordenar la detención de una persona cuando la investigación se siga por algún delito considerado grave y exista el riesgo de fuga del indiciado.

En esos casos, la representación social deberá justificar cuáles fueron las causas por las cuales no se pudo acudir previo a la detención, ante la autoridad judicial para solicitar una orden de aprehensión, además de justificar cuáles eran

los indicios que, en ese momento, tomó en cuenta la autoridad investigadora, para determinar que existía ese inminente riesgo de fuga.

El problema que existiría al categorizar a las formas de conducción al proceso penal, como la detención por caso urgente, como restricciones constitucionales, es que ahora todas esas formas de conducción al proceso (citación, orden de comparecencia, orden de aprehensión y detención en flagrancia), se les daría esta cualidad; en tal escenario, el problema radicaría en que, en caso de que estas hayan sido ordenadas, o bien, ejecutadas so pena de la violación de algún derecho humano, no se podría plantear su invalidez, por ser estas, restricciones constitucionales. Tal como ocurre con la prisión preventiva oficiosa. Por más que se argumente que la misma es violatoria de múltiples derechos humanos, esta se sigue aplicando por su condición de ser una restricción constitucional.

3.6 Debido proceso y sus restricciones

En la jurisprudencia 1a./J. 29/2023 (11a.), el Pleno de la SCJN, se refirió al debido proceso como un derecho que encuentra reconocimiento en normas de rango constitucional (artículo 14 de la Constitución y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); el cual consiste, según la Suprema Corte, en un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales con la finalidad de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.¹²⁴

El debido proceso, se configura por todas aquellas normas y principios rectores que ordenan un procedimiento judicial, cuyo correcto desenvolvimiento y aplicación corresponde a los órganos impartidores de justicia. Así, en la Constitución se encuentran algunas figuras, prohibiciones o limitaciones, cuyo objeto son algunas de estas normas y principios, que ordenan ciertos procesos judiciales, las cuales podrían ser consideradas como restricciones constitucionales.

¹²⁴ Jurisprudencia: 1a./J. 29/2023 (11a.) “**PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL. SUS ALCANCES Y FUNDAMENTOS.**”

Un primer ejemplo lo encontramos en el artículo 20 de la Constitución, en donde se menciona que el proceso penal se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Sin embargo, más adelante, en el apartado B), fracción V, de este mismo artículo, se establece que, la publicidad del proceso podrá restringirse cuando se actualicen alguno de los supuestos ahí previstos.

Esta excepción al principio de publicidad, al parecer, podría guardar las características de una restricción. De cierta forma está reconocida como restricción; es temporal; se persigue un beneficio mayor que el perjuicio que causaría su imposición; el objeto que se busca con su imposición es más o menos claro, el constituyente estableció que era para salvaguardar la seguridad nacional, seguridad pública, de las víctimas o testigos, entre otros caos; por ende, podríamos evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la misma.

Otra restricción ligada con el debido proceso, es la que se estableció en el artículo 6º, apartado A, fracción VIII. En esta porción, el constituyente previó la creación de un órgano encargado de la administración del presupuesto destinado para el acceso a la información pública; asimismo, también, se le dotó de facultades para emitir resoluciones sobre controversias relacionadas al acceso a la información pública.

Así, se mencionó que estas resoluciones serían vinculatorias, definitivas e inatacables. Es decir, no se tendría un recurso judicial efectivo, a partir del cual, se pudiera cuestionar la validez legal o constitucional de las resoluciones emitidas por este órgano. Lo que se traduce en que, en materia de acceso a la información pública, solamente hay una única instancia y lo que se decida ahí, es incuestionable.

Lo mismo ocurre ahora con la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia judicial. Al reformar el artículo 100º de la ley fundamental, el legislador sustituyó al Consejo de la Judicatura por un Tribunal de Disciplina, y se mencionó que, las resoluciones que adoptará este Tribunal, al igual que, como ocurría con ciertas resoluciones emitidas por el Consejo de la Judicatura, serían definitivas e inatacables.

Estas dos últimas limitaciones al derecho del debido proceso, que se materializan en la imposibilidad que existe para acceder a un recurso judicial efectivo, por medio del cual se analice la legalidad o constitucionalidad de las resoluciones emitidas por estos órganos, aunque podría ser violatoria justamente del derecho al debido proceso, o el derecho a contar con un recurso judicial efectivo, no podrían ser consideradas como una restricción constitucional.

Nuevamente hay que tener presente que la naturaleza de las restricciones no es impedir el ejercicio de un derecho por medio del establecimiento de una prohibición o condición para acceder al mismo. En este caso, cuando el legislador expresamente establece la condición de inatacabilidad de dichas resoluciones, lo que está haciendo no es imponer una restricción, si no que establece una prohibición para acceder al derecho de contar con un recurso judicial efectivo.

3.7 ¿Restricción al derecho a la comunicación?

Otra prohibición que se encuentra vinculada al artículo 18 constitucional y a los delitos de delincuencia organizada, es la restricción de las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo en el caso de que se trate de sus abogados.

Esta restricción tendría que analizarse a partir de dos vertientes. La primera, sería analizar la imposición de esta restricción en personas que están llevando un proceso judicial por el delito de delincuencia organizada, pero que aún no han sido sentenciadas.

En este caso, al igual que ocurre con la imposición de la prisión preventiva oficiosa, se estaría imponiendo una pena anticipada a alguien que aún no ha sido declarado culpable. Sumado a esto, los efectos de esta restricción, se asemejarían más a los efectos de una suspensión de derechos, ya que durante el tiempo que dure el proceso judicial, estas personas no podrán tener, bajo ninguna modalidad, comunicación con terceras personas.

El otro análisis sería en el caso de las personas que ya se encuentren sentenciadas por el delito de delincuencia organizada. En este supuesto, esta restricción a la comunicación con terceras personas, más que una restricción, sería la consecuencia de la imposición de una pena, por lo que, en todo caso, lo que habría que analizar sería su proporcionalidad.

Es decir, habría que evaluar si la privación de comunicarse con terceras personas, que no sean abogados de la persona sentenciada, es una pena adecuada y proporcional que puede ser impuesta en casos de delincuencia organizada. Pero, este análisis debería de llevarse a cabo a partir de la doctrina que estudia la imposición de las penas en materia penal, no así desde la doctrina que analiza a las restricciones constitucionales; estudio que escapa de los márgenes de este trabajo.

3.8 Otras restricciones constitucionales

En los artículos 6º y 7º de la Carta Magna, se establece el derecho a la libertad de expresión, el cual comprende según la redacción de estos numerales, la manifestación de la ideas, opiniones e información que se haga por cualquier medio. Según el texto constitucional, este derecho encuentra sus límites, cuando en uso del mismo se ataque a la moral, la vida privada, los derechos de terceros, se incentive la comisión de un delito o se perturbe el orden público.

Algunos autores consideran que estos límites a la libertad de expresión, son en realidad restricciones constitucionales.¹²⁵ Contrario a esta postura, como a continuación se verá, estas limitaciones al derecho a la libertad de expresión que establece la Constitución, no son en sí mismas restricciones constitucionales; por el contrario, dichas limitaciones se configuran como pautas de interpretación, a partir de las cuales, se evaluará si una manifestación, idea o expresión es legítima o no.

¹²⁵ VÁZQUEZ, Daniel. MEDINA MORA, Alejandra. UGARTE SALAZAR, Pedro, Op. Cit., Nota 104, s/p

La SCJN al emitir la jurisprudencia 1a./J. 38/2013 (10a.), en la que analizó los límites que establece la Constitución al derecho a la libertad de expresión, particularmente, al derecho al honor, mencionó que:

- “Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado el denominado "sistema dual de protección", según el cual los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna
- Esto no significa que la proyección pública de las personas las prive de su derecho al honor, sino simplemente que el nivel de intromisión admisible será mayor, aunque dichas intromisiones deben estar relacionadas con aquellos asuntos que sean de relevancia pública
- La principal consecuencia del sistema de protección dual es la doctrina conocida como "real malicia" o "malicia efectiva", misma que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico mexicano. Esta doctrina se traduce en la imposición de sanciones civiles, exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa (en caso del derecho a la información) o que haya sido producida con "real malicia" (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión)...”¹²⁶

Conforme a lo expuesto por el Alto Tribunal de este país, las limitaciones a la libertad de expresión, no son limitaciones o restricciones *prima facie* a este derecho, sino que estas, son pautas que, en conjunto con otros parámetros, conforman una especie test, por medio del cual tendrá que analizarse si una expresión o manifestación de ideas, ha trastocado el derecho al honor, la vida privada, etcétera.

Análisis que deberá efectuarse a partir de las condiciones del sujeto pasivo, si éste es una figura pública y, por lo tanto, está más expuesto a comentarios u opiniones que cuestionen su rol o desempeño en su encargo laboral, o vida privada; pues en tales casos, entiende la Suprema Corte, deberá de ser más flexible el análisis de estas manifestaciones.

Criterio similar fue el sostenido por la Primera Sala de la SCJN, en la jurisprudencia 1a. CL/2014 (10a.), en la que refirió que, tratándose de funcionarios universitarios, al ser estos servidores públicos, deben de tolerar una mayor

¹²⁶ Jurisprudencia 1a./J. 38/2013 (10a.), “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA.”

intromisión en su derecho al honor, vida privada y a su propia imagen, cuando se les cuestione su desempeño en su encargo.¹²⁷

Bajo este contexto, las limitaciones al derecho a la libertad de expresión, implica que se analice caso por caso, por medio de un test de proporcionalidad, si se está en presencia de una manifestación que es ilegítima y, como consecuencia de ello, concluir si se ha trastocado o no, la intimidad, moral u honor de una persona.¹²⁸ En caso de que se concluya que sí se ha trastocado alguno de estos derechos, la manifestación será restringida, en caso contrario, no podrán imponerse limitaciones al ejercicio de este derecho.

Es por ello que, estas limitaciones no pueden ser consideradas como restricciones constitucionales, como cierto sector de la doctrina así las concibe. Como se refirió en el apartado 1.6 del presente trabajo, las restricciones implican *prima facie* la disminución de un derecho, por lo que sería innecesario llevar a cabo un test de proporcionalidad.

Esto es, en otras palabras, cuando una norma pueda someterse al escrutinio de un test de proporcionalidad, esta norma no puede ser considerada una restricción constitucional, pues las restricciones no son susceptibles de ponderarse.

En el caso de las limitaciones al derecho a la libertad de expresión, el conflicto entre este derecho y los límites a su ejercicio, se resuelve por medio del test de proporcionalidad. Lo que quiere decir que, se recurre al ejercicio de la ponderación.

Es decir, aquí, a diferencia de las restricciones, no se parte de la idea de que existe un derecho legítimamente restringido, si no que se parte de la idea de que existe una colisión entre un derecho y una posible restricción al mismo, por lo que

¹²⁷ Jurisprudencia 1a. CL/2014 (10a.), “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. LOS FUNCIONARIOS UNIVERSITARIOS DEBEN TOLERAR UNA MAYOR INTROMISIÓN EN SU DERECHO AL HONOR, A LA VIDA PRIVADA Y A SU PROPIA IMAGEN, CUANDO RECIBAN CRÍTICAS SOBRE SU DESEMPEÑO EN EL CARGO.”

¹²⁸ Tesis aislada 1a. CXXXV/2013 (10a.), “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD EN EL TEST DE INTERÉS PÚBLICO SOBRE LA INFORMACIÓN PRIVADA DE LAS PERSONAS.”

se hará uso de la proporcionalidad para determinar si la restricción se impondrá al derecho, o si el derecho prevalecerá por sobre la restricción.

Una última prohibición que podría ser concebida como una restricción constitucional es la prevista en el artículo 102, apartado B, primer párrafo, que dispone que, los Estado crearán organismos de protección de derechos humanos, también conocidos como Comisiones Estatales de Derechos Humanos. Menciona que, estos organismos recibirán quejas en contra de actos u omisiones, que violen derechos humanos, cometidas por cualquier autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación.

En esta porción normativa, el legislador no menciona cuál fue el motivo para excluir al Poder Judicial de la Federación, como autoridad sobre la que se podría promover una queja ante la Comisión Nacional o Estatal de Derechos Humanos, por haber vulnerado alguno de estos derechos. Si bien, se podría pensar que ello atiende a distintos motivos, finalmente es el legislador quien tendría que exponerlos y justificarlos.

Además que, al igual que ocurre como muchas otras de las prohibiciones analizadas, los efectos de esta disposición, no son los efectos que se conseguirían con la imposición de una restricción, ya que en el caso, se está privando de forma total y atemporal de un derecho, como lo es la posibilidad de denunciar actos violatorios de derechos humanos cometidos por integrantes del Poder Judicial de la Federación.

Lo que sería doblemente grave, si se piensa que estos actos tampoco pueden ser denunciados a través del juicio de amparo, debido a las distintas barreras procesales que habría que superar, como acreditar un interés jurídico o legítimo; acreditar que ese funcionario es una autoridad responsable para efectos del juicio de amparo; incluso, en el mejor de los casos, que den entrada al amparo, este se podría sobreseer, ya que es técnicamente incorrecto plantear que un órgano federal

ha violado un derecho humano, ya que estos órganos resarcen violaciones, no violan derechos humanos.¹²⁹

Sumado a esto, habría que tener presente que interponer una queja en contra del Poder Judicial de la Federación, en lo que ahora será el Tribunal de Disciplina, en caso de que la resolución que dicte este último, se haga fuera del marco de la legalidad o constitucionalidad, será inatacable, es decir, no se podrá cuestionar lo ahí resuelto.

Hasta este momento, se han analizado distintas figuras jurídicas, prohibiciones y limitaciones que prevé la ley fundamental que han sido consideradas como restricciones constitucionales. Se ha observado como algunas de estas figuras, contrario a la naturaleza de una restricción, su aplicación no es transitoria o temporal, si no definitiva; también se ha visto que, en muchos de los casos la aplicación de estas conlleva a la privación del derecho objeto de la restricción; incluso, en otros casos, su aplicación se asemeja más a una suspensión de derechos que a una restricción; por otro lado, se ha observado como estas pretenden restringir facultades o derechos que desde un inicio no se tenían; o bien, se materializan sobre derechos fundamentales que no son derechos humanos.

Al margen de los problemas que se han encontrado en algunas de estas restricciones, hay un problema aún más básico que en la doctrina ha pasado desapercibido. Este problema tiene que ver con la identificación de aquello que solemos llamar restricción.

Como se podría determinar cuántas restricciones hay en la Constitución y cuáles son cada una de estas, si desde un inicio no hay un criterio sólido para identificarles. Es innecesario analizar si una restricción cumple con ciertas características como la temporalidad, la no eliminación del núcleo esencial del derecho, la idoneidad, necesidad o proporcionalidad, o si el efecto se asemeja al de

¹²⁹ Jurisprudencia VIII.2o.C.T. J/2 K (10a.), “**AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO TRANSGREDEN DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO.**”

una suspensión, si desde un inicio no se tiene un criterio para identificar que puede ser considerado como una restricción constitucional.

3.9 Contradicción de tesis 293/2011, ¿Fundamento de las restricciones constitucionales?

El tema de las restricciones constitucionales cobro especial cuando el Pleno de la SCJN resolvió la contradicción de tesis 293/2011. Aquí la Corte sostuvo, resumidamente que, los tratados internacionales y la Constitución no se relacionarían en términos jerárquicos, sin embargo, cuando en la Constitución existiera una restricción a un derecho humano, debía de estarse a lo que estableciera el texto fundamental.

El criterio sostenido por la Corte en este asunto originó, por un lado, un problema en torno a la posición jerárquica que guardarían los tratados internacionales frente a la Ley Fundamental; y, por otro lado, creó un problema interpretativo en relación a las propias restricciones constitucionales.

Sobre este último problema, el mismo se originó debido a que la Corte fue omisa en establecer dos líneas hermenéuticas fundamentales. La primera tiene que ver con la metodología que se tendría que seguir para identificar qué puede ser considerado como restricción constitucional. La segunda omisión consiste en que la Corte pasó por alto la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales -distinción abordada en el apartado 1.3.2-.

Lo anterior, repercutió en que actualmente no se tenga una metodología con base en la cual se pueda determinar qué figuras jurídicas que han sido llamadas por la doctrina o la jurisprudencia, como restricciones constitucionales, en verdad lo son; en suma, dicho criterio genera confusión en torno a si las restricciones constitucionales son susceptibles de imponerse por igual, tanto a derechos humanos como a derechos fundamentales que no son derechos humanos, lo cual desde luego es incorrecto.

A pesar de las falencias que presenta esta ejecutoria, es un hecho irrefutable que la misma ha servido a los órganos jurisdiccionales como fundamento para sustentar la imposición de una restricción constitucional. Es por ello que surge la interrogante en el sentido de cuestionar si es correcto que se utilice la contradicción 293/2011, como fundamento para la imposición de restricciones constitucionales.

Al margen de que la Corte no haya establecido en esta contradicción una metodología para la identificación de restricciones constitucionales -problema que será abordado en un capítulo posterior-, el hecho de que haya pasado por alto distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales, para así determinar a cuál de estas dos categorías jurídicas le es imponible una restricción constitucional, conlleva a que dicha ejecutoria, en ciertos casos, no sea un fundamento válido para la imposición de una restricción constitucional.

Esto es así, ya que si se observa detenidamente lo argumentado por la Corte en este asunto, en él se sostiene que, las restricciones constitucionales se materializarán sobre derechos humanos. Por lo tanto, si partimos de la idea de que en la Constitución hay derechos fundamentales que no son derechos humanos, este criterio únicamente serviría como fundamento para sustentar la imposición de una restricción sobre un derecho humano, no así sobre un derecho fundamental.

Como acertadamente opina Cruz Parceró sobre este tema, en caso de ser restricciones a otros derechos que no son derechos humanos, este criterio no es aplicable. Por lo que en caso de suscitarse un conflicto entre un derecho fundamental y una restricción constitucional, debe de prevalecer el primero.¹³⁰

Por ejemplo, tratándose de derechos laborales que se han constitucionalizado, como el derecho al reparto de utilidades, o el derecho de los trabajadores a ser reinstalados cuando estos hayan sido despedidos injustificadamente, cualquier restricción que se imponga a estos derechos, no podría fundamentarse en la contradicción de tesis 293/2011, ya que estos son derechos fundamentales que por sus características no son derechos humanos.

¹³⁰ CRUZ PARCERO Juan Antonio, Op. Cit., Nota 25, p. 63

Lo mismo sucedería en el caso de las restricciones que existen a los derechos político electorales, como es el caso de contar con la ciudadanía mexicana por nacimiento para ser elegible para un cargo de elección popular. En este supuesto, la imposición de estas restricciones no puede descansar en el criterio antes citado, ya que estas restricciones se impondrían sobre derechos fundamentales que no son humanos.

Sostener lo contrario, implicaría caer en un error conceptual en el que se confunda qué es un derecho humano y qué es un derecho fundamental, desconociendo los márgenes teóricos que separan a una categoría de la otra. O peor aún, se cometería el grave error de sostener que ambas categorías son sinónimos y que no existe mayor diferencia que su mera denominación.

Es por tales motivos, que es importante contar con una teoría constitucional que se ocupe en delinear los márgenes que separan a ambas categorías jurídicas, y además explique a cuál de estas le es imponible una restricción constitucional. Es decir, que se establezca la manera en la que deben de ser interpretadas las restricciones constitucionales en torno a su materialización, si estas solo operan sobre derechos humanos, como aquí se sostiene, o si bien, estas pueden imponerse tanto a derechos humanos como a derechos fundamentales, indistintamente.

3.10 Doctrina sobre las restricciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ¿constitucionales o secundarias?

A partir de la integración de los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, estos y la Constitución, se convirtieron en las fuentes jurídicas que evaluarían la validez constitucional de las normas generales creadas por el Estado a través de su función legislativa.

De tal manera que, para interpretar y aplicar el derecho interno, así como para evaluar la validez de este frente a los principios y reglas constitucionales, es necesario hacer una interpretación conjunta y armónica de estos principios y reglas conforme a los principios y reglas instituidos en el derecho internacional.

Esta función hermenéutica, se hace observando a la Constitución y al derecho internacional, no como fuentes aisladas la una de la otra, si no como un conjunto de principios y valores que convergen en un mismo sistema y que como tal, deben de ser interpretadas y aplicadas de forma unitaria.

Lo anterior, así lo reconoció la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, en la que mencionó que, los tratados internacionales y la Constitución no se relacionarían en términos jerárquicos, y que ambas fuentes conformarían el llamado parámetro de regularidad constitucional al que tendrían que someterse las normas generales, justamente para evaluar si estas eran acordes o no a este nuevo paradigma constitucional.

Es en este contexto de simbiosis jurídica entre Constitución y derecho internacional, que cobra capital importancia el sistema interamericano de derechos humanos al que se encuentra adherido el Esta mexicano. Pues las normas inscritas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte IDH, incide o tendría que incidir en la producción normativa y en las decisiones judiciales que se tomen en el sistema jurídico nacional.

Al existir esta cohesión entre Constitución y derecho interamericano, los legisladores y el poder judicial deben de guiar sus actuaciones y tomar decisiones que involucren derechos humanos observando sí, la Constitución, pero también observando el derecho internacional en materia de derechos humanos.

Es en ese punto de coexistencia entre ambas fuentes, que es importante cuestionarse qué posición guardan las restricciones constitucionales. Estas al ser una figura eminentemente nacionalista, connaturalmente tiende a desplazar al derecho interamericano, sin embargo, este hecho, no implica que el derecho interamericano no reconozca la existencia de las mismas e incluso que permita su aplicación.

En efecto, la Convención Americana prevé en su artículo 30, la posibilidad de imponer restricciones a derechos reconocidos en ese instrumento; a su vez, la Corte

IDH, interpretando esa porción normativa, ha desarrollado doctrina en relación a la imposición de restricciones, incluso en su jurisprudencia ha desarrollado una metodología que permite evaluar la legitimidad de las mismas.

No obstante, como en un apartado posterior se verá, parecería que la manera en la que se interpreta a las restricciones en el derecho interamericano, no coincide con la forma en la que se interpreta a estas en sede doméstica. Lo que origina la interrogante si la doctrina desarrollada por la Corte IDH es aplicable para reevaluar la legitimidad de las restricciones constitucionales que se aplican en nuestro sistema jurídico.

3.10.1 El vocablo “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El artículo 30 del Pacto de San José, autoriza la imposición de restricciones a derechos y libertades reconocidas en este instrumento. Para materializarse la imposición de estas restricciones, de acuerdo a la redacción de este artículo, deben de concurrir las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.¹³¹

Aun y cuando parecía clara la intención de este artículo, que es permitir la imposición de restricciones a ciertos derechos humanos, siempre y cuando estas

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Cuadernillo de Jurisprudencia No 26, Restricción y Suspensión de Derechos Humanos*, p. 7

hayan superado este tamiz de legitimidad, surgía un problema en torno al término leyes que aludía esta porción normativa.

No quedaba claro si al mencionar que las restricciones que, en su caso, serían válidas, eran las que estaban dispuestas en las leyes, se debía de entender por leyes, como todas aquellas normas emanadas del poder legislativo o ejecutivo, con independencia de la forma en la que estas hayan sido creadas; o bien, si por leyes se debería de entender únicamente aquellas normas emanadas a través de un proceso legislativo.

Para disipar esta duda, en torno a la manera en la que habría de entenderse el vocablo “leyes” dentro de la redacción del artículo 30 de la Convención Americana, la Corte IDH emitió la Opinión consultiva OC-6/86, de fecha 9 de mayo de 1986.

En ella, la Corte expuso que la Convención no se limita simplemente a proclamar los derechos y libertades cuya inviolabilidad garantiza al ser humano, sino que también se hace referencia a las condiciones en las que es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos sin violentarlos.¹³²

Por ello, mencionó la Corte IDH que, para proteger la inviolabilidad de estos derechos y libertades de los actos estatales que puedan afectarlos, es preciso que estos no queden al arbitrio del poder público, sino que estos estén rodeados de garantías que aseguren los atributos inviolables de la persona. Por ende, estas limitaciones se deben establecer en una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.¹³³

Es decir, las normas que contemplen la aplicación de una restricción a un derecho humano, serán válidas en tanto estas se hayan creado a través de un

¹³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párr. 17

¹³³ Op. Cit., párr. 22

proceso legislativo, el cual se tuvo que haber llevado a cabo de acuerdo a lo establecido por la ley fundamental.

Así lo reafirma el Tribunal Interamericano cuando menciona que, el concepto leyes a que se refiere el artículo 30, debe de ser interpretado en el contexto de la Convención y no solamente de acuerdo con el principio de legalidad. Por tal razón debe de entenderse que, la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado parte.¹³⁴

Por lo tanto, concluyó que, el vocablo leyes imbibido en el artículo 30, se refiere a los actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.¹³⁵

Lo que quiere decir que, solamente aquellas leyes dimanadas de un proceso formalmente legislativo, seguido de acuerdo a los pasos enmarcados en la Constitución para tal efecto, serán consideraras, a la luz de la Convención, como leyes aptas para establecer la restricción a un derecho humano.

En caso contrario, aquellas leyes a las que no les anteceda un proceso legislativo de creación, o bien, este proceso no se haya llevado a cabo de acuerdo a las formas que para dicho fin contempla la Constitución, serán leyes inválidas frente al sistema interamericano, para la imposición de restricciones a los derechos que protege la Convención.

Lo que la Corte IDH hizo en esta Opinión Consultiva, no solo fue explicar en qué consiste el principio de legalidad tratándose de la imposición de restricciones a

¹³⁴ Ibidem, párr. 32

¹³⁵ Ibidem, párr. 35

derechos humanos, sino que además expuso lo que sería el primero de varios pasos a seguir para evaluar la legitimidad de las restricciones.

3.10.2 Metodología para evaluar la legitimidad de las restricciones, de acuerdo a la doctrina de la Corte Interamericana

Como se mencionó en el apartado anterior, el principio de legalidad que consiste en que la norma que consagra expresamente una restricción, se haya creado a través de un proceso formalmente legislativo, es solo uno de varios rubros que han sido desarrollados por la doctrina de la Corte IDH para determinar la legitimidad de una restricción a un derecho humano.

Esta metodología se integra por otros rubros, por ejemplo, que el objetivo de la restricción persiga un fin legítimo, que además esta sea necesaria e idónea y, por último, que esta sea proporcional, es decir en palabras de la Corte, que la restricción sea lo menos gravosa posible en relación al beneficio que se busca obtener con su imposición.

Rubros que integran este test de legitimidad, que a continuación serán explicados de acuerdo al desarrollo hecho sobre este tema en la doctrina de la Corte IDH.

a) Objetivo legítimo de la restricción

Retomando lo dicho por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-6/86, para que sea legítimo el objetivo que persigue la imposición de una restricción, este debe de obedecer a un interés general.¹³⁶ Es decir, el espíritu de esta noción es eminentemente utilitarista, pues persigue que la restricción que se imponga a un derecho humano, propicie un beneficio comunitarista por encima de un beneficio individual.

¹³⁶Ibidem, párr. 18

Al respecto, la Corte IDH mencionó que, podría justificarse la restricción de ciertos derechos y libertades, cuando se busque asegurar el orden público. Entendiéndose por esto último, como aquellas condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios.¹³⁷

Así, por lo general el derecho interamericano reconoce como causas legítimas que justifican la imposición de una restricción, aquellas que tengan que ver con la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la protección a la salud, la moral pública y los derechos y libertades de otros, como se estipula en el artículo 12.3 del Pacto de San José en materia de libertad religiosa, o en el artículo 16.2 en materia de libertad de asociación, cuyas limitaciones pueden obedecer, precisamente, a motivos de seguridad nacional o seguridad pública.¹³⁸

Esto quiere decir que, para superar esta segunda etapa del test de legitimidad, se requiere en un primer momento que, la norma que consagra la restricción, haya sido creada por medio de un proceso legislativo, llevado a cabo de acuerdo a lo establecido en la Constitución.

Además, es necesario que el objetivo que persigue esta restricción, sea un objetivo que atienda un bienestar común o interés general, tales como los que consagra la Convención, para que dicho objetivo sea considerado legítimo.

b) Necesidad

En cuanto al rubro de la necesidad, este se refiere a que la restricción además de estas inscrita de forma expresa en una norma creada a través de un proceso legislativo, y perseguir un fin legítimo, en suma, su imposición debe de ser

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., Nota 60, párr. 64

¹³⁸ MONTOYA CAMARENA, Ramsés, Op. Cit., Nota 42, p. 192

necesaria dentro de la sociedad democrática. Lo cual, según Daniel Vázquez, tiene estrecha relación con la idea del bien común.¹³⁹

Lo anterior, así lo estableció la Corte IDH, trayendo a cuenta lo dicho por su par, la Corte Europea de Derechos Humanos, cuando esta última interpretó el artículo 10 de la Convención Europea, y estableció que, para justificar la imposición de una restricción, debía justificarse una necesidad social imperiosa. Concepto de necesidad social imperiosa que el Tribunal Interamericano hizo suyo en la Opinión Consultiva Oc-05/85.¹⁴⁰

Posteriormente, dicho criterio quedó asentado en otras resoluciones. Por ejemplo, sobre el tema de la necesidad, en la sentencia del caso Ricardo Canese Vs Paraguay, el Tribunal mencionó que, la necesidad de las restricciones dependerá de que estas, estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Es decir, explicó el Tribunal que, entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe elegirse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

Por ende, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que la Convención garantiza, y no limitan más de lo estrictamente necesario estos derechos.¹⁴¹

Por lo tanto, la necesidad como ha sido entendida por la Corte IDH, va más allá de la legalidad o utilidad que pueda implicar la imposición de una restricción, la necesidad exige que la restricción se convierta en una interferencia a un derecho que en verdad suponga un beneficio real para una colectividad, mejorando sus estándares de desarrollo y protección de sus derechos dentro de un Estado.

¹³⁹ SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, 1ª Ed., México, Flacso, 2013, p. 60.

¹⁴⁰ Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de Julio de 2004. Párr. 122

¹⁴¹ Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 de Agosto de 2004. Párr. 96

c) Proporcionalidad

Finalmente, por lo que ve a la proporcionalidad, esta quiere decir que, la afectación que se cause al derecho protegido, resulte proporcional en relación al beneficio que se busca con su imposición. Es decir, este rubro invita a realizar un juicio de ponderación entre la restricción y el derecho humano afectado, para evaluar si con la imposición de la primera se consigue un beneficio mayor al perjuicio que se va a causar al derecho restringido.

De esta forma lo manifestó la Corte al resolver el caso *Álvarez Ramos Vs Venezuela*, en donde refirió que, en este último paso se debe verificar si la restricción es estrictamente proporcional, esto es que, el sacrificio inherente a ella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.¹⁴²

Así, la restricción debe de ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.¹⁴³ Para hacer este análisis, la Corte IDH menciona que se debe de observar lo siguiente:

- a)** El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada.
- b)** La importancia de la satisfacción del bien contrario.
- c)** Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.¹⁴⁴

Esto es, se debe de poner en una especie de balanza a los bienes jurídicos en juego e identificar la importancia de cada uno de estos, posteriormente, se debe de verificar que tanto se ha interferido a uno de estos bienes y observar si esta interferencia se justifica con base en la realización del bien contendiente. Es decir,

¹⁴² Corte I.D.H. Caso *Álvarez Ramos Vs Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 30 de Agosto de 2019. Párr. 108

¹⁴³ Corte I.D.H. Caso *Herrera Ulloa Vs Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de Julio de 2004. Párr. 123

¹⁴⁴ Corte I.D.H. Caso *Kimel Vs Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de Mayo de 2008. Párr. 84

si se justifica el bien común o interés general, por encima de la restricción al derecho humano.

3.10.3 Metodología de la Corte Interamericana frente a las restricciones constitucionales en México

La metodología propuesta por la Corte IDH, es útil para construir un argumento en el que se pretenda justificar la imposición de una restricción contenida en una ley secundaria, así como los efectos que su imposición genera. No obstante, esta metodología resulta inaplicable para evaluar la legitimidad de una restricción de índole constitucional.

Dicha metodología se construye a partir de dos nociones cuyos criterios se tornan inoperantes frente a las restricciones alojadas en la ley fundamental. El primero de ellos, porque parte de una idea en la que se olvida la jerarquización de las leyes, y pretende que dicha metodología que ha sido diseñada para leyes infra-constitucionales, se aplique de igual manera a la Constitución.

Lo anterior, se vuelve evidente si se observa que en relación al criterio de legalidad que alude el Tribunal Interamericano como primer requisito para evaluar la legitimidad de las restricciones, éste se centra exclusivamente en leyes secundarias que, si bien es cierto, deben de provenir de actos formalmente legislativos, no forman parte de la Constitución.

De ahí que, justamente este primer principio de legalidad, sea una condición cuyo análisis se constriñe a las limitaciones que se imponen en la legislación ordinaria, sin que ese mismo análisis se pueda hacer extensivo a aquellas limitaciones que se imponen en la ley fundamental.

El segundo problema que enfrenta esta metodología es que parte una noción que se construye con base en una especie de falacia de petición de principio. Pues la Corte afirma que, tratándose de restricciones se debe de ponderar para buscar que la restricción sea menos gravosa, sin embargo, se olvida que justamente el problema de las restricciones es que estas ya suponen una vulneración a un

derecho, vulneración que no existiría si tampoco existiera la restricción misma. Por lo tanto, la ponderación en estos casos se vuelve inocua.

La idea de utilizar la ponderación en temas de restricción a derechos humanos, parecería que es una idea que parte de una contradicción interna. Se pretende reevaluar la interferencia de un derecho, cuando desde el momento en que se acepta la restricción, se acepta la interferencia al mismo. Por lo que todo acto que se hace con posterioridad a la restricción, como lo podría ser el juicio de ponderación, se torna inoperante, pues el menoscabo al derecho interferido, existirá hasta en tanto exista la restricción.

CAPÍTULO CUARTO

NOCIÓN DE LAS RESTRICCIONES A DERECHOS HUMANOS. UN ESTUDIO EN EL DERECHO COMPARADO

La doctrina de las restricciones constitucionales en México, es una doctrina eminentemente nacionalista que se ha venido desarrollando al margen de los criterios expuestos por el derecho interamericano de los derechos humanos.

Un ejemplo de ello, como se mencionó en el capítulo tercero de esta investigación, son los criterios adoptados por la SCJN, en los cuales ha desplazado al derecho interamericano de los derechos humanos cuando de por medio esté la aplicación de una restricción constitucional.

De hecho, tal circunstancia ha ocasionado que el derecho interamericano se torne inaplicable para resolver controversias relacionadas con la aplicación de una restricción constitucional.

El aislamiento jurídico de esta doctrina posiblemente ha propiciado que la conceptualización que se tiene en torno a las restricciones, a los ámbitos de su materialización, así como a las consecuencias que ello conlleva, no encuentre coincidencias con doctrinas desarrolladas en otras latitudes sobre el mismo tema.

Es por ello que, para disipar la duda en relación a cómo es que se interpreta a las restricciones en otros sistemas jurídicos, distintos al sistema jurídico mexicano e incluso interamericano, y determinar si existen puntos de coincidencia o no, es importante conocer los criterios sustentados por Tribunales Regionales y Cortes Constitucionales de otros países.

Por tal motivo, a continuación, se hará un breve estudio de sentencias emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos, y algunas otras de Cortes Constitucionales de países Latinoamericanos, en el que el tema central por resolver fue la interpretación de las restricciones a derechos humanos.

A partir del análisis de los pronunciamientos hechos por estos Tribunales, se podrá conocer la forma en la que se interpretan estas limitaciones en otros sistemas constitucionales, y se podrá determinar si existe convergencia o divergencia entre estas teorías con respecto a la teoría de las restricciones desarrollada por la SCJN.

En este sentido, se considera oportuno señalar que, para efectos de la presente investigación, no se analizará de manera pormenorizada cada uno de los sistemas jurídicos de los países que a continuación se citan, ya que ello extrapolaría los fines de este trabajo.

Lo que se pretende en este capítulo, es hacer un análisis general de cómo ha sido el desarrollo de la teoría de las restricciones en distintos sistemas jurídicos y, con base en ello, hacer una comparación de estas teorías con respecto a la teoría de las restricciones desarrollada en nuestro país.

4.1 Sentencia del caso Sunday Times Vs Reino Unido. Una aproximación a la teoría de las restricciones en el derecho Europeo

La Corte Europea de Derecho Humanos, es una corte regional del sistema europeo a la que le corresponde velar por la aplicación y respeto de los derechos y libertades instituidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, por los Estados parte.

Esta Corte nace como consecuencia de la firma de la Convención Europea de Derechos Humanos, aprobada en Roma, el día 4 de noviembre de 1950. Actualmente cuenta con 47 países que reconocen su jurisdicción contenciosa y la vinculatoriedad de sus resoluciones.¹⁴⁵

La Corte Europea ha emitido múltiples resoluciones a través de las cuales ha ido configurando el sistema europeo de los derechos humanos. Sin embargo, para los fines de la presente investigación, se estudiará una sentencia en particular, por

¹⁴⁵ TORRES PÉREZ, Aida, *Protección Multinivel de los Derechos Humanos*, 1ª Ed., México, UNAM, 166 y 174 pp.

la estrecha vinculación que esta tiene con la teoría de las restricciones a derechos humanos.

Esta sentencia es la emitida en el Caso Sunday Times Vs Reino Unido, resuelto por la Corte Europea el día 26 de abril de 1979. En este caso, la Corte debía determinar si Reino Unido había violado el artículo 10 del Convenio que consagra el derecho a la libertad de expresión, en detrimento del rotativo denominado Sunday Times.

Los antecedentes que dieron origen a este caso son los siguientes. Un laboratorio británico había fabricado y distribuido medicamentos que contenían una sustancia llamada talidomida, sustancia que, tomada durante el embarazo podía causar defectos físicos en los recién nacidos. Por tal motivo, este medicamento fue retirado del mercado farmacéutico en el año de 1962.

Tiempo después, varios padres de menores que habían nacido con malformaciones debido a la ingesta de este medicamento, decidieron emprender acciones legales en contra de la farmacéutica que lo distribuía. Fue así que, en 1972 cuando aún varios de estos juicios estaban en etapas de negociación entre las partes, el rotativo Sunday Times publicó un artículo en el que criticaban las propuestas de solución extrajudicial que se habían ofrecido a los padres demandantes por parte del laboratorio; también, criticaba la manera en la que se calculaba el pago de indemnizaciones a las víctimas de estos sucesos, de acuerdo a la legislación inglesa.

En una nota al pie de este artículo, el rotativo anunciaba que publicaría otro artículo en donde describiría de manera pormenorizada cómo había sucedido esta tragedia, además de que estaría de por medio una investigación para determinar si el laboratorio había hecho las pruebas adecuadas del medicamento para descartar que la talidomida podía tener efectos negativos en fetos.

En contra de la publicación de este nuevo artículo, el Procurador General obtuvo una orden inhibitoria que prohibió su divulgación, bajo el argumento que

dicha publicación podía constituir un desacato a una orden judicial (conocido en el derecho inglés como *contempt of court*).¹⁴⁶ Se apeló esta determinación, sin embargo, no tuvo éxito.

La orden que prohibió momentáneamente la publicación de este nuevo artículo se sustentó esencialmente en los siguientes argumentos:

1. El artículo tenía la intención de exponer a la sociedad a un juicio público y prejudicial sobre el valor de sus tesis, hecho criticable, ya que es un medio de disuadir a las partes.
2. El artículo hubiera sometido a la sociedad a presiones y perjuicios resultantes de un juicio prematuro sobre los puntos en litigio, ya que el derecho de *contempt* está destinado a impedir los obstáculos a un recurso.
3. El artículo suponía un juicio prematuro.
4. La Cámara de los Lores pensaba que los Tribunales deben proteger a las partes contra cualquier injerencia que ponga en peligro la equidad del proceso.¹⁴⁷

Fue así que el periódico Sunday Times decidió presentar demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando que se había violentado el artículo 10 del Convenio, mismo que protege el derecho a la libertad de expresión. Posteriormente, el día 18 de mayo de 1977 la Comisión emitió un informe en el que formulaba su opinión.

En este informe estableció que la restricción impuesta al medio informativo Sunday Times, violaba el ejercicio de la libertad de expresión previsto en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derivado de este informe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 del Reglamento de dicho Convenio, se

¹⁴⁶ El *contempt of court* es una figura prevista en el derecho anglosajón, y tiene como finalidad sancionar cualquier acto que pueda obstruir la administración de justicia. MENDIZABAL FERREYRO, Monserrat Jocelyn, *Margen de Apreciación (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 5, <https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/059jocelyn-monserrat-mendizabal-ferreyro.pdf>

¹⁴⁷ Sentencia del caso "Sunday Times" Vs Reino Unido, 1 y 2 pp.

decidió que el asunto lo conocería el Tribunal Europeo, ya que implicaba afectaciones graves que incidían en la propia interpretación de este instrumento.

Bajo este escenario, el Tribunal tendría que resolver en este caso tres cuestiones fundamentales. La primera, si la injerencia al derecho a la libertad de expresión, en este caso, estaba inscrita en la ley. La segunda, si esta injerencia correspondía a un fin legítimo. Y la tercera, si esta injerencia era necesaria en una sociedad democrática.

Sobre el primero de los cuestionamientos, el Tribunal mencionó que, por el término “ley”, debía entenderse tanto el derecho escrito como el no escrito (consuetudinario). Por lo que, en el presente caso, no debía de darse importancia a que el *contempt of court* era una creación del *common law*, es decir que, como tal dicha figura no estaba enunciada en ningún texto normativo, solo en la jurisprudencia. Pues de ser así, se privaría a los países que poseen un sistema jurídico basado en el *common law* de formar parte del Convenio Europeo.¹⁴⁸

Sin embargo, la Corte mencionó que, estas restricciones con independencia del lugar donde estuvieren alojadas (texto normativo o jurisprudencia), deben de estar descritas de forma lo suficientemente clara y accesible para que el ciudadano pueda conocerlas.

Así, por lo que hace al principio de accesibilidad, el ciudadano debe de disponer de patrones suficientes que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. Mientras que, por lo que ve a la claridad, las normas deben de formularse con la suficiente precisión para permitir al ciudadano adecuar su conducta.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Op. Cit., Párr. 47

¹⁴⁹ Ibidem, Párr. 49

Bajo estas directrices, el Tribunal Europeo concluyó que las restricciones al derecho a la libertad de expresión que implicaba la imposición del *contempt of court*, sí estaban previstas de manera clara y accesible en la legislación.

En relación al segundo planteamiento, que consistía en determinar si la interferencia servía a un fin legítimo, la Corte concluyó que, el *contempt of court* sí servía al fin legítimo de salvaguardar la autoridad e imparcialidad de la justicia.¹⁵⁰

Finalmente, en el tercer planteamiento que era determinar si la injerencia que generaba la imposición del *contempt of court* al derecho a la libertad de expresión, era necesaria en una sociedad democrática, la respuesta fue negativa.

Para sustentar esta postura, la Corte comenzó por explicar que el adjetivo necesario no es sinónimo de indispensable, sino que aquel implica la existencia de una necesidad social imperiosa. Siguió argumentando que, en el presente caso, la interferencia no correspondía con una necesidad social suficientemente acuciante para contrarrestar el interés público del derecho a la libertad de expresión dentro de lo inscrito por la Convención Europea.

Agrego que, de haberse publicado el artículo, éste hubiese tenido una interpretación distinta en cada lector. Por lo que, era poco probable que su publicación pudiera haber incidido en el entorpecimiento de los juicios seguidos en contra de la farmacéutica que aún estaban pendientes por resolverse.

Aunado a que el tema de la talidomida y los efectos nocivos que esta sustancia puede tener en fetos, era indiscutiblemente información de interés público, máxime que las familias de los afectados tenían interés en saber qué era lo que en realidad había ocurrido.

Es decir, si los laboratorios habían hecho o no las pruebas conducentes para en su momento haber determinado si la ingesta de esta sustancia era peligrosa.

¹⁵⁰ Ibidem, Párr. 56

Además, debían de conocer las distintas soluciones posibles para atender las malformaciones de los menores afectados.

Siguiendo ese mismo argumento, la Corte agregó que:

“Si bien los medios de difusión masiva no deben sobrepasar los límites impuestos por el interés de la debida administración de justicia, les compete distribuir información e ideas en relación con materias que llegan a la justicia al igual que en otras áreas de interés público. No solo los medios de comunicaciones tienen la tarea de distribuir esa información e ideas: el público también tiene derecho a recibirlas”¹⁵¹

Es decir, la Corte menciona que, si bien es cierto existen limitaciones para informar sobre lo que sucede en ciertos procesos judiciales, esto con la finalidad de no alterar la administración de la justicia, también es cierto que no toda la información sobre esos procesos está vedada al interés público. Ya que también se debe tener en cuenta que las personas tienen derecho a recibir esa información, más aún cuando dicha información les pueda ser útil para evitar tragedias como la sucedida en este caso.

Así lo reafirma la Corte cuando establece que, el derecho a la libertad de expresión garantiza no solo la libertad de la prensa de informar al público, sino también el derecho del público a ser debidamente informado.¹⁵²

Fue bajo estas consideraciones que el Tribunal Europeo concluyó que, se había violentado el derecho de libertad de expresión consagrado en el artículo 10 de la Convención, ya que la restricción impuesta por medio del *contempt of court*, no obedecía a un fin legítimo, con base en el cual se pudiera contrarrestar el interés público que tenía la población de conocer los pormenores del juicio seguido en contra de la farmacéutica que distribuyó la talidomida.

Son muchas las anotaciones que se pueden hacer sobre lo resuelto por la Corte Europea en este asunto con respecto a la teoría de las restricciones a los derechos humanos. La primera es que la Convención Europea al igual que la

¹⁵¹ Ibidem, Párr. 65

¹⁵² Ibidem, Párr. 66

Convención Americana, coinciden en que, así como estas proclaman derechos y libertades, también aceptan la imposición de restricciones a los mismos.

Es decir, el derecho Europeo se configura a partir del entendimiento que el goce de los derechos no siempre es irrestringido, por lo que es admisible la imposición de ciertas limitaciones.

Sin embargo, estas limitaciones son permisibles en tanto se conjuguen ciertos requisitos. Por ejemplo, que la restricción esté inscrita de manera expresa en una ley; que esta persiga un fin legítimo; y, finalmente, que esta sea necesaria para una sociedad democrática.

Sobre el primer requisito, es interesante la postura que adopta la Corte en el sentido de que la restricción no necesariamente debe de estar prevista en un texto normativo. Está bien puede estar prevista en la jurisprudencia, tal como sucede en el *common law*, y cumplir igualmente con el requisito de legalidad, siempre y cuando esta se encuentre redactada de una manera lo suficientemente clara que sea comprensible para cualquier ciudadano.

Por lo que si dicho criterio se aplicara a un sistema jurídico como el mexicano, en el que las restricciones constitucionales, como su nombre lo indica, se encuentra exclusivamente en la Constitución, bajo la noción del Tribunal Europeo, bien se podrían construir otro tipo de restricciones constitucionales en la jurisprudencia emitida por la SCJN.

En cuanto al segundo requisito, que la restricción persiga un fin legítimo, la Corte Europea tiene un criterio similar al de la SCJN y la Corte IDH -temas desarrollados en los apartados 1.5.1 y 3.11.3-

Este criterio es que el fin legítimo se evalúa primero, a partir de que se conozca claramente cuál es la intención que persigue la imposición de la restricción, lo cual se logra en tanto esta se encuentre redactada de forma clara y entendible.

Posteriormente, se observa si el fin que persigue esa restricción, es alguno de los fines que autoriza la Convención para la imposición de la limitación a un derecho o libertad. Limitaciones que usualmente están vinculadas con el interés público.

Finalmente, en relación a que la restricción sea necesaria para una sociedad democrática, aquí nuevamente se observa un criterio que nace de una concepción eminentemente utilitarista. Es decir, la restricción sobrevivirá en la medida en que esta cause un beneficio comunitario; y por el contrario, esta será derrotada, si su imposición causa un perjuicio a la mayoría de la comunidad.

Es por ello que, en el caso Sunday Times finalmente la restricción que constituía la imposición del *contempt of court* se invalidó, porque su imposición no se traducía en un beneficio a la comunidad, sino que lo que se lograba con ella era justamente lo contrario, que era ir en contra del interés público en conocer las particularidades de un caso que, por su trascendencia, y las circunstancias adyacentes al mismo, importaba fuera del conocimiento de la ciudadanía.

Si bien este criterio se origina en una latitud distinta al sistema interamericano de derechos humanos y, por tanto, no es vinculante para nuestro sistema jurídico, la manera en la que la Corte Europea construyó su argumentación para invalidar una restricción a un derecho humano, bien se puede tomar parte de ésta como modelo para construir una metodología en la que se analice qué puede ser considerado o no como una restricción constitucional.

Por ejemplo, en una metodología de este tipo, sería útil analizar si aquello que se denomina restricción está redactado en términos claros y sencillos, de tal manera que lo ahí establecido no esté sujeto a interpretación dada la ambigüedad o indeterminación de su redacción.

También, esta metodología tendría necesariamente que construirse con un paso que analice la finalidad de la restricción. Es decir, verificar si el fin que se persigue con su imposición es constitucionalmente válido, por no restringir

derechos y libertades que no pueden ser objeto de ningún tipo de intervención por parte del Estado; tales como el derecho a la vida, a la integridad física y psicológica, al nombre, a la identidad, entre otros.

Finalmente, sería útil verificar si la imposición de la restricción se justifica a partir de una necesidad democrática. Es decir, que sean mayores los beneficios que los perjuicios que se obtengan como consecuencia de la materialización de esta restricción.

Este último paso no representa en absoluto un juicio de ponderación, pues como se ha señalado en un apartado anterior, tratándose de restricciones constitucionales la ponderación es inútil, ya que a ningún fin práctico conduciría ponderar entre una restricción y un derecho o principio, cuando desde un inicio se sabe que siempre vencería la restricción.

Analizar la necesidad democrática de la restricción, desde una metodología que busque identificar que sí y que no es una restricción, consistiría en hacer un análisis sobre los efectos materiales que eso que se llama restricción causaría a futuro.

En ese sentido, se tendría que analizar si esos efectos generarían un mayor beneficio que el perjuicio que eventualmente producirían, pues en caso de no ser así, que se cause un mayor perjuicio que un beneficio, o bien, que no esté justificado por razones suficientes que éste perjuicio es necesario para salvaguardar un bien de mayor valía, como el orden público, la seguridad nacional, la paz o la vida de la nación, se entenderá que aquello que se busca con la restricción es inútil, y por ende, la restricción misma también lo es.

4.2 Sentencia C-720/2007. Restricciones a derechos humanos en el derecho Colombiano

En este caso sometido a la jurisdicción de la Corte Constitucional Colombiana, se debía de resolver sobre la constitucionalidad del artículo 192 del Código Nacional de Policía, que autorizaba la retención transitoria, en centros de

internamiento policial, por un lapso de veinticuatro horas, a personas que fueran sorprendidas en estado inconveniente -estado étlico- o de exaltación y se negaran a ser trasladados a sus domicilios de residencia.

La metodología que utilizó la Corte Colombiana para resolver la constitucionalidad de esta numeral, fue el juicio de proporcionalidad. Metodología que, en opinión de la Corte, ha sido utilizada por distintos tribunales constitucionales para resolver casos que versen sobre la imposición de restricciones a derechos fundamentales. Argumentando que esta metodología parte de la base que el Estado solo puede restringir los derechos fundamentales cuando tiene razones suficientes y públicas para justificar su decisión.¹⁵³

En esa línea de pensamiento, la Corte estableció que este principio de proporcionalidad se integraba a su vez por los siguientes subprincipios: 1) la restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, por no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad ente los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.¹⁵⁴

Explicó la Corte que el fin legítimo se da cuando la restricción se impone con motivo de la consecución de una finalidad constitucionalmente imperiosa; mientras que, la idoneidad es que la medida sea proporcionada, si efectivamente presta ayuda a la consecución del fin buscado; la necesidad se orienta en que la medida sea la única, y además la menos gravosa de entre otras medidas posibles para la consecución del fin; y, la proporcionalidad busca asegurar que el beneficio de la restricción resulte superior al sacrificio de los derechos que se verán afectados con la imposición de aquella.

Bajo estas consideraciones analizó la constitucionalidad del artículo 192 del Código Nacional de Policía. Inicialmente, la Corte estableció que, desde su óptica

¹⁵³ Corte Constitucional Colombiana, Op. Cit., Nota 58, Párr. 29

¹⁵⁴ Ibidem, Párr. 31

este artículo si perseguía un fin constitucionalmente legítimo. Pues se buscaba que, con la retención de individuos en estado embriaguez o de exaltación mental, estas no representarían un daño para sí mismos o para terceras personas.

Lo anterior, quedó expuesto de la siguiente manera:

“En consecuencia, al menos desde el punto de vista de la finalidad perseguida, no vulnera la Constitución la adjudicación a la policía de una medida encaminada a proteger derechos fundamentales de una persona que se encuentra en condición de incapacidad transitoria y de los terceros que puedan verse afectados por el comportamiento temerario, agresivo o irracional de esta persona.”¹⁵⁵

Posteriormente, la Corte pasó al examen de idoneidad de este artículo. Argumentando que el examen de idoneidad en el presente asunto, se constreñiría en analizar si la medida imbibita en el artículo impugnado, era idónea para los fines que este arábigo perseguía y, por ende, no era violatoria del derecho a la libertad.

Por lo que una vez realizado este examen, la Corte concluyó que la medida que adoptaba el numeral tildado de inconstitucional, consistente en la retención momentánea en centros de internamiento policial, no superaba el test de idoneidad.

La Corte sostuvo lo anterior, ya que en su opinión, la medida en cuestión si bien buscaba prevenir posibles riesgos para la persona detenida, así como para terceras personas, también era cierto que, debido a las condiciones en que este internamiento se daba, suponía la creación de riesgos adicionales a aquellos que buscaba evitar.

“Sin embargo, la idoneidad de la medida para proteger al sujeto retenido se pone en cuestión al quedar demostrado que la misma expone al individuo a riesgos nuevos y adicionales a los que trata de evitar. En efecto, en primer lugar, por virtud de esta medida la policía confina al individuo retenido (que no ha cometido falta alguna), en lugares propios de detención de personas que han cometido delitos, han sido capturadas en flagrancia o están siendo procesadas”¹⁵⁶

¹⁵⁵ Ibidem, Párr. 39

¹⁵⁶ Ibidem, Párr. 44

Entre los riesgos que esta la imposición de esta medida podía crear, se encontraba que, la persona privada de su libertad transitoriamente, no tenía acceso a atención médica o psicológica; además que a la persona se le internaba en lugares donde eran insertados personas que habían cometido conductas delictivas.

También, la Corte hacía énfasis en que a la autoridad policial no se le obligaba a fundar y motivar su decisión de internar transitoriamente a la persona, sino que esta decisión se daba de manera unilateral fuera de cualquier marco de control judicial. Por lo que en esas condiciones a la persona retenida se le podía obligar a rendir declaraciones inculpativas. Además de que se encontraba incomunicada y no conocía de las garantías que le amparaban en ese momento.

Por lo que la imposición de esa medida, constituía una restricción verdadera a múltiples derechos fundamentales, no solo el derecho a la libertad, pues se restringían de forma interrelacionada el derecho a la intimidad personal y familiar, reunión, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión.¹⁵⁷

Posteriormente, la Corte paso a analizar el test de necesidad de la medida impugnada. Recordó que este rubro consistía en determinar si la medida era imprescindible para alcanzar una necesidad imperiosa que no podía ser alcanzada por otros medio menos costosos para los derechos fundamentales en juego.¹⁵⁸

En el presente caso concluyó que, sí existían alternativas menos gravosas que la adoptaba en la ley impugnada, para proteger los derechos de una persona en estado de embriaguez, así como los derechos de terceras personas, que implicaban una menor interferencia en el derecho humano a la libertad.

Una de estas alternativas dijo la Corte, era restringir la circulación de la persona ebria o exaltada, en el lugar de los hechos. Otra alternativa era que la policía condujera a esta persona a su domicilio de residencia. Y una tercera

¹⁵⁷ Ídem

¹⁵⁸ Ibidem, Párr. 46

alternativa era conducir a la persona ante un funcionario civil o judicial, con conocimiento técnico para velar por las garantías judiciales de aquel.

Finalmente, sometió la medida impugnada al examen de estricta proporcionalidad. Estableció como premisa que, la estructura argumentativa de dicha ponderación viene dada por la regla en virtud de la cual entre mayor afectación a un derecho mayor tiene que ser la satisfacción del derecho que se busca proteger.¹⁵⁹

En esa línea, agregó que, para saber si el sacrificio de un derecho se encontraba justificado por la satisfacción de otros de igual o mayor importancia constitucional, se debía de realizar el siguiente test: (i) la importancia e intensidad de la afectación del derecho comprometido (en este caso de la libertad personal y los derechos garantía que la rodean) y de la satisfacción del derecho protegido; (ii) el valor que, en abstracto, la Constitución le asigna a los distintos derechos comprometidos (la libertad personal y los derechos a la vida o a la integridad de terceras personas y del propio sujeto); y, finalmente (3) el grado de seguridad de las premisas empíricas que respaldan las razones a favor o en contra de la constitucionalidad de la medida (la certeza que en la práctica se puede tener sobre la afectación o la protección de los derechos en conflicto).¹⁶⁰

Además, añadió que, para asignar el peso a los derechos fundamentales en contienda, se debía de seguir el siguiente modelo: recordar que el reconocimiento constitucional expreso de un derecho permite atribuirle un peso abstracto mayor del que pueda conferirse a aquellos derechos que surgen de decisiones legislativas autónomas.

Un segundo criterio a considerar es aquél en virtud del cual cabe atribuir un mayor peso abstracto a los derechos fundamentales individuales respecto de los que protegen bienes no fundamentales.

¹⁵⁹ Ibidem, Párr. 51

¹⁶⁰ Ídem

Finalmente, también cabe atribuir un peso abstracto mayor a una posición de derecho fundamental, cuanto mayor sea su grado de resistencia constitucional, esto es, cuanto más resistente resulte a la ponderación y cuantas mayores garantías haya dispuesto la propia constitución para asegurar su protección.¹⁶¹

Una vez hechas estas consideraciones, la Corte Colombiana refirió que la medida impugnada tampoco supera el test de estricta proporcionalidad. Porque si bien había dos valores en contienda de igual valía constitucional, derecho a la seguridad y derecho a la libertad, también era cierto que la interferencia que uno profería al otro no se encontraba justificada.

Para sostener esto, recordó que, la medida impugnada era inidónea, además de innecesaria. Ya que su aplicación conllevaba la aparición de otros riesgos nuevos e independientes a los riesgos que dicha medida pretendía evitar. Además, había otras medidas menos lesivas que igualmente aseguraban el fin que con su imposición se perseguía.

Por lo que, en tales circunstancias, era evidente que esta medida no solo ocasionaba una interferencia arbitraria y desmedida al derecho humano a la libertad, sino que también ocasionada una violación en cadena a otros derechos fundamentales, que desde luego no encontraba justificación. Concluyó la Corte que el artículo 192 del Código Nacional de Policía era inconstitucional.

El criterio expuesto por la Corte Constitucional Colombiana se sustenta esencialmente en el juicio de ponderación. Si bien, previo a llegar a la ponderación se deben de analizar otros rubros como la idoneidad y le necesidad de la medida, la ponderación es justamente la que determina si la interferencia en el derecho, a pesar de ser idónea e incluso necesaria puede resultar desproporcional.

Es interesante como la Corte Colombiana separándose del modelo algebraico creado por Robert Alexy para la asignación de pesos a los derechos

¹⁶¹ Ibidem, Párr. 58

fundamentales enfrentados,¹⁶² crea un modelo que determina el peso de los derechos a partir de las circunstancias jurídicas adyacentes a los mismos.

Es decir, en el modelo colombiano para asignar pesos, se prescinde de asignar valores numéricos, ya que esto además de ser atípico para el derecho, no se sustenta sobre bases objetivas. Por ello, se analiza la cualidad del derecho, si este se creó por medio de un proceso legislativo o si por el contrario fue creado de manera unilateral y autónoma por este mismo poder.

También, se analiza si el derecho protege un bien fundamental o no, aquí de nueva cuenta se ve reflejada la importancia de distinguir derechos constitucionales que protegen bienes fundamentales de aquellos que no lo hacen; finalmente, se debe de observar la resistencia constitucional que este derecho tiene frente a posibles limitaciones. Esto último quiere decir que, hay que ver las garantías de protección que dispuso la constitución para este derecho, entre más garantías existan, mayor peso le podrá ser asignado.

Este modelo, como acertadamente lo menciona la Corte, es una herramienta argumentativa que permite crear paso a paso una postura sólida en torno a la validez de una restricción a un derecho humano. Pues a través de este modelo se va construyendo una argumentación que da seguridad de las premisas empleadas para sostener el examen de constitucionalidad aplicado a una restricción.

Lo anterior es así, ya que su finalidad someter a las restricciones a un escrutinio estricto que examina su parte interna, esto es, examina la manera en que la restricción fue creada, así como los fines que esta misma persigue, pero también analiza su parte externa, es decir, las colisiones que esta puede tener frente a otros derechos y las consecuencias que ello conlleva.

¹⁶² ALEX, Robert, Op. Cit., Nota 61, 104-108 pp.

Sin embargo, el criterio desarrollado por la Corte en esta sentencia, resultaría poco útil como modelo a seguir para examinar la validez de las restricciones constitucionales en México. Primero, porque este modelo fue creado para examinar restricciones previstas en leyes secundarias que no son Constitución.

Sumado a esto, este modelo invita a realizar el examen de validez de las restricciones por medio del juicio de proporcionalidad, no obstante, en México las restricciones constitucionales no se pueden someter a un juicio de esta naturaleza. Aunado a que, como ya se mencionó en otro apartado de esta investigación, es una contradicción pretender reevaluar la interferencia a un derecho, por medio del juicio de proporcionalidad, cuando desde un inicio esta interferencia fue aceptada.

4.3 Amparo y test de proporcionalidad como mecanismos efectivos para combatir la aplicación de restricciones constitucionales en el contexto judicial peruano

El constituyente peruano, al igual que el constituyente de México, ha previsto en la ley fundamental que, bajo situaciones excepcionales y particularmente graves que atenten en contra de la paz y el orden social, el Estado peruano podrá decretar la suspensión y restricción de derechos fundamentales.

De esta manera, la Constitución Política del Perú en su artículo 137, establece en qué situaciones específicas el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, podrán declarar un régimen de excepción. Situaciones que en palabras del Tribunal Constitucional de Perú se resumen en: “casos o situaciones que afecten la vida de la Nación, o en estado o peligro de sitio, invasión o guerra”.¹⁶³

Acorde con la redacción de este precepto, la Constitución peruana divide el régimen de excepción en dos tipos de declaraciones que autorizan al Estado para

¹⁶³ Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 0005–2001–AI/TC, de 15 de noviembre de 2001, p. 2.

suspender y restringir derechos fundamentales, según sea el caso. El estado de emergencia y el estado de sitio.

Aunque ambos, -estado de emergencia y estado de sitio-, comparten una misma finalidad, que es hacer frente a una situación de riesgo a través de la suspensión y restricción de determinados derechos humanos, estas categorías poseen ciertos matices que las diferencian.

Por ejemplo, las causas que habilitan al Presidente de la República para declarar el estado de emergencia son distintas a las causas que lo autorizarían para declarar un estado de sitio. En el primero, estas causas son: perturbación a la paz pública, del orden interno, catástrofes naturales y graves circunstancias que afecten la vida de la nación. Mientras que, en el segundo caso, estas causas son: invasión al territorio, existencia de guerra exterior o guerra civil, o ante el inminente peligro de que estas guerras o invasión pudieran ocurrir.

Otro punto de disociación entre ambas categorías es el tipo de derechos que pueden restringirse o suspenderse, según sea declarado un estado de emergencia o de sitio. En el primer caso estos derechos son: inviolabilidad del domicilio, libertad de tránsito, libertad de reunión, libertad y seguridades personales. Acotando la norma constitucional que en ningún caso se podrá desterrar a nadie.

Mientras que, tratándose del estado de sitio el constituyente peruano no establece qué tipo de derechos pueden quedar restringidos o suspendidos. Únicamente menciona que, al declararse el estado de sitio se establecerán aquellos derechos que no serán objeto de restricción o suspensión.

Otra diferencia entre el estado de emergencia y el estado de sitio es el plazo por el que tendrá vigencia cada uno de ellos. El estado de emergencia su vigencia no podrá exceder de sesenta días. Y, en el caso del estado de sitio, su vigencia no podrá ser superior a los cuarenta y cinco días.

Si bien es cierto que, la Constitución Peruana no establece qué derechos fundamentales no podrán ser objeto de ninguna restricción o suspensión con motivo de la instauración de un estado de emergencia o de sitio, según sea el caso, como por ejemplo sí lo hace la Constitución Mexicana en su artículo 29, párrafo segundo, como atinadamente menciona el tratadista peruano Luis Castillo Córdova, dicho vacío legislativo debe de ser interpretado conforme al artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁶⁴

En este precepto del Pacto de San José, se estableció que la suspensión de derechos que autorizaba la propia Convención en términos de este mismo numeral, en ningún caso autorizaba la suspensión de derechos tales como: la vida, reconocimiento de la personalidad jurídica, a la integridad personal, libertad de conciencia y religión, a la nacionalidad, al nombre o la prohibición de la esclavitud y servidumbre, entre otros.

De tal suerte que, el hecho de que en la Constitución peruana no se haga mención expresa sobre qué derechos no podrán ser objeto de suspensión o restricción en un estado de excepción, ello en ningún modo implica que el Ejecutivo esté autorizado para suspender y restringir cualquier prerrogativa; pues dicha facultad encuentra su límite en el artículo 27.2 de la Convención Americana, al hacer una interpretación de este numeral conforme a la propia norma suprema del Perú.

Una particularidad que posee el constitucionalismo peruano, que merece especial mención es que, cuando se ha declarado un estado de excepción, las garantías de *habeas corpus* y la acción de amparo no serán suspendidas. Así lo estableció el legislador en la redacción del artículo 200 de la Constitución del Perú, en donde mencionó que, dichas garantías no serán suspendidas con motivo de la

¹⁶⁴ CASTILLO CORDOVA, Luis, *¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción*, Perú, Jurista, 2005, p. 11

instauración de alguno de los regímenes que alude el numeral 137 de la ley fundamental.

Lo establecido en la ley fundamental ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional peruano, el cual ha afirmado que: “en ningún supuesto existe la posibilidad de que un Estado limite o elimine la posibilidad de que sus ciudadanos puedan acceder a un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales (...) Consecuentemente, los Estados están obligados, aún en condiciones atípicas a impedir que las garantías judiciales -tales como el amparo o habeas corpus- sean suspendidas, por ser indispensables para tutelar los derechos de los ciudadanos...”.¹⁶⁵

De esta manera, el hecho de que exista un estado de emergencia o de sitio, no resulta ser un obstáculo que impida a los ciudadanos peruanos ejercitar dichas garantías constitucionales para la defensa de sus derechos fundamentales, incluso, podrán hacer uso de estas mismas garantías para cuestionar la validez y proporcionalidad de estos regímenes.

La parte final del artículo 200 de la Constitución peruana, permite al órgano jurisdiccional llevar a cabo un análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. Último principio que, acorde a la doctrina jurisprudencial peruana, es un principio general del derecho que debe de analizarse en cualquier ámbito jurídico.

Que, en efecto, éste se encuentra constitucionalizado en el último párrafo de la Constitución. Y, por su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado excepción, sino que dicho principio es útil para analizar cualquier acto restrictivo atribuido a una persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 1383–2001–AA/TC, de 15 de agosto de 2002, 7 y 8 pp.

¹⁶⁶ Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 0010–2000–AI/TC, de 03 de enero de 2003, p. 138

Siguiendo esta línea jurisprudencial, se puede concebir entonces al principio de proporcionalidad como un principio que ordena a todo el derecho constitucional peruano, cuya utilidad no se agota únicamente al servir como herramienta para evaluar el impacto que tendría la suspensión o restricción de un derecho en un estado de excepción, sino que su proyección va más allá de esto, al ser útil para analizar el impacto que tendría cualquier acto restrictivo, con independencia de que éste se haya originado o no con motivo de la instauración de un régimen de excepción.

Lo anterior, permite a los ciudadanos peruanos cuestionar vía amparo la restricción o suspensión de derechos fundamentales dentro de un régimen de excepción, cuando consideren que estos actos no son proporcionales. Pero, también permite cuestionar por esta misma vía, cualquier otro tipo de acto restrictivo, con independencia de su origen.

Las diferencias que existen entre el estado de emergencia y el estado de sitio en el constitucionalismo peruano se resumen en el siguiente cuadro comparativo:

DIFERENCIAS	
Estado de emergencia	Estado de sitio
Situaciones que autorizan la instauración del estado de emergencia: perturbación a la paz pública, del orden interno, catástrofes naturales y graves circunstancias que afecten la vida de la nación.	Situaciones que autorizan la instauración del estado de sitio: invasión al territorio, existencia de guerra exterior o guerra civil, o ante el inminente peligro de que estas guerras o invasión pudieran ocurrir.
Los derechos que puede ser objeto de restricción o suspensión son: inviolabilidad del domicilio, libertad de tránsito, libertad de reunión, libertad y seguridades personales.	No se menciona qué derechos podrán ser objeto de suspensión o restricción.
Su vigencia no podrá exceder de sesenta días.	Su vigencia no podrá exceder de cuarenta y cinco días.
En ambos casos se puede analizar la proporcionalidad de las medidas impuestas	

Estas connotaciones que tiene el sistema constitucional peruano en torno a la suspensión y restricción de derechos, tienen notables diferencias en comparación con el sistema constitucional mexicano. Si bien, no tendría por qué existir univocidad entre ambos sistemas, por ser de países distintos, para los fines de esta investigación es importante traer a colación dichas diferencias, por existir un punto en común entre estas, las restricciones constitucionales.

La Constitución peruana enumera los casos específicos según los cuales operaría la declaratoria de estado de emergencia o de estado de sitio. Mientras que, en la Constitución mexicana no existe tal categorización, o algo semejante. El legislador mexicano en la redacción del artículo 29 constitucional estableció de manera general en qué casos podrían suspenderse o restringirse derechos, sin que tales actos se contrajeran a determinadas categorías preestablecidas en la norma fundamental.

Por otro lado, en la Constitución peruana se menciona que, garantías constitucionales como el habeas corpus o el amparo no serán objeto de limitación alguna durante el estado de excepción, de hecho, la propia Constitución permite que estas restricciones sean atacadas por medio de estas garantías cuando aquellas no resulten ser proporcionales.

En el contexto mexicano, el legislador no estableció de manera puntual, como sí lo hizo el legislador peruano, que en las restricciones o suspensiones a derechos fundamentales que se impongan con motivo de los supuestos previstos en el artículo 29 constitucional, podrían ser revisadas a través del juicio de amparo.

En tal aspecto, el legislador mexicano se limitó a mencionar que, los decretos que autorizarán estas restricciones serían revisados de oficio por la SCJN. Sin embargo, conforme a esta redacción, no queda claro qué ocurriría si alguna inconstitucionalidad de este decreto no fuese revisada por la Suprema Corte, si podría ser revisada a través del juicio de amparo promovido por un gobernado.

Otra diferencia es en relación a la vigencia de la restricción. En el contexto peruano se establece una vigencia máxima para cada uno de los escenarios que conforman el estado de excepción. En México el legislador menciona que la restricción o suspensión sería por tiempo limitado, pero no estableció un mínimo o un máximo de tiempo para que este plazo estuviese vigente, por lo que su duración es indeterminada. Podría durar un mes, seis meses, un año, incluso más.

Una distinción más entre ambos sistemas que merece capital importancia es la relacionada a la proporcionalidad de las restricciones. En Perú a través del juicio de amparo se puede cuestionar la proporcionalidad de cualquier tipo restricción, en caso de ser proporcional ésta seguirá vigente, en caso de no ser así la restricción sería anulada.

Por su parte, en la Constitución mexicana se menciona que, la restricción y suspensión de derechos y garantías debe de estar fundada y motivada en los términos establecidos por la propia norma fundamental y deberá de ser proporcional al peligro a que se hace frente.

Es decir, según la redacción de este precepto, el constituyente mexicano invita a hacer un juicio de proporcionalidad cuando de por medio esté presente la imposición de una restricción constitucional. Por lo que, siguiendo tal redacción, para hacer este juicio no tendría por que distinguirse si la restricción se impuso con motivo del decreto que alude el artículo 29 constitucional, o si se trata de alguna de las otras restricciones que se encuentran dispersas en la ley fundamental.

Sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial desarrollada por la SCJN, -tema desarrollado en capítulo segundo de esta investigación-, las restricciones constitucionales no pueden ser invalidadas haciendo uso del test de proporcionalidad, menos aún, haciendo uso de la interpretación conforme o principio pro persona.

Sumado a ello, como se ha mencionado en apartados anteriores, la proporcionalidad es inocua frente a las restricciones constitucionales. Al estar en presencia de una restricción, se parte de la idea que existe una disminución a un derecho, y la única manera de que esta disminución no exista, es que la restricción misma tampoco exista.

En tal escenario, conviene reflexionar cuál es la interpretación que se tiene que hacer al párrafo tercero del artículo 29 Constitucional, que incita a analizar la proporcionalidad de las restricciones constitucionales, cuando esto último, como se ha visto, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial está vedado.

Habría que establecer si lo que menciona ahí el constituyente es un análisis a una norma secundaria, como lo sería el decreto expedido por el Ejecutivo Federal en el que se autoriza la suspensión y restricción de ciertos derechos y garantías, o si este criterio se debe de extender a todas aquellas restricciones enmarcadas dentro de la norma constitucional que no se vinculan con el artículo 29 de la Constitución, como lo sería la prisión preventiva oficiosa, arraigo, expropiación con fines de utilidad pública, traslado de reos, entre otras.

4.4 Aplicación del derecho internacional en el sistema jurídico mexicano para solucionar el problema de la indeterminación de las restricciones constitucionales

Integrar alguna de las categorías de análisis desarrolladas por la Corte Europea de Derechos Humanos o por las Cortes Constitucionales de Colombia y Perú, a una metodología que analice las restricciones constitucionales en el contexto nacional, ayudaría a la determinación de estas.

Por ejemplo, esta metodología se podría construir a partir del análisis de la legalidad, verificación del objetivo legítimo de la restricción, y que dicho objetivo sea necesario en una sociedad democrática, que postula el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; pasando por el análisis de la idoneidad y necesidad de la medida que menciona la Corte Constitucional Colombiana; hasta llegar a la

propuesta de que las restricciones constitucionales sean justiciables por medio del juicio de amparo, tal como sucede en Perú.

CATEGORÍAS DE ANÁLISIS		
TIPO DE ANÁLISIS	CONCEPTO	FUENTE
Legalidad	Deben de estar descritas de forma lo suficientemente clara y accesible para que el ciudadano pueda conocerlas.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Objetivo legítimo	Razón válida y aceptable por la cual se puede limitar el ejercicio de un derecho.	
Necesidad para un estado democrático	La restricción se debe de fundar en una necesidad acuciante que sea capaz de contrarrestar un derecho en beneficio del interés público.	
Idoneidad	La medida restrictiva resulte idónea para alcanzar el fin perseguido.	Corte Constitucional Colombiana
Necesidad	Descartar la existencia de otra medida menos lesiva con la cual se pueda alcanzar el mismo objetivo.	
Justiciabilidad de las restricciones	A través del juicio de amparo se pueda analizar la proporcionalidad de la medida restrictiva.	Corte Constitucional de Perú

Incluir estos criterios de análisis en una metodología que identifique qué puede ser considerado una restricción constitucional, obligaría a justificar por qué eso que se llama restricción está prevista en la Constitución como tal, de una manera clara y entendible para cualquier ciudadano.

También habría que justificar si la finalidad que se pretende obtener con la restricción es legítima por perseguir un fin constitucionalmente válido, además de fundamentar como es que la imposición de esa restricción, para alcanzar tal objetivo, es necesaria para la sociedad.

Y, en ese análisis habría que observar que esa restricción es el medio idóneo para alcanzar dicho objetivo, además de representar la única alternativa posible, o la menos gravosa entre otras tantas alternativas posibles, para la consecución de dicho objetivo.

De tal manera que, en caso de no superarse alguno de estos rubros que integrarían esta metodología se podría concluir que no se está en presencia de una restricción constitucional, ya sea porque no reúne las características suficientes para ser considerada como tal, o bien porque su existencia no está lo suficientemente fundamentada.

Finalmente, en relación a la justiciabilidad de las restricciones, aunque sería apropiado abrir la posibilidad para que las restricciones sean justiciables, ello no podría ser un criterio de análisis que integre propiamente esta metodología en el contexto nacional. Esto es así, ya que el tema de la justiciabilidad de las restricciones constitucionales, implica la justiciabilidad de la Constitución misma, hecho que hoy día es imposible realizar en nuestro sistema jurídico.

Para ello se necesitaría reconfigurar los criterios vetustos que siguen permeando en la actualidad en los que se ve a la Constitución como una figura adyacente a la voluntad del pueblo, cuyo contenido por más contradictorio que pueda ser consigo mismo, o que vulnere alguno de los valores o principios que la Constitución consagra, es incuestionable en vía jurisdiccional.

De lograrse una nueva interpretación en torno a este tema, haciendo posible cuestionar la validez de la Constitución, haría que una metodología de esta naturaleza no solamente sea útil para analizar que puede ser considerado como una restricción constitucional, sino que la misma serviría de base para la construcción de argumentos que busquen la inaplicación de estas restricciones en sede jurisdiccional.

CAPÍTULO QUINTO

DETERMINACIÓN DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. UNA PROPUESTA HERMENEÚTICA DESDE EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO

Es un hecho que actualmente no existe en la doctrina de la SCJN criterios que indiquen qué debe de entenderse por restricción constitucional, como tampoco criterios que analicen cómo se integra esta categoría para diferenciarla de otro tipo de limitaciones o prohibiciones a derechos que se encuentran en la misma Constitución.

Lo anterior, genera que cualquier limitación, restricción o prohibición a un derecho humano se pueda confundir con una restricción constitucional. Un ejemplo de esto último es el libro escrito por Daniel Vázquez, titulado “Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia”, que se analizó en el capítulo tercero de esta investigación, en el cual el autor identifica a un sinnúmero de restricciones, limitaciones y prohibiciones previstas en la Constitución como restricciones constitucionales, lo cual, desde luego es erróneo por los motivos ya explicados en aquel capítulo.

Es por ello que, para describir tal fenómeno y aportar una solución al mismo, en este último capítulo, se comenzará por explicar de manera detallada los problemas que surgen debido a la ausencia de una metodología que permita analizar e identificar aquello que se denomina restricción constitucional. Se analizará como este problema surge debido a un error conceptual por no saber distinguir entre restricción, suspensión y anulación de un derecho.

Sumado a que se ha dado un trato diferenciado a figuras jurídicas inmersas en la Constitución al momento de definir cuáles de estas serían catalogadas como restricciones constitucionales; y, finalmente, se analizará la ausencia de fundamentación en la que ha incurrido la SCJN al momento de identificar a ciertas figuras jurídicas como restricciones de índole constitucional.

Finalmente, se propondrá como una vía necesaria para dar solución a este fenómeno, la creación de una metodología integrada por varios rubros de análisis, a través de la cual se podrá analizar la viabilidad de que una figura jurídica pueda ser entendida como una restricción constitucional.

O si, por el contrario, la misma puede ser una limitación, prohibición o anulación de un derecho inmersa en la Constitución, incluso, una propia restricción, pero sin que ello implique el desplazamiento del derecho interamericano de los derechos humanos, la anulación de herramientas de interpretación y aplicación normativa, como el principio pro persona e interpretación conforme, inclusive, la anulación del propio juicio de amparo.

La génesis de esta metodología no se construye a partir de la reforma de ciertas leyes, abrogación o inconstitucionalidad de otras; esta propuesta se construye a partir de la óptica del constructivismo jurídico, en donde para cambiar, innovar o sofisticar en el derecho, hay que reinterpretar los principios, valores y elementos normativos que integran el mismo en la actualidad; siendo su herramienta principal la interpretación y argumentación jurídica.

5.1 Indeterminación de las restricciones constitucionales en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La teoría de las restricciones constitucionales en México ha sido configurada a partir de la integración de ciertas figuras jurídicas previstas en el texto Constitucional que tienden a “disminuir” el ejercicio de un derecho, y que son capaces de desplazar la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México, así como el principio pro persona, control de convencionalidad, además de que hacen prácticamente inoperante el juicio de amparo si este último se interpone en contra de su aplicación.

Estas figuras jurídicas, desde luego, no tiene vinculación con las restricciones a las que hace referencia el legislador en la redacción del artículo 29 de la Constitución, las cuales se imponen bajo situaciones extraordinarias que atenten

contra la paz y estabilidad del país. Restricciones que, a diferencia de las ordinarias, por así llamar a las que están dispersas en el texto constitucional, sí es viable analizar la proporcionalidad en su aplicación, aunado a que la aplicación de ellas es facultad exclusiva del Ejecutivo Federal.

Por lo que, bajo ese panorama, las restricciones se convierten en una especie de figura meta jurídica, debido a que no solo son capaces de desplazar al derecho convencional, sino que también parecería se superponen a la propia Constitución. Sin embargo, el problema no termina allí, pues al no existir un criterio uniforme que sugiera cómo identificarlas en el texto fundamental, todo aquel precepto constitucional que prevea una disminución a un derecho, o parezca tal cosa, podría ser identificado como una restricción constitucional, si la Corte así lo quiere.

De ahí que, con acierto haya afirmado el Ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, en la audiencia pública del Caso García Rodríguez y otro Vs México que, la SCJN se reservaba para sí misma el criterio de identificar restricciones constitucionales en la norma fundamental, aunado a que tal criterio era indeterminado.¹⁶⁷

Dicha indeterminación obedece principalmente a tres problemas. El primero, es que la Corte no ha desarrollado el concepto restricción constitucional, ya que no se ha ocupado en explicar cómo se integran tales restricciones, desde su aspecto interno y externo; es decir, cuáles son las características formales de las restricciones y los efectos que ellas producen.

El segundo problema tiene que ver con el trato diferenciado que se les ha dado a figuras jurídicas similares al momento de decidir cuáles de estas serán catalogadas como restricciones constitucionales, sin brindar mayor explicación; el tercero tiene que ver propiamente con la fundamentación de las restricciones, pues

¹⁶⁷ Intervención de José Ramón Cossío Díaz, en la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con motivo del caso García Rodríguez y otros Vs México, en fecha 26 de agosto del 2022. [Min. 2:30:30 – 4:04:41]

no se han dado razones claras y suficientes para entender por qué aquello que dicen que es restricción constitucional en verdad lo es.

Estos problemas se ven de manera nítida cuando se analizan las ejecutorias de la Suprema Corte en donde se ha señalado a una figura como restricción constitucional; ejecutorias que a su vez han sido tomadas por los juzgadores federales de los distintos circuitos del país como fundamento principal para sobreseer los amparos promovidos en contra de la aplicación de estas figuras.

5.1.1 Indeterminación del concepto restricción constitucional. Primer problema en la teoría de las restricciones constitucionales

Como se analizó en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, definir a las restricciones constitucionales es más complejo que simplemente entenderlas por su vinculación al texto constitucional. En efecto, una restricción constitucional, para ser considerada como tal, debe de estar en la Constitución, o al menos se esperaría que así fuese.

No obstante, hay algunas otras características que deben de guardar estas restricciones para ser consideradas como tales. Por ejemplo, estas deben de causar una disminución a un derecho, entendido esto último como una alteración al ejercicio común del mismo, sin que ello conlleve a su anulación o suspensión. En caso de ocurrir esto último, que con motivo de la restricción se anule o se suspenda el derecho, no se estaría en presencia de una restricción.

También, debe de tomarse en consideración que la imposición de una restricción debe de ser temporal; en caso contrario, si la aplicación de ella es indefinida o se perpetúa en el tiempo, no se estaría en presencia de una restricción en sentido estricto.

Otras características igualmente importantes son: el hecho que la restricción debe de perseguir un fin legítimo, esta debe de ser idónea y necesaria para la consecución de tal fin. Esto último se podrá evaluar en la medida en que se justifique adecuadamente dichos aspectos, por medio de una argumentación

jurídica clara, en donde se expongan razones suficientes que justifiquen la disminución de uno o varios derechos.

Pensar que este último análisis está limitado, por el simple hecho de que la restricción está en la Constitución y lo que ahí se encuentra es imponderable, nos podría situar en un escenario hipotético, por irreal que este parezca, en donde el constituyente puede imponer una serie de restricciones a derechos humanos sin sentido alguno, bajo el amparo que estas por estar en la norma fundamental son incuestionables, y no hay otro remedio para el gobernado que soportar los costos de su imposición.

Como atinadamente lo advierte el Ministro Gutiérrez Ortiz Mena, el hecho de que una restricción esté en el texto constitucional, no es un motivo que releve a la SCJN para constatar que esa restricción tenga coherencia con el resto de los principios objetivos del sistema jurídico.¹⁶⁸ Lo que en otras palabras quiere decir que, las restricciones expresas a los derechos humanos son plenamente justiciables.¹⁶⁹

Conocer todas estas sutiles características permite diferenciar una restricción de una limitación, de una suspensión o de una prohibición de un derecho que consagre la Constitución. Si ello no se tiene presente, como se ha mencionado con antelación, se caería en el error de concebir toda disminución a un derecho prevista en la Constitución como una restricción expresa.

Justamente la falta de lucidez teórica en torno a estas características, ha permeado en que la Suprema Corte haya creado una doctrina de las restricciones en la que a través de afirmaciones dogmáticas ha decidido que debe de ser considerado como restricción constitucional sin antes reflexionar si se reúnen este tipo de cualidades.

¹⁶⁸ GUTIERREZ ORTÍZ MENA, Alfredo, *El arraigo penal: su interpretación conforme. Una tercera vía a la disyuntiva enfrentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 3, 2016, p. 241

¹⁶⁹ Op. Cit., p. 248

En la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte mencionó que, cuando en la Constitución hubiere una restricción expresa al ejercicio de los derechos, se debería de estar a lo que estableciera la norma constitucional.¹⁷⁰ Esta afirmación, además de que fue única, pues no se explicó algo más en torno a las restricciones constitucionales en dicha ejecutoria, es ambigua por sí misma.

No queda claro si las restricciones expresas a las que hace alusión la Corte, después de interpretar el artículo 1º Constitucional son las que expresamente se mencionan en el artículo 29 de la Carta Magna, o bien, si estas restricciones expresas se extienden más allá del marco de este último numeral.

Si esto último es así, y en realidad lo que quiso decir la Corte en esta ejecutoria es que las restricciones expresas no son únicamente las que están en el artículo 29 y hay una serie de restricciones expresas dispersas en la Constitución -como así lo fue-, hubiese sido provechoso que la Corte desde ese momento hubiera establecido cómo había que diferenciar a estas restricciones del resto de limitaciones y prohibiciones que también se encuentran dispersas en la norma fundamental.

Por ejemplo, siguiendo el desarrollo teórico de las restricciones que se ha generado en la academia, conforme a tales postulados, haber establecido que las restricciones a las que hacía referencia eran aquellos preceptos constitucionales en donde se establecía una disminución a un derecho, pero además que, por la naturaleza de esta disminución, la misma era temporal y no eliminaba el núcleo esencial del derecho.

Además de haber incitado a hacer un análisis aún más profuso, al observar cuál era la finalidad que el constituyente perseguía con la imposición de esa restricción, para evaluar su legitimidad, y así determinar si la restricción constituía un medio idóneo y necesario para la consecución de tal fin. Es decir, dar posibilidad a que tales restricciones fuesen justiciables, como le refiere el Ministro Ortiz Mena.

¹⁷⁰ Contradicción de Tesis 293/2011, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 53

La ausencia de este tipo de criterios provocó que la Corte fuese generando con posterioridad a la contradicción de tesis 293/2011, una serie de posicionamientos en donde se identificaron a algunos preceptos constitucionales como restricciones sin antes haber hecho una reflexión si acaso podían ser considerados como tales.

Un ejemplo de ello es el amparo en revisión 1174/2017. Aquí la Corte debía de resolver sobre la validez constitucional de la Ley de Expropiación, Ocupación Temporal o Limitación de Dominio del Estado de Tamaulipas, ley que autorizaba, entre otras cosas, la expropiación con fines de utilidad pública por parte del Estado en detrimento de los gobernados.

En dicha ejecutoria, la Corte centró su estudio en el desarrollo que la figura de expropiación ha tenido en la doctrina de la SCJN, así como en el derecho convencional. Figura a la que catalogó como una restricción expresa al derecho humano a la propiedad, avalada por el artículo 27 Constitucional, en relación con el artículo 21.2 del Pacto de San José.

Al inicio la Corte mencionó que, el derecho a la propiedad privada no era absoluto ya que éste admite límites, los cuales debían fundarse en razones de utilidad pública o interés social.¹⁷¹

Posteriormente, refirió que el acto administrativo de expropiación tiene como efecto jurídico inmanente la extinción del derecho real de propiedad.¹⁷² Afirmación que convalidaba cuando menciona que, la expropiación es una potestad administrativa dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien en particular.¹⁷³

Es decir, la Corte expresamente reconocía que la expropiación tenía como efecto la eliminación inmediata del derecho de propiedad que el gobernado detentaba sobre el inmueble expropiado. De tal suerte que, al gobernado

¹⁷¹ Amparo en Revisión 1174/2017, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación p. 23

¹⁷² Op. Cit., p. 25

¹⁷³ Ibidem, p. 26

únicamente le quedaba a salvo el derecho de pedir al Estado una indemnización justa como consecuencia de la expropiación, no así la restitución del bien.

Y, posteriormente, la Corte adujo que, una de las limitaciones o restricciones al derecho humano a la propiedad, justamente era la figura administrativa de expropiación, conforme a la cual, el poder público impone al particular la cesión de propiedad mediante ciertos requisitos.¹⁷⁴

De tal argumentación se advierte un primer error, que fue mencionar que el artículo 21.2 del Pacto de San José establece una restricción, cuando en realidad no es así. Ciertamente, el referido numeral establece que el derecho a la propiedad puede ceder frente a la utilidad pública y el interés social, sin embargo, no se precisa que ello sea propiamente una restricción al derecho humano a la propiedad.

Un segundo error fue concebir a la expropiación como una limitación o restricción al derecho humano a la propiedad, cuando enseguida se mencionó que la expropiación conllevaba a la eliminación de tal derecho. Esto es así, pues rememorando las características de las restricciones, su naturaleza no es eliminar el derecho restringido, sino simplemente alterar o disminuir el ejercicio habitual de mismo.

Por lo tanto, era un contrasentido, afirmar, como lo hizo la Corte, que la restricción a un derecho conlleva a su eliminación. En tal supuesto, hubiese sido conveniente que la Corte explicara cómo es que la expropiación, pese a que elimina el derecho a la propiedad, podía seguir siendo considerada una restricción.

Y, un tercer error que va implícito en el anterior es el siguiente: si la naturaleza de las restricciones es que éstas son temporales, en el caso de la expropiación, si ella conlleva la supresión del derecho de propiedad, como ha aceptado la Corte, lo que implica que dicho derecho no se puede volver a recuperar

¹⁷⁴ Ibidem, p. 35

con el paso del tiempo, bajo qué justificación se puede sostener que ésta sigue siendo una restricción. Otra explicación que la Corte también omitió realizar.

Por su parte, en el amparo en revisión 953/2018, al resolver lo atinente a la restricción a la libertad de libre asociación contenida en el artículo octavo transitorio del decreto de reforma constitucional del 11 de junio de 2013, que ordena la separación de agentes preponderantes¹⁷⁵ en materia de telecomunicaciones, la Corte incurrió en un error conceptual al igual que lo hizo al resolver la ejecutoria citada en párrafos precedentes.

En esta ocasión, la Corte estableció que, la restricción prevista en ese numeral que ordena, en palabras más sencillas, la disolución de personas morales que tengan participación monopólica en materia de telecomunicaciones, era una restricción constitucional y, por lo tanto, no vulneraba el derecho de asociación.¹⁷⁶

Sin embargo, nuevamente el supremo tribunal inobserva la naturaleza de las restricciones y cataloga como tal, de manera errónea, a un precepto que no tiende a restringir sino a suprimir un derecho. En el caso, la disolución de una empresa no es un acto cuyos efectos sean temporales, sino que la disolución conlleva a la pérdida de un derecho corporativo, como en el caso lo es la constitución y existencia de una persona moral.

De hecho, en este asunto se alegaba por parte de la moral quejosa -Grupo Carso-, que imponer dicha restricción al derecho de asociación era inconstitucional, ya que ésta no estaba prevista de manera expresa en la Constitución, y la única forma de imponerla era que se actualizará alguno de los supuestos previstos en el artículo 29 de la Constitución, lo que en el caso no ocurría.¹⁷⁷

¹⁷⁵ De acuerdo a la redacción de la fracción tercera, del artículo octavo transitorio del Decreto de reforma constitucional del 11 de junio del 2013, un agente económico preponderante es: una empresa o varias empresas que cuenten directa o indirectamente con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido en número de usuarios, suscriptores, audiencia o por el tráfico de sus redes o capacidad de las mismas, en materia de telecomunicación y radiodifusión.

¹⁷⁶ Amparo en revisión 953/2018, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 17

¹⁷⁷ Op. Cit., p. 6

Argumentación con la que se coincide, ya que ciertamente esta restricción no está expresamente reconocida en la Constitución, sino en un artículo transitorio de una reforma constitucional. Por lo que atendiendo a la naturaleza de los artículos transitorios, cuya función es simplemente regular los procesos de cambio del sistema jurídico,¹⁷⁸ habría que reflexionar si, acaso, un artículo transitorio puede ser considerado parte inmanente de una Constitución y, si una restricción constitucional, puede estar alojada en esta clase de artículos, o necesariamente debe de estar en la parte central del texto fundamental.

Reflexiones que pudo haber abordado la Corte para resolver este asunto, además de que se presentaba el escenario propicio para hablar sobre la distinción que existe entre las restricciones previstas en el artículo 29 Constitucional y las demás restricciones dispersas en la norma fundamental. Sin embargo, la Corte omitió realizar tales pronunciamientos.

De hecho, algo tan simple como definir si la restricción constitucional, para ser considerada como tal, necesariamente debe de ser expresa y estar en el texto constitucional, ya que de acuerdo a la doctrina se entendería así tiene que ser, es otro de los grandes problemas que se presentan en el incipiente desarrollo que la SCJN ha hecho en relación a las restricciones constitucionales.

En el amparo directo 32/2012, la Corte refirió que, al hacer una interpretación a *contrario sensu* del artículo 123, apartado B, se infería que los trabajadores de confianza están excluidos del derecho a la estabilidad de empleo. En esa línea de pensamiento, agregó que, la exclusión de un derecho no debe necesariamente estar expresa en la Constitución.¹⁷⁹

Por lo que determinó que tal exclusión al derecho de estabilidad del empleo, inscrita de manera implícita en el numeral 123, apartado B, de la Constitución, que impide a los trabajadores de confianza que fueron despedidos de manera

¹⁷⁸ HUERTA OCHOA, Carla, *Artículos transitorios u derogación*, [en línea], México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, [consulta 17 de junio de 2025], ISSN: 0041 8633, Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3693>

¹⁷⁹ Amparo Directo 32/2012, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 44

injustificada, ser reinstalados en sus antiguas fuentes de empleo, era una restricción de rango constitucional.¹⁸⁰

Por su parte, al resolver el amparo directo en revisión 140/2020, el supremo tribunal estableció que, la restricción contenida en el artículo 50 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, que imposibilita el traslado de personas privadas de su libertad, que se encuentren compurgando una pena, a una centro de reinserción social más cercano a su domicilio, cuando entre el centro de origen y el centro de destino no exista un convenio para llevar a cabo esta clase de traslados, era una restricción constitucional.

Si bien, mencionó la Corte, esta restricción no está expresamente reconocida en el texto constitucional, sino en una legislación secundaria, como la Ley Nacional de Ejecución Penal, la misma era acorde al artículo 18 de la Constitución, pues este numeral concedía libre configuración legislativa para que el legislador federal estableciera los requisitos para acceder a este tipo de beneficios.¹⁸¹

Como puede advertirse de las dos últimas ejecutorias, contra todo pronóstico, y contrario al desarrollo doctrinario elaborado en torno a las restricciones constitucionales, la Corte convalidó la existencia de dos restricciones constitucionales, pese a que una se encontrara implícita en el texto fundamental y la otra en una ley secundaria.

Lo anterior, evidencia que llega a tal grado la indeterminación de qué es lo que debe de entenderse por restricción constitucional en nuestro país, que cualquier restricción que nazca de la interpretación de la Corte, o que la Corte encuentre en cualquier ley secundaria de los cientos de leyes que existen en México, puede ser denominada como una restricción constitucional.

¹⁸⁰ Op. Cit., p. 44

¹⁸¹ Amparo directo en revisión 140/2020, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 20

Lo que implica que para el ciudadano resulta casi imposible anticipar qué puede ser catalogado como restricción constitucional, y qué no puede ser considerado como tal. Hay una libre configuración de restricciones en nuestro país, con criterios tan indeterminados, impredecibles y poco justificados -como se verá más adelante- que hacen que esta configuración se torne casi arbitraria.

Pues para que las restricciones constitucionales sean tales, contrario a lo sostenido por la Corte, éstas deben de estar circunscritas de forma expresa en el texto fundamental; de otra manera, no serían expresas, y tampoco serían constitucionales, se convertirían en una mera entelequia del intérprete de la norma.

Esta ausencia de criterios que sirvan como guía para saber qué es una restricción constitucional y, como consecuencia saber identificarlas en el texto fundamental, no solo provoca indeterminación en las sentencias de la Corte, como ya se ha visto, sino que también provoca que exista indeterminación sobre este tema dentro del gremio jurídico.

Con motivo de esta investigación, se realizó una serie de encuestas a operadores jurídicos para conocer cuál era la concepción que estos tenían sobre las restricciones constitucionales, así como conocer cuál es su opinión sobre la existencia de una metodología que permita identificar a las restricciones constitucionales. Resultados de esta encuesta que vale la pena citar.

En dicha encuesta se preguntó, qué era una restricción constitucional. La mayoría coincidió en conceptualizar a las restricciones como limitaciones a derechos humanos previstos en las constituciones. Aunque algunos otros, consideraron que estas eran prohibiciones o mandatos que imponían un deber de no hacer algo que incidía en un derecho humano.

También, se cuestionó sobre cuáles eran las características que definen a una restricción constitucional. La mayoría coincidió en que estas eran figuras expresas, que debían de estar en la Constitución, cuya aplicación es temporal y no pueden estar sujetas a la interpretación.

Sin embargo, otras personas consideraron que las restricciones podían ser expresas o implícitas, también, que no necesariamente debían de estar en la Constitución, sino que se podrían encontrar en una ley secundaria, y que su aplicación no necesariamente tendría que ser temporal y, finalmente, que estas podían o no ser sujetas de interpretación.

Luego, se cuestionó a qué tipo de derechos era imponible una restricción. La mayoría respondió que era posible imponer restricciones tanto a derechos humanos como a derechos fundamentales. Mientras que, el resto de las personas encuestadas su respuesta fue dividida. La mitad consideró que las restricciones se imponían a derechos humanos y la otra mitad consideró que a derechos fundamentales.

Mientras que, en torno a los efectos que causa la imposición de una restricción constitucional, la mayoría mencionó que, el efecto era una restricción al derecho humano; en segundo puesto, estuvieron los que consideraron que la restricción podía causar indistintamente una restricción o una suspensión a un derecho; y, finalmente, una pequeña cantidad de personas consideró que las restricciones únicamente ocasionaban la suspensión del derecho.

Estos indicadores revelan que, en torno a la conceptualización de las restricciones constitucionales no existe univocidad de criterios. No existe coincidencia al momento de determinar qué es una restricción, cuáles son sus características y cuáles son los efectos que su aplicación genera en la esfera de derechos del individuo.

Por su parte, en torno a la existencia de una metodología que permita identificar una restricción constitucional, el 90% de las personas encuestadas mencionó que no había utilizado ninguna metodología para identificar a una restricción constitucional como tal.

Y, de la totalidad de esas personas que mencionó no haber utilizado este tipo de metodología, el 80% respondió que consideraba oportuna su existencia. Al

responder por qué consideraban necesaria la existencia de una metodología de esta naturaleza, las respuestas fueron distintas.

Por ejemplo, alguna persona refirió que esta metodología ayudaría a identificar de manera clara qué era una restricción constitucional. Otro consideró que ello ayudaría a fundar la imposición de la restricción misma. Otra persona estableció que, contar con una metodología de esta naturaleza sería el primer paso para sostener la validez de una restricción constitucional. Mientras que, otras tantas personas consideraron que la existencia de tal metodología ayudaría a erradicar la ambigüedad que existe para identificar restricciones constitucionales.

Todo esto revela que, si bien no existió univocidad para definir qué es una restricción constitucional, hecho que es consecuencia misma de la ausencia de fundamentación de las restricciones en la teoría de la Corte, en lo que sí existió univocidad, es en advertir la necesidad que existe de crear una metodología que ayude a identificar a las restricciones constitucionales.

5.1.2 Trato diferenciado en la justiciabilidad de las restricciones constitucionales.

A pesar de que hay quienes sostienen, con justa razón que, el hecho de que una restricción se encuentre en la Constitución, no impide analizar la coherencia de ésta con los principios del orden jurídico,¹⁸² lo que permite elevar su análisis a sede judicial, es decir, que sea justiciable; lo cierto es que, actualmente, la justiciabilidad de las restricciones constitucionales se encuentra obstaculizada.

Un ejemplo de ello, son las restricciones constitucionales al derecho humano a la libertad que la Corte ha identificado como tales. Arraigo y prisión preventiva oficiosa. Restricciones frente a las cuales, proponer un análisis en sede judicial, en el que se cuestione la coherencia de este tipo de restricciones frente a los principios constitucionales y convencionales es prácticamente imposible.

¹⁸² GUTIERREZ ORTÍZ MENA, Alfredo, Op. Cit. Nota 168, p. 241

Lo anterior, genera que este tipo de figuras se conviertan en una especie de excepciones a la jerarquía axiológica de los derechos humanos,¹⁸³ o como en otro apartado de esta investigación se ha dicho, se vuelven figuras meta constitucionales, por encontrarse por encima de los principios que fundamentan la propia Constitución.

Estos criterios se han patentizado en algunos asuntos resueltos por la Corte. Tal es el caso del amparo directo en revisión 1250/2012, en el que la Corte debía de analizar si el arraigo violaba el derecho humano a la libertad y el derecho humano de audiencia previa.

Sin embargo, la Corte omitió entrar a este análisis de coherencia entre restricción y principios fundamentales, para determinar, si en efecto, el arraigo vulneraba tales prerrogativas. La Corte sólo se limitó a convalidar la validez de esta figura por encontrarse prevista en el artículo 16 constitucional, es decir, por ser una restricción constitucional.

Otro ejemplo, es la contradicción de criterios 46/2023, resuelta por el Pleno Regional en Materia Penal de la Región Centro Sur, en donde debía de pronunciarse sobre la procedencia de la suspensión provisional con efectos de tutela anticipada en materia de amparo, cuando el acto reclamado fuese la imposición de la prisión preventiva oficiosa.

Así, al resolver dicho asunto, el Pleno concluyó que, no era viable otorgar la suspensión provisional con efectos de tutela anticipada, cuando el acto reclamado fuera la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, pues ello implicaba inobservar el contenido de la jurisprudencia 1a./J. 50/2017 (10a.),¹⁸⁴ además de inobservar la restricción expresa inserta en el artículo 19 constitucional.¹⁸⁵

¹⁸³ Op. Cit., p. 275

¹⁸⁴ Jurisprudencia 1a./J. 50/2017 (10a.), **"SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA PENAL. PARA DECIDIR SOBRE LA SUSPENSIÓN DE ACTOS RECLAMADOS NO PREVISTOS EN LA PARTE ESPECIAL DE LA LEY DE AMPARO ("EN MATERIA PENAL"), DEBEN APLICARSE LAS NORMAS DE LA PARTE GENERAL, QUE PERMITEN PONDERAR LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO, EL PELIGRO EN LA DEMORA Y LA AFECTACIÓN AL INTERÉS SOCIAL.**

¹⁸⁵ Jurisprudencia PR.P.CS. J/16 P (11a.), **"SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN EL JUICIO DE AMPARO. CUANDO SE RECLAMA LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA, NO ES PROCEDENTE CONCEDERLA CON**

Aquí, nuevamente se patentizó un criterio eminentemente formalista, en el que se prescindió de analizar si dicha figura era o no violatoria de derechos humanos, como inclusive recién lo había confirmado la Corte IDH en el Caso García Rodríguez y otro Vs México, y convalidó su validez por ser dicha figura una restricción expresa de la Constitución.

Ambos asuntos resumen lo que es el incipiente análisis que se hace a una restricción constitucional en México. Puede ser que estas, en efecto, vulneren múltiples derechos humanos, que no se conozca realmente cuál es el objetivo que se persigue con su aplicación, que posiblemente no sean idóneas o necesarias para la consecución de este objetivo -en los casos en los que se conozca cuál es tal objetivo-, pero de ello no depende su validez, pues para que esta restricción sea válida, únicamente se necesita que se encuentre en la Constitución.

De hecho, si se ingresa a la página: <https://www.serviciosenlinea.pjf.gob.mx/juicioenlinea/SentenciaVersionPublica/MenuSentencia>, y se buscan resoluciones públicas dictadas por juzgadores federales adscritos al décimo primer circuito, en asuntos donde el acto reclamado fue la imposición de la prisión preventiva oficiosa, es posible advertir que, en la mayoría de los casos, por no decir que en todos, estos asuntos han sido sobreseídos, incluso, desde la presentación de la demanda de amparo, bajo el argumento que el acto reclamado entraña una restricción constitucional.

Sin embargo, en este punto surge otro problema. Si la justiciabilidad de las restricciones constitucionales es una utopía, al menos de las que la Corte ha identificado como tales, ¿por qué existen otro tipo de restricciones, igualmente constitucionales, que sí son justiciables? Otra pregunta para la que no existe una respuesta, al menos no en palabras de la Suprema Corte.

No obstante a que no exista una justificación que explique el por qué de esta diferencia entre restricciones constitucionales, la pregunta planteada en el

párrafo anterior encierra una afirmación que es preciso conocer. Esta es afirmación es que, sí, si existen restricciones constitucionales justiciables.

Para evidenciar tal cosa conviene traer a colación nuevamente algunas de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia la Nación, en la cuales ha identificado como restricciones constitucionales al derecho a la libertad a otras figuras jurídicas inscritas en la norma fundamental que no son el arraigo ni la prisión preventiva oficiosa analizadas al inicio de este apartado.

Una de estas ejecutorias es el amparo directo en revisión 1250/2012, en donde la Corte además de analizar la validez del arraigo, expresó que, aparte de esta figura, había otras restricciones constitucionales a la libertad, tales como: a) detención en flagrancia, b) detención por caso urgente, c) orden de aprehensión, d) arresto por infracción a reglamentos gubernativos y de policía.¹⁸⁶

Otra ejecutoria fue amparo directo en revisión 3506/2014, en donde la Corte reafirmó que, la detención por caso urgente, dadas sus características ontológicas, era una restricción al derecho a la libertad personal, prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁸⁷

En tanto que, al resolver el amparo directo 27/2008, cuyo análisis versaba sobre la designación de testigos por el ocupante de un inmueble objeto de una diligencia de cateo practicada por la autoridad ministerial, el entonces Ministro en funciones José Ramón Cossío Díaz, en su voto particular, al hablar sobre la metodología que debía de adoptarse para interpretar una limitación constitucional a un derecho fundamental, refirió que, el cateo era una restricción constitucional al derecho a la inviolabilidad del domicilio.¹⁸⁸

Sería argumentativamente complicado sostener, contrario a lo dicho por la Corte en estas últimas sentencias que, el cateo y la orden de aprehensión no son

¹⁸⁶ Amparo Directo en Revisión, número 1250/2012 del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 46

¹⁸⁷ Amparo Directo en Revisión 3506/2014, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 63

¹⁸⁸ Voto particular formulado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en el Amparo Directo 27/2008, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 28

restricciones constitucionales, aun y cuando estas cumplen con las características mínimas, requeridas por la propia Corte, para ser consideradas como tal. Causar una disminución a un derecho y estar inscritas en algún precepto de la Constitución. Características que igualmente comparten la detención en flagrancia o caso urgente.

Entonces, la cuestión sería preguntarse si aquellas a diferencia de la prisión preventiva oficiosa y el arraigo, acaso, son justiciables. La respuesta es que sí, este tipo de restricciones, a diferencia de la prisión preventiva oficiosa o el arraigo, son justiciables, pues es posible analizar su legalidad, constitucionalidad y proporcionalidad en sede judicial.

En el amparo en revisión 15/2023, del índice del Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, al analizar si la ejecución de la orden de cateo, como acto destacado en un juicio de amparo, era un acto consumado de manera irreparable, que actualizaba la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XVI de la Ley de Amparo; el tribunal consideró que no era un acto consumado, debido a que los efectos del cateo podían proyectarse a futuro en un juicio del orden penal, debido a que el mismo podía servir de sustento de diversos medios de prueba sobre los que se edificaría la acción penal.

Fue entonces que, en esa lógica, consideró que, era posible que en un juicio de amparo se analizara la constitucionalidad de la orden de cateo, así como de su ejecución, pues de resultar ilegales cualquiera de estos actos, emisión de la orden o ejecución de la misma, por consecuencia también lo serían todos los actos que deriven o tengan como sustento el resultado de una ilícita intromisión al domicilio.¹⁸⁹

De hecho, la estructura del procedimiento penal acusatorio, permite cuestionar la licitud de los datos de prueba en los que la autoridad ministerial finqué la responsabilidad penal del imputado.¹⁹⁰ Esto permite que, sin la necesidad de

¹⁸⁹ Amparo en Revisión 15/2023, del índice del Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, p. 73

¹⁹⁰ **Código Nacional de Procedimientos Penales**
“Artículo 263. Licitud probatoria

acudir al amparo, en una audiencia inicial se pueda lograr la nulidad de un cateo debido a que su ejecución se llevó a cabo vulnerando diversos derechos fundamentales de forma injustificada.

Por ejemplo, cuando la autoridad lleva a cabo actos de investigación dentro del domicilio cateado que no fueron autorizados; cuando realiza estos actos fuera del plazo que les fue permitido llevar a cabo el cateo; ingresan a áreas específicas del inmueble, en donde dicho ingreso no fue autorizado; participan personas que no fueron autorizadas para llevar a cabo la ejecución de tal acto; no se le hace saber al ocupante del inmueble el derecho a nombrar testigos de la diligencia; solo por citar algunas de las causas que harían ilícito tal acto de investigación.

Inclusive, en la doctrina hay quienes sostienen que, previo a emitir la orden que autoriza el cateo, el juzgador puede -o debe- analizar la proporcionalidad de esta petición. Es decir, analizar *prima facie* si el cateo es el medio idóneo para la finalidad pretendida por la autoridad ministerial, así como evaluar que tan necesaria es la ejecución del mismo, pues en caso de no satisfacer tales extremos se actualizaría una violación al principio de proporcionalidad.¹⁹¹

Por su parte, la orden de aprehensión también es una restricción constitucional que es justiciable. Basta con observar la múltiples tesis y jurisprudencias que existen en torno a la justiciabilidad de esta restricción constitucional al derecho a la libertad.

Hay criterios que hablan sobre el momento procesal oportuno, tratándose de procesos ventilados en el sistema penal acusatorio, para cuestionar la

Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.”

“Artículo 264. Nulidad de la prueba

Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto”

¹⁹¹ SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo, *EL CATEO, EL PRINCIPIO DE PROPOCIONALIDAD Y LA 10ª EPÓCA DE LA JURISPRUDENCIA MEXICANA*, [en línea], 1ª Ed., México: Entre Libertad y Castigo: Dilemas del Estado Contemporáneo, [consulta 22 de junio de 2025], Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12010>

arbitrariedad de esta.¹⁹² Así como, también hay otros criterios que hablan sobre la procedencia del amparo tratándose de ordenes de aprehensión,¹⁹³ y también sobre los efectos en que podría ser concedida la suspensión del acto reclamado cuando este sea una orden de aprehensión.¹⁹⁴

Mientras que, en el caso de la detención en flagrancia, el artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales, menciona que, se llevará a cabo una audiencia de control de la detención. Audiencia que, tiene como finalidad verificar que la detención, en cualquiera de sus supuestos, dentro de los cuales se encuentra la flagrancia, se haya efectuado de acuerdo a las circunstancias narradas por los primeros respondientes, y se hayan respetado los derechos humanos de la persona detenida.

Incluso, tratándose de detenciones en flagrancia, la defensa del detenido podrá argumentar, entre otras cosas, que no se actualiza el supuesto de flagrancia invocado por la autoridad, que la detención no se llevó a cabo respetando los niveles de contacto,¹⁹⁵ o que la misma no se llevó a cabo de acuerdo a las circunstancias narradas por los aprehensores, o alguna otra violación acaecida al momento en que se detiene a la persona que pueda incidir de manera negativa en sus derechos fundamentales.

¹⁹² Tesis XXIV.2o.6 P (11a.), “**ARBITRARIEDAD EN LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN. MOMENTO PROCESAL PARA REALIZAR EL PLANTEAMIENTO RELATIVO.**”

¹⁹³ Tesis 1a./J. 177/2023 (11a.), “**ORDEN DE APREHENSIÓN. AL SER UN ACTO DICTADO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO, EL PLAZO PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA ES EL GENÉRICO DE QUINCE DÍAS, DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 17 DE LA LEY DE AMPARO Y 211 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**”

Tesis II.3o.P. J/1 P (11a.), “**ORDEN DE APREHENSIÓN, DETENCIÓN Y/O PRESENTACIÓN. CUANDO SE IMPUGNE EN AMPARO INDIRECTO Y NO PUEDA SABERSE CON EXACTITUD SI ES INMINENTE O SI LLEGARÁ O NO A MATERIALIZARSE, ELLO NO CONSTITUYE UN MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA, POR LO QUE DEBE ADMITIRSE A TRÁMITE LA DEMANDA.**”

¹⁹⁴ Tesis PR.P.T.CN. J/31 P (11a.), “**SUSPENSIÓN PROVISIONAL CONTRA LA ORDEN DE APREHENSIÓN POR DELITOS QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. LA JURISPRUDENCIA PR.P.T.CN. J/3 P (11a.) ES APLICABLE AUN CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA DE 31 DE DICIEMBRE DE 2024 AL ARTÍCULO 19, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONAL.**”
Tesis PR.P.T.CN. J/3 P (11a.), “**SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN AMPARO INDIRECTO. DEBE CONCEDERSE PARA EL EFECTO DE QUE LA PARTE QUEJOSA NO SEA DETENIDA, CUANDO RECLAME LA ORDEN DE APREHENSIÓN POR DELITOS QUE AMERITEN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.**”

¹⁹⁵ Tesis 1a. XCIII/2015 (10a.), “**DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL. CARACTERÍSTICAS DE LOS NIVELES DE CONTACTO ENTRE UNA AUTORIDAD QUE EJERCE FACULTADES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y UNA TERCERA PERSONA.**”

Violaciones cuyo planteamiento no se agota únicamente en esta audiencia inicial, sino que este planteamiento se puede extender en audiencia intermedia, juicio oral, incluso, se pueden extender en apelaciones o demandas de amparo,¹⁹⁶ en donde se pretenda evidenciar la inconstitucionalidad de la detención.

Todo lo anterior, evidencia que, existen restricciones constitucionales reconocidas por la propia SCJN que sí son justiciables a través de mecanismos de defensa que permiten cuestionar su legalidad, validez y coherencia con otros principios y valores constitucionales, a diferencia de otras restricciones cuya justiciabilidad se encuentra limitada u obstaculizada.

Lo anterior, genera diversas interrogantes sin respuesta. ¿Qué diferencia existe entre un cateo y la prisión preventiva oficiosa, para que la primera sí sea justiciables y la segunda no?, ¿dentro de las restricciones constitucionales existen dos tipos de categorías: las justiciables y las que no lo son?, de ser así, que existan ambas categorías, ¿cómo identificamos las restricciones justiciables de las que no lo son?

Para responder a estas interrogantes se tendría que profundizar en un proceso de argumentación que fundamente a las restricciones constitucionales desde su génesis, pasando por su conceptualización, efectos y diferenciación de estas con otras categorías que se le asemejan como: la suspensión o prohibición de un derecho, para así, y solo así, responder por qué existe esta diferencia en la justiciabilidad de las restricciones, y exponer porque resulta necesario que esto sea así.

Es decir, exponer argumentos que justifiquen por qué existen cierto tipo de restricciones constitucionales para las que no existe medio de defensa alguno que pueda cuestionar su validez. Explicar, como tal cosa no redundaría en la violación a

¹⁹⁶ Tesis II.4o.P.6 P (11a.), **DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA PENAL. CUANDO EL ACTO RECLAMADO LO CONSTITUYE LA CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN, EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO O CUALQUIER OTRO ACTO CONSIDERADO URGENTE CONFORME AL ARTÍCULO 4, FRACCIÓN II, DEL ACUERDO GENERAL 13/2020, DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, EN EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE QUINCE DÍAS PARA SU PRESENTACIÓN DEBE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS Y TÉRMINOS DURANTE EL PERIODO DE CONTINGENCIA SANITARIA POR EL VIRUS SARS-CoV2 (COVID-19).**

la igualdad, seguridad jurídica y todos los demás derechos que de por medio resulten interrelacionados.

Por ejemplo, explicar porque no existe un trato desigual entre el derecho a la inviolabilidad al domicilio y el derecho a la libertad, cuando es permisible cuestionar la proporcionalidad de una orden de cateo, pero esta misma posibilidad está vedada para cuestionar la proporcionalidad de la prisión preventiva oficiosa, pese a que existe una sentencia internacional que menciona que esta última medida es violatoria de un sinfín de derechos humanos, no solo del derecho a la libertad.

La ausencia de este tipo de criterios, que expongan la existencia de tales diferencias y además las justifiquen, revela un tercer y último problema que será abordado en el próximo apartado, que es la ausencia de fundamentación de las restricciones constitucionales.

5.1.3 ¿Fundamentación de las restricciones constitucionales?

Por fundamento la Real Academia de la Lengua Española entiende que es:

1. Principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya un edificio u otra cosa; 2. La razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo; 3. Raíz, principio y origen en que se estriba y tiene su mayor fuerza algo no material.¹⁹⁷

Por su parte, en el diccionario de la filosofía de Ferrater Mora, explica que, la palabra fundamento puede interpretarse en tres sentidos distintos: como principio; como razón; y otras veces como origen.¹⁹⁸

Mientras que, Nicola Abbagnano refiere que, en el pensamiento Aristotélico el concepto de fundamento se identifica con la noción de causa, en su dimensión

¹⁹⁷ Véase: <https://dle.rae.es/fundamento>

¹⁹⁸ FERRATER MORA, José, *Diccionario de la Filosofía*, 5a Ed., Argentina, Sudamericana, 1964, 1413-1414 pp.

ontológica, es decir, en cuanto es causa por la cual una cosa no puede ser otra cosa.¹⁹⁹

De ahí que, en filosofía se utilice el concepto fundamento, para explicar los principios básicos sobre los que se cimienta y se desarrolla una cosa. Es decir, aquellos conceptos esenciales que son la génesis de aquello que se estudia, para explicar el por qué y para qué de ello; cuestionar su existencia, finalidad y la causalidad necesaria que debe de existir entre ambas.

En tanto que, en el derecho se ha recurrido a utilizar la palabra fundamento, por ejemplo, para explicar el origen, naturaleza y finalidad de los derechos humanos. Esto es, encontrar razones suficientes que justifiquen su existencia y la oponibilidad de estos frente al Estado y las personas.

Como explica Carlos de la Torre, el problema de la fundamentación de los derechos humanos entraña plantear y responder las siguientes interrogantes: ¿qué entendemos por derechos humanos?; ¿cuál es el origen de los derechos humanos?; ¿cuáles son las características de los derechos humanos?; ¿por qué valen los derechos humanos?²⁰⁰

En el tema de la fundamentación de las restricciones, debemos de realizar una operación similar si lo que se busca es conocer si dicha fundamentación existe, y si ésta es adecuada. Encontrar razones suficientes que expliquen por qué existen y para qué sirven las restricciones constitucionales.

De tal suerte que, si esto es así, si en verdad existe una adecuada fundamentación de las restricciones constitucionales, debemos de encontrar dentro del poder legislativo (quien es quien crea las restricciones) o dentro del poder judicial (quien interpreta, identifica y aplica restricciones), las respuestas a las siguientes interrogantes:

¹⁹⁹ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 10ª Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 578

²⁰⁰ DE LA TORRE, Carlos, *La fundamentación de los derechos humanos*, [en línea], México: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, [consulta 24 de junio de 2025], Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/27/eju/eju1.pdf>

- a) ¿Qué es una restricción constitucional?
- b) ¿Cuáles son sus características?
- c) ¿Cuál es su finalidad u objetivo?
- d) ¿Por qué es necesaria su existencia?

Como se explicó en apartados anteriores, hasta el momento, no se cuenta con una definición de restricción constitucional, como tampoco se cuenta con un criterio que defina cuáles son sus características, dentro de las cuales estarían los efectos que genera su materialización; por lo que las primeras dos preguntas se encontrarían sin respuesta.

Por ende, en este apartado corresponde analizar si se puede encontrar respuesta a las últimas dos interrogantes; esto es, encontrar razones suficientes que justifiquen la finalidad de la restricción, si es que la hay, y además que justifiquen su existencia, es decir, que se justifique la necesidad de dinamitar el ejercicio de un derecho.

Para realizar este estudio, se analizarán los argumentos que se han dado, tanto en sede legislativa como en sede judicial, para sustentar la aplicación de tres restricciones constitucionales: prisión preventiva oficiosa, arraigo y traslado de personas privadas de su libertad.

a) Prisión preventiva oficiosa

El día cinco de febrero del año 2024, el entonces Presidente de México Andrés Manuel López Obrador, presentó una iniciativa de reforma constitucional al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la finalidad de ampliar el catálogo de delitos sobre los cuales es posible imponer la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa.

Los argumentos que se expusieron para sostener la necesidad incluir a este catálogo nuevos delitos como la extorsión, contrabando de comprobantes fiscales, así como aquellas conductas relacionadas con la introducción, producción,

transporte, enajenación de precursores químicos, fentanilo entre otras, descansaron en temas de seguridad pública y combate a la delincuencia.

En lo relativo a la extorsión, se dijo que los delincuentes habían sofisticado sus mecanismos delictivos, ya que ahora las extorsiones se podían ejecutar por medios digitales y electrónicos, lo que implicaba que este tipo de delitos se llevaran a cabo sin la necesidad de que los agresores estuvieran presentes.

Hecho que ha permitido que los delincuentes expandan significativamente su campo de acción. Incluso, lo anterior ha generado un aumento significativo en el número de carpetas de investigación iniciadas por este delito, de acuerdo a las estadísticas oficiales del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.²⁰¹

En tanto que, en lo referente al narcotráfico, se mencionó que las autoridades mexicanas habían detectado un incremento sustancial en la producción y distribución de fentanilo y otras drogas sintéticas en los últimos años en el Estado mexicano. Datos que evidenciaban la urgencia de implementar medidas más estrictas para combatir tal fenómeno.²⁰²

Finalmente, en lo relacionado al delito de emisión de comprobantes fiscales falsos, el legislador mencionó que su inclusión en el catálogo de delitos que ameritan la imposición de la prisión preventiva oficiosa obedece a la necesidad de combatir y erradicar la corrupción.

Según los datos del Servicio de Administración Tributaria (S.A.T), en el 2024 se identificó a 10,798 sujetos que realizaron facturas falsas, lo que representa un incremento significativo en la comisión de este ilícito en comparación con años anteriores.

²⁰¹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, de fecha 26 de noviembre del 2024, 26 y 27 pp.

²⁰² Op. Cit., p. 28

Por ello, con la implementación de la prisión preventiva oficiosa se busca proteger los recursos públicos y asegurar que quienes incurran en estas prácticas no evadan la acción de la justicia ni continúen afectando la recaudación pública.²⁰³

Conforme a estos argumentos, se entiende que la finalidad que busca el legislador al ampliar el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, es disminuir la incidencia delictiva en este tipo de conductas. Bajo esta lógica, se entendería que aumentar los supuestos en los que se puede imponer esta medida, ayudaría a generar una disminución considerable en la tasa de delitos.

Sin embargo, esta finalidad no se encuentra racionalmente justificada, ya que en su construcción no se plantea la respuesta a preguntas tan básicas como las siguientes: ¿cómo la imposición de una medida cautelar puede generar la disminución de la incidencia delictiva?, ¿cómo es que la imposición de una medida cautelar podría disuadir a las personas para no cometer este tipo de actos nocivos para la sociedad?, ¿aumentar la imposición de esta medida cautelar vendría a sustituir las labores de seguridad pública para la disuasión y prevención del delito?

La falta de respuesta a estas interrogantes genera que se vea a la prisión preventiva oficiosa, no como lo que es, una medida cautelar dictada dentro de un proceso penal, sino como un instrumento de combate a la delincuencia, que vendría entonces a erradicar los altos índices delictivos que hay en el país, olvidando entonces que, esto último corresponde al Estado por medio de la instrumentación de otros mecanismos de seguridad y políticas públicas.

Además, en torno a la necesidad de su existencia, el legislador tuvo que haber descartado la existencia de otros mecanismos, distintos a la prisión preventiva oficiosa, por medio de los cuales se hubiese hecho frente a este fenómeno delictivo, cuyos costos serían menos lesivos para los derechos humanos de las personas.

²⁰³ Ibidem, 29 y 30 pp.

Es decir, haber justificado porque la instrumentalización de políticas públicas para la prevención e investigación del delito, el reforzamiento a las instituciones de seguridad pública y de procuración de justicia del país, resultaba insuficiente para lograr un combate frontal y efectivo al crimen organizado, y entonces había que recurrir a la prisión preventiva oficiosa como la única solución que existía para erradicar este problema.

Pues no hay que olvidar que finalmente la imposición de la prisión preventiva oficiosa, no es una sanción para el crimen organizado, como quizá lo quiso hacer ver el legislador, sino que es la privación de la libertad de una persona que aún es considerada inocente y que potencialmente después de varios años recuperará su libertad.

En tanto que, esta ausencia de fundamentación en torno a su finalidad y necesidad de su existencia, como se ha expuesto en apartados anteriores de esta investigación, tampoco se ha desarrollado en las resoluciones judiciales, en donde ven a esta medida únicamente como una restricción constitucional, sin antes reflexionar si acaso dicha restricción posee una finalidad y necesidad racionalmente justificada.

b) Arraigo

La SCJN al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2003, determinó que la figura del arraigo prevista en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, era inconstitucional, debido a que dicha figura constituía una limitación al derecho humano a la libertad que no estaba autorizada por la Constitución.²⁰⁴

Ante tal escenario, para lograr la validez constitucional del arraigo, el legislador decidió incluirla en el texto constitucional. Así no se podía declarar inconstitucional algo que está en la propia Constitución. De esta manera, a través

²⁰⁴ Acción de Inconstitucionalidad 20/2003, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 111

de la reforma constitucional de junio del año 2008, se insertó en el artículo 16 de la Constitución la figura del arraigo.

Entre los motivos que se dieron para justificar su incorporación a la Constitución, se mencionaba por el legislador que con la aplicación de esta medida se buscaba evitar la obstaculización de las investigaciones, ya que en delitos de delincuencia organizada, debido a las complejas estructuras delictivas a las que pertenecen los delincuentes, les resultaba sencillo burlar controles preventivos y entorpecer el curso de una investigación.²⁰⁵

En otras palabras, el legislador consideró al arraigo como una medida cuya implementación era necesaria para lograr la integración de investigaciones sólidas en delitos de delincuencia organizada. Pues el legislador pensó que, dada la complejidad que representa para el Ministerio Público integrar una investigación por esta clase de delitos, era fácil para los agresores evadir la acción de la justicia.

Sin embargo, tal como ocurre con la prisión preventiva oficiosa, si bien existe un objetivo delimitado, que en apariencia es legítimo, lo cierto es que éste no se encuentra racionalmente justificado.

El legislador no fundamentó por qué dentro del marco constitucional de respeto por los derechos humanos, en el que se encuentra nuestro sistema jurídico, era más importante asegurar el éxito de una investigación, aun y cuando para ello se tuviera que dinamitar el ejercicio de un derecho tan primordial como es el derecho a la libertad.

Sumado a que tampoco se justificó, porque si el beneficio que se pretendía era de interés público, pues es un hecho notorio que la sociedad tenemos interés en que se integren investigaciones sólidas que sirvan al combate a la delincuencia, porque el derecho de a la libertad de la persona considerada inocente debía de ceder ante este interés social. Cuáles eran las razones puntuales que justificaban este sacrificio. Si acaso estas razones eran suficientes. O si una vez hecha esta

²⁰⁵ Cuaderno de Apoyo de la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, de fecha 18 de junio del 2008, 21 y 22 pp.

operación, se determinaba que, por el contrario, el interés social debía de ceder frente al derecho a la libertad de una persona.

Además, de que no se reflexionó que, si lo que se buscaba era justamente tener esta eficacia al momento de integrar las indagatorias, el arraigo no podía ser un instrumento idóneo para tal fin, ya que de pensarlo así, se perdería de vista que el arraigo es materialmente una sanción anticipada para una persona cuya responsabilidad penal no ha sido comprobada.

De tal manera que, el mantener a esta persona privada de su libertad, en modo alguno se justificaría con la intención de contar con una investigación sólida, si finalmente no se logra demostrar su culpabilidad debido a circunstancias periféricas al arraigo que subyacen dentro de la propia investigación. Pues en tales escenarios, además de que el sacrificio sería en vano, se generarían estragos irreparables en la persona que estuvo bajo cautiverio.

Por ende, lo anterior, tendría que haber llevado como paso siguiente al legislador a evaluar la necesidad de la existencia del arraigo. Así, tendría que haber planteado que, si lo que se quería era contar con investigaciones bien integradas, había la posibilidad que existieran otras soluciones, distintas al arraigo, que pudiera alcanzar ese mismo fin, pero con un sacrificio menor.

Por ejemplo, pensar en reforzar el sistema de procuración de justicia, dotando a las instituciones que lo conforman de mayor capital humano, dotando a sus funcionarios de una mejor preparación técnica y jurídica en el campo de la investigación, y también dotándolos de mayores y mejores instrumentos tecnológicos que sirvan de apoyo en la investigación de este tipo de actividades ilícitas.

O bien, haber fundamentado porque lo anterior resultaba insuficiente para la mejoría en la integración de investigaciones relacionadas con delitos de delincuencia organizada, y entonces había que recurrir al arraigo como la única opción disponible para remediar esta situación.

Incluso, se tuvo que haber propuesto el legislador analizar si el arraigo no generaba nuevos peligros distintos a aquellos que buscaba eliminar. Por ejemplo, que con la aplicación del arraigo se generarán actos de tortura, intimidación, agresión, obtención de declaraciones bajo estos supuestos. Y, en caso de que considerará que ello no podría ocurrir, haber explicado el por qué lo consideraba así.

Lo anterior, hubiese resultado importante, pues el no haber analizado en su momento cada uno de estos puntos, trajo como consecuencia que en la actualidad se nulifiquen procesos penales en donde de por medio estuvo presente la aplicación del arraigo. Tal es el caso del amparo directo 26/2022, en donde la Corte ordenó la inmediata libertad de una persona que había sido sentenciada por el delito de secuestro.

Las consideraciones que tomó en cuenta la Corte para absolver a esta persona fue que las pruebas sobre las que se edificó la sentencia condenatoria, particularmente las declaraciones rendidas por la sentenciada en sede ministerial, donde aceptaba su participación en el delito de secuestro, habían sido tomadas bajo tortura e intimidación mientras se le mantuvo bajo arraigo.

Por lo tanto, la Corte concluyó que, estas declaraciones, así como todas las pruebas obtenidas de manera directa durante el arraigo, o aquellas que tuvieron vinculación con éste, se declararían nulas, lo que implicaba que, al haberse nulificado la mayoría de las probanzas ofertadas por la Fiscalía para acusar a la investigada, existía insuficiencia probatoria para acreditar su culpabilidad en el delito de secuestro que se le atribuía.

De esta manera, el arraigo es otro ejemplo de una restricción constitucional que no cuenta con razones suficientes que validen su finalidad y existencia. Esta medida es el fiel reflejo del fracaso de las instituciones de seguridad pública y procuración de justicia del país, en donde la falta de competencia, capacitación y eficiencia en su labor, la disfrazan bajo el velo de figuras jurídicas que lejos de

abonar al fin para el que fueron creadas, propician “justificadamente” violaciones irreparables a los derechos humanos de las personas.

c) Traslado de reos

En el amparo en revisión 140/2020, la SCJN se planteó el siguiente problema, ¿fue correcto que el Quinto Tribunal Unitario del Tercer Circuito declarara la constitucionalidad del artículo 50, párrafo primero de la Ley Nacional de Ejecución Penal, en el que supedita la procedencia del traslado voluntario a la existencia de un convenio entre los centros penitenciarios de la entidad de origen y la entidad de destino o, en su caso, entre la entidad correspondiente y la Federación?²⁰⁶

Al responder esta interrogante, la Corte estableció que el artículo 18 constitucional confería al legislador secundario la facultad para legislar en materia de beneficios y derechos en materia de ejecución penal. Dentro los cuales se encuentra el traslado de una persona privada de su libertad de un centro de reinserción social a otro.

Por tanto, la restricción contenida en el artículo 50 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, que supedita este traslado a la existencia de un convenio entre dos centros penitenciarios, era una restricción constitucional derivada de la libre configuración legislativa que el propio artículo 18 de la Constitución reservó al legislador federal.²⁰⁷

Bajo estos argumentos, sustancialmente se construyó la validez de una restricción constitucional que obstaculiza el derecho que tiene una persona para compurgar una pena en un centro de reinserción social cercano a su hogar y a su núcleo familiar. Argumentos que igualmente carecen de fundamentación.

Esto es así, ya que la Corte no explica cómo es que una restricción que no está en la Constitución, es una restricción constitucional. Si bien, dice que ello es

²⁰⁶ Amparo en Revisión 140/2020, del índice la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1 y 2 pp.

²⁰⁷ Op. Cit., p. 20

así, porque esta restricción es acorde con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Fundamental, lo cierto es que el hecho de que sea acorde, sea afín, se vincule con lo dicho ahí, no implica que esté en la Constitución. Es un contrasentido semántico afirmar que algo está en un sitio, y después reconocer que no lo está.

Por otro lado, no queda claro cuál es la finalidad que se persigue con esta restricción. No se menciona porque se debe supeditar el traslado de una persona de un centro de reinserción social a otro, a la existencia de un convenio. Si ello atiende a un tema de reinserción social, de política criminal, incluso presupuestario, y cómo es que la existencia de ese convenio incide en alguno de los anteriores supuestos.

De hecho, no se establece como es que la existencia de este convenio, que finalmente es un acto materialmente administrativo de colaboración entre dos autoridades administrativas, como lo son los centros de readaptación social, es más importante que el derecho mismo que tienen los presos de ser trasladados a un lugar cercano a su domicilio.

De tener este convenio esa especial importancia, se tendría que haber explicado está cuál es, qué posibles peligros busca prever, cómo es que está importancia es tan vital y tan necesaria que justifica la prohibición al ejercicio de un derecho humano.

Por lo que una vez delimitada la finalidad, y analizada la especial importancia de la misma, se tendría que haber evaluado su necesidad. Es decir, haber descartado otras posibles alternativas con las cuales se pudiera alcanzar esa misma finalidad, pero evitando una mayor transgresión a los derechos de las personas privadas de su libertad.

Sin embargo, al no conocer la finalidad que se persigue con esta restricción, la consecuencia lógica es que no se pueda evaluar su necesidad, es decir, la existencia de otras medidas similares con las que se logró el mismo objetivo, ya que se partiría de meras especulaciones.

Los ejemplos antes citados, prisión preventiva, arraigo y traslado de reos, ponen en evidencia uno de los problemas que posee la teoría de las restricciones constitucionales en nuestro país, que es que la mayoría de las razones que se dan para fundamentar la imposición de una restricción carecen de razones suficientes que justifiquen racionalmente la existencia de estas restricciones.

5.2 Determinación de las restricciones constitucionales. ¿Determinación de la seguridad jurídica?

La seguridad jurídica juega un papel importante dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Ella garantiza el equilibrio de las relaciones entre el gobernado y el Estado. Estableciendo los derechos y fijando las obligaciones inherentes al primero, al tiempo que establece los límites sobre los que se desenvuelve la actuación del segundo, para evitar actos que se funden en el arbitrio en perjuicio de los ciudadanos.

Contar con estos elementos dentro de esta intrincada relación entre gobernado y Estado, menciona Gregorio Peces-Barba: genera que exista cohesión social, adherencia, y acuerdo de la ciudadanía con su sistema jurídico y político.²⁰⁸ Es decir, se genera armonía en la relación que ostentan ambas partes.

No obstante, el derecho a la seguridad jurídica va más allá de entender que este principio se agota simplemente en contar con normas claras y perfectamente determinadas. La seguridad jurídica se integra por una serie de principios que deben de funcionar de manera interrelacionada para provocar que ella sea una realidad y no un anhelo constitucional.

Algunos de estos principios son los siguientes: *lege promulgata*, conforme al cual para que una norma sea obligatoria tuvo que haber sido adecuadamente promulgada; *lege manifesta*, principio según el cual las normas deben de ser claras, comprensibles, alejadas de formulismos oscuros y complicados; *lege*

²⁰⁸ PECES-BARBA, Gregorio, *La Constitución y la seguridad jurídica*, [en línea], España: Claves de la Razón Práctica, [consulta 25 de junio del 2025], ISSN: 1130-3689, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758450>

plena, establece que las consecuencias jurídicas de alguna conducta deben de estar tipificadas en la norma.

También, existen otros principios como: *lege stricta*, que ordena que algunas áreas de la conducta puedan ser reguladas por cierto tipo de normas, es decir, que se autoriza la creación de normas específicas, tales como normas penales o tributarias, para que regulen actos vinculados con estas materias; *lege previa*, que indica que las normas solo pueden regir hacía el futuro, haciendo con ello posible que las consecuencias de la conducta del gobernado le sean previsibles.²⁰⁹

Todos estos principios, como ya se dijo, deben de funcionar de manera interrelacionada para lograr la materialización del principio de seguridad jurídica. Cualquier norma indeterminada, inusitada, ambigua, vacía, que no sea claro su contenido y las consecuencias de su aplicación, o que su creación se haya originado con violación a los procesos legislativos determinados para tal fin, sería una norma que atente en contra del principio de seguridad jurídica.

Parecería entonces que el fin último que persigue este principio es generar un puente de comunicación entre la ley y el ciudadano, para que este último entienda claramente cuáles son sus derechos, pero también entienda el comportamiento que el Estado espera por parte de él; sumado a ello, también es útil para que ese mismo ciudadano conozca cuales son los límites que tiene el Estado, e identifique cuando el Estado los ha propasado y ha generado la violación a un derecho humano.

Es en este enramado de principios que integran la seguridad jurídica que las restricciones constitucionales vienen a ocupar un papel muy cuestionado. Estas, como se ha visto, son normas cuya determinación es poco previsible e inusitada para los gobernados.

²⁰⁹ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª Ed., México, Porrúa, 2016, 587 y 588 pp.

No existen criterios unívocos que sugieran cómo se debe de identificar a esta clase de normas, y que además indiquen cuáles son los efectos que se tendrían que esperar en caso de que ellas se materialicen en la esfera jurídica de los gobernados.

Todo esto ocurre en tanto no se conoce con certeza donde se pueden encontrar estas restricciones, si están únicamente en la Constitución o también en cualquier otra ley secundaria; no se conoce cuáles son las características que las diferencian de otro tipo de limitaciones y prohibiciones a derechos, con la finalidad de no confundirlas; no hay un criterio unívoco en torno a su justiciabilidad; y, lo que es más importante, no se conocen los fundamentos que justifican su existencia.

Lo anterior, produce incertidumbre jurídica en el gobernado, pues es poco previsible anticipar cuándo, cómo y por qué se está en presencia de una restricción constitucional. Pues existe una libre configuración de restricciones, de tal manera que en cualquier momento se podría designar a un precepto de la Constitución o de una ley secundaria como restricción, cuando antes no lo era.

Es por tal motivo, que es necesario contar con una metodología que obligue al legislador o al intérprete de la norma a justificar por qué en determinado precepto subyace una restricción constitucional. Con ello, se conocerían las razones que justifican su existencia y, por otro lado, se podrían cuestionar la validez de esas mismas razones si se considerase que estas son erróneas.

Con ello no solo se generaría una metodología que permita identificar y justificar la existencia de una restricción constitucional, sino que a su vez se produciría una norma de autocontención al poder del Estado, que actualmente posee la libertad de decidir en qué momento restringir los derechos humanos de los gobernados, dejando a estos último en completo estado de indefensión.

Finalmente, esta metodología tendría un doble impacto en la esfera constitucional, pues se crearía una metodología para determinar a las restricciones, y con ello se lograría además la determinación de la seguridad jurídica de los gobernados frente al ejercicio arbitrario del Estado, pasando de

soportar los costos de su arbitrio, para ahora cuestionar sus acciones y determinaciones.

5.3 Constructivismo jurídico. Solución al problema de la determinación de las restricciones constitucionales

Para la creación de esta metodología no se necesita de reformas o adiciones al texto constitucional. Tampoco sería necesario crear una especie de criterio que enliste cuáles son las restricciones constitucionales que existen en la norma fundamental, pues ello sería perpetuar el problema que persiste en la actualidad, que es no saber por qué ciertos preceptos de la Constitución y alguna norma secundaria fueron elegidos como restricciones constitucionales.

Esta metodología tiene que nacer, al igual que lo han hecho otras de su naturaleza, tales como: el test de ponderación, el test de igualdad y no discriminación, el test de progresividad, el test para identificar el núcleo duro de un derecho y el test de prohibición de regresión, de la interpretación de los principios constitucionales y de la argumentación jurídica racional.

Esto es, siguiendo los postulados de la teoría del constructivismo jurídico, tema desarrollado en el apartado 1.7 de esta investigación, no sería necesaria la positivación de esta metodología, la cual tendría que pasar necesariamente por un proceso legislativo para convertirse en una norma inserta en el texto fundamental.

Por el contrario, tomando en cuenta los postulados de esta teoría, que ve al derecho como una construcción social cognoscitiva, que va resancionando las normas y principios preexistentes y va adecuando las interpretaciones a las necesidades sociales actuales, esta metodología nacería de la interpretación del principio de seguridad jurídica a partir del cual, es necesario determinar qué son las restricciones constitucionales.

Dicha metodología plantearía dar solución a un problema que comienza con un vacío jurídico, que permite a su vez una acción estatal ilimitada, como es la libre configuración de las restricciones constitucionales, que como consecuencia

produce una violación al principio de seguridad jurídica; principio que es uno de los pilares sobre los cuales se erige el sistema constitucional mexicano.

Es así que, para plantear una solución a este problema, a continuación se presentan y desarrollan los criterios de análisis que integrarían este test o metodología que serviría para identificar a una restricción constitucional; criterios que son enunciativos más no limitativos, pues está abierta la discusión para alguna propuesta de mejora o perfeccionamiento de los mismos.

a) Identificación del derecho

Cuando se habla de una restricción a un derecho, se sigue que aquella fue impuesta a un derecho cuyo reconocimiento no es discutible. Esto quiere decir que, para hablar de restricciones a derechos, primero debe de existir el derecho como tal, para después hablar de una restricción al mismo.

No debe de confundirse restricciones con prohibiciones a derechos. Estas últimas pueden ser el negar el otorgamiento a un derecho, lo cual conlleva a que en contra de esta negación no podría haber restricción, pues el derecho nunca existió.

Así, tratándose de la prohibición que establece la Constitución mexicana para que personas de nacionalidad extranjera no puedan participar en elecciones democrática en el país, no constituye por sí misma una restricción, pues el derecho a votar y ser votado a favor de aquellos nunca existió.

Por ende, en este primer rubro de análisis se tendrá que observar que aquello que llamamos restricción tenga como finalidad provocar la disminución a un derecho humano reconocido a favor de una o varias personas; caso contrario, si lo que se pretende “restringir” es un derecho que nunca ha sido reconocido, entonces no estamos frente a una restricción.

b) Legalidad de la restricción

El siguiente criterio de análisis consiste en observar que aquello que se denomina restricción constitucional esté en la Constitución. Sería un sinsentido,

afirmar, como lo ha hecho la Corte, que pueden existir restricciones constitucionales aun y cuando éstas no se encuentren en la Constitución.

Caer en contradicciones semánticas, y ubicar restricciones constitucionales fuera del texto fundamental, es contrario a la seguridad jurídica. Pues ello abre la posibilidad de categorizar a preceptos de normas secundarias como restricciones constitucionales, hecho que genera indeterminación. No se sabría con exactitud como es que algún precepto de una ley secundaria, de los cientos que existen, puede ser identificado como restricción constitucional.

Otro punto que habría que observar es que la restricción se encuentre redactada en términos claros y sencillos. Es decir, que cualquier persona que lea esa porción normativa, entienda qué es lo que literalmente quiso decir el legislador, y cuáles son las consecuencias de ello.

En caso contrario, contar con restricciones ambiguas, confusas u oscuras provocaría que se tuviera que interpretar lo que quiso decir el legislador, y como consecuencia de ello se podría dar lugar a una restricción inusitada, lo cual es incorrecto.

Como también sería incorrecto, por ir en contra de este mismo criterio de legalidad, entender que existen restricciones implícitas. Ello con mayoría de razón generaría que la imposición de una restricción sea imprevisible para el gobernado, cuya existencia desconocería, hasta en tanto el intérprete de la norma la ubique dentro del texto fundamental.

c) Efectos de la restricción

Una vez que se haya identificado que lo se pretende restringir es un derecho ya reconocido y que la restricción está consignada en la Constitución en términos claros y sencillos, es momento de analizar cuáles son sus efectos.

Para analizar este rubro se tiene que tener presente que la imposición de una restricción no genera la suspensión o anulación de un derecho, además de que su materialización debe de ser temporal.

Bajo esta lógica, primero se debería de analizar que la restricción en efecto cause la alteración al ejercicio normal de un derecho, sin que ello conlleve a su suspensión, o peor aún, a su supresión. Bajo esta noción, algunas figuras como la prisión preventiva oficiosa, la imposibilidad que tienen los trabajadores de confianza para ser reinstalados en sus fuentes laborales, o la expropiación con fines de utilidad pública, quedarían en entredicho para seguir las considerando como restricciones constitucionales.

Sumado a ello, la restricción tendría que ser temporal. Esto es, la alteración al derecho debe de estar sujeta a un tiempo determinado, y este tiempo determinado a su vez debe de estar justificado. Se debe justificar cuáles son las razones por las que se estima necesario que la alteración al derecho se mantenga vigente durante cierto lapso de tiempo.

Finalmente, siguiendo la propia redacción de la contradicción de tesis 293/2011, en donde se encumbra la facultad que tiene el Estado para imponer restricciones a derechos humanos; esta porción, al ser un criterio que tiende a dinamitar el ejercicio de un derecho, tendrá que interpretarse de manera restrictiva, es decir, conforme a su literalidad.

De tal manera que, las restricciones serán válidas si, aparte de haber superado esta metodología de identificación, tiene como finalidad la disminución de un derecho humano. Si estas implican la disminución de un derecho fundamental que no es humano, o de algo que propiamente no es entendido como un derecho, tal como la forma de organización del Estado, su forma de gobierno, o los principios o normas pétreas constitucionales, tal criterio sería inaplicable.

d) Objetivo legítimo

Otro punto importante por analizar es el objetivo legítimo de la restricción. Por lógica para analizar este rubro, primero debe de existir el objetivo que se pretende con la imposición de la restricción. Dicho objetivo debe de ser claro, y debe de estar alejado de afirmaciones dogmáticas, como suponer que, el objetivo

de la restricción es restringir un derecho y que ello es así porque está en la Constitución.

Se debe de exponer con claridad cuáles son los objetivos que persigue el legislador con la creación de la restricción, o cuales son los objetivos que encuentra el intérprete de la norma en el precepto que enmarca la restricción.

Se debe de justificar cuáles son los peligros que se buscan evitar, la necesidad que se buscan atender o el equilibrio que con la imposición se pretende generar, para así comenzar a comprender por qué es necesaria la existencia de esta restricción, aunque ello implique un menoscabo para los derechos humanos.

En suma, se tendrá que hacer una interpretación armónica de los artículos 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de observar que la disminución no se causa a algunos de los derechos sobre los cuales está prohibido imponer cualquier tipo de restricción.

e) Idoneidad y necesidad

Superado el criterio del objetivo legítimo de la restricción, se tendrá que evaluar que ella sea idónea y necesaria para el objetivo que se pretende cumplir. Es decir, por cuanto ve a la idoneidad, se justificará que con su aplicación efectivamente se alcanza el objetivo que se pretende. Esto es, la restricción es el medio adecuado para lograr la consecución de este fin.

Mientras que, en relación a su necesidad, se tendrá que justificar que no existen otras alternativas posibles para alcanzar ese objetivo que no sea la restricción misma, o que habiendo analizado esas posibles variables, estas se han descartado por que con ellas no se consigue el objetivo deseado, o bien, aún cuando sea posible conseguirlo, dichas variables generan un mayor impacto para los derechos humanos que el que se generaría con la restricción misma.

De tal suerte que, no serán válidos aquellos argumentos que pretendan justificar la idoneidad y la necesidad de la restricción, pero que finalmente evadan dar justificaciones racionales para fundamentar tales rubros.

Por ejemplo, como ocurre con la prisión preventiva oficiosa, en donde se pretende justificar la necesidad de su imposición con argumentos que apelan a temas de seguridad pública y política criminal, haciendo ver a esta medida cautelar como una sanción anticipada para el crimen organizado, cuando en realidad lo que se genera es una sanción anticipada a una persona inocente.

Por ende, se tendrá que generar una argumentación racional construida sobre argumentos lógicos y no tangenciales que tiendan a poner en evidencia porque, pese a que la restricción implica por sí misma la disminución a un derecho, la misma es idónea para la consecución un fin legítimo que interesa a la sociedad, y que además ella es la única vía que existe para lograrlo.

f) Objetivo legítimo para una sociedad democrática

En esta parte tendrá que exponerse como es que la restricción genera un beneficio social. Tendrá que justificarse como es que la imposición de la restricción persigue un interés social y de orden público que es de sumo interés para el grueso de la ciudadanía.

Sin embargo, ello no debe de tomarse como justificación para restringir el derecho de unos cuantos en beneficio de los derechos de la mayoría de personas de forma arbitraria. Tendrá que analizarse caso por caso si ello es posible, y explicar por qué la necesidad de establecer esa restricción genera un beneficio social, sin que ello conlleve a que los costos de su imposición sean tales que impliquen la anulación o supresión del derecho.

Un ejemplo de ello es el caso del arraigo, como se dijo en un apartado anterior, si bien la mayoría de las personas tenemos interés en que las autoridades encargadas de la procuración de justicia integren investigaciones sólidas en delitos de delincuencia organizada, este interés no justifica que a una persona se le prive

de su libertad aun siendo inocente por la simple sospecha de que aquella pertenece a alguna cédula delictiva.

Toda vez que, esta detención genera una multiplicidad de violaciones a derechos humanos de la persona arraigada, además de que genera nuevos peligros adicionales a aquellos que busca combatir, aunado a que su imposición no asegura con alto grado de probabilidad que se integre una investigación sólida en delitos de delincuencia organizada.

De hecho, el arraigo puede ocasionar justamente lo contrario, que es que con motivo de su aplicación se obtengan pruebas mediante la intimidación, la tortura física y psicológica, lo que conlleva a que estas investigaciones sean nulificadas y los indiciados sean absueltos de cualquier responsabilidad penal.

Por tal razón, se vuelve necesario analizar, caso por caso, si la disminución de un derecho se encuentra plenamente justificada, y por tanto este derecho puede ceder ante el interés público u orden social. De otro modo, se entenderá que no es posible restringir el derecho, al menos no bajo las justificaciones inicialmente dadas por el Estado para proceder de tal forma.

Todos estos criterios forman parte de una metodología que, como se dijo al inicio puede ser sofisticada en aras integrar un mejor análisis de las restricciones constitucionales. Ella constituye tan solo un primer acercamiento para concientizar principalmente a los académicos y a los operadores jurídicos sobre una situación que actualmente aqueja al orden jurídico y a ciudadanía, y que poco se ha escrito sobre ella.

5.4 Autocontención de la libertad configurativa de las restricciones constitucionales

Contar con una metodología como la aquí propuesta generaría múltiples beneficios que es importante destacar. Por un lado, se podrían determinar las características esenciales que definen qué es una restricción constitucional, lo que ayudaría a llenar un vacío conceptual que existe en la actualidad.

Lo anterior, abonaría a que se pueda entonces pasar a determinar qué figuras o preceptos de la Constitución pueden ser calificados como una restricción constitucional por reunir esas características. Lo que obligaría al legislador y al propio intérprete de la norma a fundamentar porque una determinada figura jurídica debe de ser considerada como una restricción de índole constitucional.

Conocer estas razones, como se ha mencionado, tendría una doble finalidad. Primero, efectivamente se conocerían las causas por las cuales se estima que aquello que se dice es una restricción constitucional en verdad lo es. Y, como consecuencia inmediata de lo anterior, se podría cuestionar la validez de estos fundamentos.

De tal suerte que, si estos son desacertados, carentes de razonamientos o se basan en suposiciones tangenciales, se podría concluir que tal vez que aquello que se pretende denominar o que se ha denominado como restricción constitucional no es tal cosa.

Es decir, esta metodología no solo sirve para cuestionar aquellas figuras jurídicas o preceptos constitucionales que se pretenden catalogar como restricciones constitucionales, sino que también se podría cuestionar aquellas que han sido catalogadas como tales en el pasado. Esto último evidenciaría que, en el pasado, se han determinado como restricciones constitucionales a alguna figura jurídica, limitación o prohibición a un derecho previsto en la Constitución de manera errónea.

El fin último de esta metodología es servir como un instrumento que limite la libertad configurativa que al día de hoy posee la SCJN para decidir que debe de ser catalogado como una restricción constitucional.

Ahora no todo aquello que se crea o que se necesita sea una restricción constitucional podrá ser tal cosa. Ahora habría que fundamentar a través de argumentos racionales porque se debe de soportar la disminución a un derecho humano por estar en presencia de una restricción de índole constitucional.

Es cierto que, aún queda pendiente un tema pendiente en el tintero sobre la justiciabilidad de las restricciones. Pues la metodología por si sola, posiblemente, sea insuficiente si aquello que se ha denominado restricción constitucional es incuestionable en sede jurisdiccional.

Tendrían que existir criterios jurisprudenciales que permitan aperturar el análisis de las restricciones en sede judicial, para que de la mano de estos criterios esta metodología pueda cumplir su fin último que es ser un medio de autocontención del poder estatal.

No obstante a ello, esta metodología es un primer acercamiento para concientizar sobre la necesidad que existe de poner límites a la libre configuración de las restricciones que posee hoy día el Estado mexicano.

CONCLUSIONES

En este apartado se exponen de manera general las conclusiones que se pueden generar con motivo de la realización del presente trabajo de investigación.

1. Las restricciones constitucionales son una expresión legítima del Constituyente, a través de la cual éste ha establecido ciertas limitaciones al ejercicio de determinados derechos.
2. La restricción y la suspensión de derechos son dos figuras jurídicas distintas. La primera se refiere a la limitación temporal que se impone al ejercicio de un determinado derecho. La segunda se refiere a la pérdida de la vigencia de ese mismo determinado derecho por un tiempo limitado.
3. En las restricciones constitucionales no es posible aplicar la figura de la ponderación, pues en el caso de una restricción se parte de la idea de que el derecho humano *prima facie* ya ha sido restringido por voluntad del Constituyente, por lo que no es posible ponderar a efecto de evadir o aminorar los efectos de la restricción.
4. Las reformas que se han dado a los artículos 1º y 29º de la Constitución poco han contribuido para solucionar el problema de cómo se debe de interpretar el término restricción, para así generar certeza sobre cuáles son entonces las restricciones constitucionales que expresamente reconoce la Constitución.
5. La doctrina que se ha generado en la Corte, en torno a las restricciones poco ha contribuido para solucionar este mismo problema, pues contrario a ello, en esta doctrina se han identificado a otras figuras jurídicas como restricciones sin que previo a ello la Corte haya mencionado cómo es que les asignó tal cualidad; es decir, la Corte ha propiciado un fenómeno de diseminación de restricciones en la Constitución.

6. La doctrina y la jurisprudencia han denominado como restricciones constitucionales a figuras jurídicas que no poseen las características para ser consideradas como tal.
7. La metodología desarrollada por la doctrina de la Corte IDH para evaluar la legitimidad de las restricciones, es inaplicable tratándose de restricciones constitucionales. Esto es así, ya que el objeto de examen de esta teoría son las restricciones de índole infra-constitucional.
8. La creación de una metodología que permita identificar a las restricciones constitucionales, a partir de un análisis sobre sus características, efectos y justificación, ayudaría a su determinación en el sistema constitucional mexicano.

PROPUESTA

Para solucionar el problema de la indeterminación de las restricciones constitucionales, se propone la creación de una metodología desde la óptica del constructivismo jurídico. Esto significa que para su creación no se necesita reformar o crear una norma positiva en específico, sino que esta puede ser desarrollada a través de los principios constitucionales, como el principio de seguridad jurídica, la interpretación y la argumentación racional.

Esta metodología se integraría por varios criterios de análisis que permitirán analizar las características, efectos y fundamentación de aquello que pretender ser denominado o que ya ha sido denominado como restricción constitucional, para determinar si fue correcta dicha categorización.

Así, por un lado, se podrá contar con una metodología que ayude a identificar que sí y que no puede ser denominado como restricción constitucional y, por otro lado, obligaría al Estado a justificar este tipo de decisiones. La conjunción de lo anterior generaría la construcción de criterios unívocos sobre la determinación de las restricciones constitucionales, lo cual abonaría a la determinación de la propia seguridad jurídica de los gobernados frente a este tipo de categorías jurídicas.

Esta metodología se integraría por los siguientes criterios de análisis:

- 1. Identificación del derecho.** Habría que identificar que el derecho objeto de la restricción es un derecho que haya sido reconocido con anterioridad.
- 2. Legalidad de la restricción.** Este principio se construiría por dos rubros de análisis; el primero sería identificar que lo que se denomina como restricción constitucional en verdad se encuentre en la Constitución; mientras que el segundo rubro, consistiría en determinar que esa restricción se encuentre redactada en términos claros y sencillos, de tal suerte que lo ahí normado sea perfectamente entendible para cualquier persona, cerrando así cualquier margen de interpretación que pretenda ampliar el efecto restrictivo.

3. **Efectos de la restricción.** El efecto de la restricción no debe de conllevar a la suspensión o anulación del ejercicio de este; también, esta debe de ser temporal; finalmente, el objeto de la restricción debe de ser exclusivamente un derecho humano.
4. **Objetivo legítimo de la restricción.** Este rubro de análisis se encuentra íntimamente relacionado con el principio de legalidad, pues una vez que se conozca cuál es el objetivo que se busca con la imposición de la restricción, se deberá de analizar que dicho objetivo persiga un fin legítimo; es decir, que su imposición no busque limitar el ejercicio de derechos que no pueden ser objeto de imposiciones, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad persona, a la identidad jurídica, por citar algunos.
5. **Idoneidad y necesidad de la restricción.** Aquí se tendría que identificar si la restricción es un medio idóneo para la consecución del fin propuesto; además de haber descartado que esta sea la única alternativa posible para lograrlo, o al menos, la que represente un menor costo, ente otras alternativas posibles, para el ejercicio del derecho humano que será objeto de la misma.
6. **Que este objetivo sea legítimo para una sociedad democrática.** Este principio parte de una visión utilitarista del derecho, pues deberá de justificarse porque con la aplicación de la restricción se consigue un beneficio mayoritario. De tal manera que, el sacrificio del derecho objeto de la restricción, es necesario para el bien común de la sociedad.

La enunciación de estos criterios de análisis no es limitativa, ya que esta metodología queda sujeta a una nueva reinterpretación y perfeccionamiento de la misma. No obstante, se pretende que la misma propicie el inicio de una nueva discusión en el foro académico, en la que se replantee la concepción que se tiene actualmente sobre la doctrina de las restricciones constitucionales en nuestro país.

FUENTES DE INFORMACIÓN

a) BIBLIOGRAFÍA

1. ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 10ª Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
2. ALÁEZ CORRAL, Benito, *El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales*, 1ª Ed., España, Tirant Lo Blanch, 2004.
3. ALCALÁ CADENA Jesús, *“La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el juicio de amparo en México”*, Primera Edición, México, Porrúa, 2023
4. ALEXY Robert, *“Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”*, Primera Edición, España, Trotta, 2003.
5. ALEXY Robert, *“Teoría de los derechos fundamentales”*, Tercera Edición, Perú, Palestra, 2018.
6. ALEXY Robert, *“Derechos Fundamentales ponderación y racionalidad”*, Primera Edición, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2017.
7. ALEXY, Robert, *Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, 1ª Ed., Perú, Palestra, 2019.
8. BOBBIO Norberto, *“Iusnaturalismo y positivismo jurídico”*, Primera Edición, España, Trotta, 2015.
9. BOBBIO Norberto, *“Presente y porvenir de los derechos humanos, en El tiempo de los derechos”*, Primera Edición, España, Sistema, 1991.
10. CABALLERO OCHOA, José Luis, *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1, segundo párrafo, de la Constitución)*, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*.
11. CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª Edición, México, Porrúa, 2016.
12. CARBONELL, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, 1ª Ed., México, Porrúa, 2013.
13. CASAL H. Jesús María, *“Los Derechos Fundamentales y sus restricciones”*, Primera Edición, Colombia, Temis, 2020.
14. CASTILLO CORDOVA, Luis, *¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción*, Perú, Jurista, 2005.

15. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *La suspensión de los derechos fundamentales*, 1ª Ed., España, Centro de Publicaciones, 1988.
16. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, 1ª Ed., México, Trotta, 2012.
17. CRUZ PARCERO Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, 1ª Ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
18. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales*, Revista de Derecho Político, número 11-19, 2010.
19. FERRAJOLI Luigi, *"Derechos y garantías. La ley del más débil"*, Séptima Edición, España, Trotta, 2018.
20. FERRATER MORA, José, *Diccionario de la Filosofía*, 5a Edición, Argentina, Sudamericana, 1964.
21. FINER, Herman, *"Teoría y práctica del gobierno moderno"*, Tecnos, 1964.
22. FIX ZAMUDIO Héctor, *"Constitución y proceso civil en Latinoamérica"*, Primera Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1974.
23. GUASTINI Ricardo, *"Estudios de teoría constitucional"*, Primera Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
24. HERVADA J., *"Los derechos inherentes a la dignidad de la persona"*, Segunda Edición, España, 2007, EUNSA.
25. HERMAN Heller, *"Teoría del Estado"*, Sexta Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1971
26. JELLINEK George, *"Teoría General del Estado"*, Quinta Edición, México, Porrúa, 2014.
27. KELSEN Hans, *"Teoría general del derecho y del Estado"*, Primera Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1988
28. LASALLE Ferdinand, *"¿Qué es una Constitución?"*, Cuarta Edición, España, Ariel, 1994.
29. MELO GUEVARA Gabriel, *"El Estado y la Constitución"*, Primera Edición, Colombia, Temis, 1967.
30. OVALLE FAVELA, José, *"Derechos humanos y garantías constitucionales"*, Primera Edición, México, Porrúa, 2021.

31. PECES-BARBA, Gregorio, *"Derecho positivo de los derechos humanos"*, Primera Edición, España, Debate, 1987.
32. PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, *"Los derechos fundamentales"*, Primera Edición, España, Tecnos, 1988.
33. SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, 1ª Ed., México, Flacso, 2013.
34. TORRES PÉREZ, Aida, *Protección Multinivel de los Derechos Humanos*, 1ª Ed., México, UNAM.
35. VÁZQUEZ, Daniel, *"Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles"*, Primera Edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.
36. VÁZQUEZ, Daniel. MEDINA MORA, Alejandra. UGARTE SALAZAR, Pedro, *"Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia"*, 1ª Ed., México, Porrúa, 2015
37. WORKIN, Ronald, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, 1ª Ed., Argentina, La Isla de la Luna, 2003.
38. ZAGREBELSKY, Gustavo, *"El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia"*, trad. Marina Gascón, Primera Edición, España, Trotta, 1995.

b) CIBERGRAFÍA

39. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, 2014. *Los derechos humanos como triunfos políticos en el estado constitucional: el dilema entre democracia comunista y liberal en Ronald Dworkin* [en línea], 1ª Ed., México: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, [consulta 5 de agosto de 2024] ISSN: 2448-7937, Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_serial&pid=20074387&lng=es&nrm=iso
40. ARTEAGA NAVA, Elisur. *Suspensión de garantías y las facultades extraordinarias*. Disponible en: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/20/22-04.pdf>
41. DE LA TORRE, Carlos, *La fundamentación de los derechos humanos*, [en línea], México: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, [consulta 24 de junio de 2025], Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/27/eju/eju1.pdf>

42. HUERTA OCHOA, Carla, *Artículos transitorios u derogación*, [en línea], México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, [consulta 17 de junio de 2025], ISSN: 0041 8633, Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/3693>
43. PECES-BARBA, Gregorio, *La Constitución y la seguridad jurídica*, [en línea], España: Claves de la Razón Práctica, [consulta 25 de junio del 2025], ISSN: 1130-3689, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758450>
44. SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo, *EL CATEO, EL PRINCIPIO DE PROPOCIONALIDAD Y LA 10ª EPÓCA DE LA JURISPRUDENCIA MEXICANA*, [en línea], 1ª Ed., México: Entre Libertad y Castigo: Dilemas del Estado Contemporáneo, [consulta 22 de junio de 2025], Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12010>
45. ORTEGA PEÑUELA, Edgar Iván, 2020. *Las restricciones constitucionales de los derechos humanos en México, a partir de la contradicción de tesis 293/2011. Análisis argumentativo y valoración ponderativa para la solución de principios normativos*. [en línea] 1ª Ed., México: Derecho Global [consulta 2 de enero del 2024] ISSN: 2448–5136. Disponible en Derecho Global: <http://www.derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/323>

c) LEGISGRAFÍA

46. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
47. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
48. Código Nacional de Procedimientos Penales.
49. Ley Nacional de Ejecución Penal.
50. Ley Federal de Telecomunicaciones.
51. Decreto de Reforma Constitucional del 11 de junio del 2013.
52. Cuaderno de Apoyo de la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, de fecha 18 de junio del 2008.
53. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, de fecha 26 de noviembre del 2024.
54. Contradicción de tesis 293/2011, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
55. Voto particular formulado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en la Contradicción de Tesis 293/2011, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- 56.** Voto concurrente formulado por el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en la Contradicción de Tesis 360/2013, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 57.** Voto particular formulado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en el Amparo Directo 27/2008, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 58.** Contradicción de tesis 21/2011, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 59.** Contradicción de tesis 20/2015, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 60.** Contradicción de tesis 299/2013, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 61.** Expediente Varios 1396/2011, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 62.** Acción de inconstitucionalidad 32/2012, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 63.** Amparo directo en revisión 140/2020, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 64.** Amparo directo en revisión 1584/2011, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 65.** Amparo Directo en Revisión, número 4315/2014, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 66.** Amparo Directo en Revisión, número 1250/2012 del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 67.** Amparo en Revisión número 105/2020, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 68.** Amparo Directo en Revisión 3506/2014, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 69.** Amparo en Revisión 15/2023, del índice del Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito.
- 70.** Amparo en Revisión 1174/2017, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 71.** Amparo en revisión 953/2018, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

72. Amparo Directo 26/2022, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
73. Acción de Inconstitucionalidad 20/2003, del índice del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
74. Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) **“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.”**
75. Jurisprudencia: 2ª./J. 119/2014 (10ª) **“AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE PRETENDEN LA DESAPLICACIÓN DE UNA RESTRICCIÓN, PROHIBICIÓN, LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL, CON APOYO EN UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER CONVENCIONAL.”**
76. Jurisprudencia: 2a./J. 163/2017 (10a.) **“RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES.”**
77. Jurisprudencia: P./J. 64/2014 (10a.) **“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.”**
78. Jurisprudencia: 1a./J. 2/2012 (9a.), **“RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.”**
79. Jurisprudencia 1a./J. 2/2012 (9a.), **“RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.”**
80. Jurisprudencia PR.P.CS. J/16P (11a.), **“SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN EL JUICIO DE AMPARO. CUANDO SE RECLAMA LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA, NO ES PROCEDENTE CONCEDERLA CON EFECTOS RESTITUTORIOS CON BASE EN LO DETERMINADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS CASOS**

TZOMPAXTLE TECPILE Y OTROS CONTRA MÉXICO Y GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO CONTRA MÉXICO.”

- 81. Jurisprudencia: 1a./J. 29/2023 (11a.) “PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL. SUS ALCANCES Y FUNDAMENTOS.”**
- 82. Jurisprudencia 1a./J. 38/2013 (10a.), “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA.”**
- 83. Jurisprudencia 1a. CL/2014 (10a.), “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. LOS FUNCIONARIOS UNIVERSITARIOS DEBEN TOLERAR UNA MAYOR INTROMISIÓN EN SU DERECHO AL HONOR, A LA VIDA PRIVADA Y A SU PROPIA IMAGEN, CUANDO RECIBAN CRÍTICAS SOBRE SU DESEMPEÑO EN EL CARGO.”**
- 84. Tesis aislada 1a. CXXXV/2013 (10a.), “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD EN EL TEST DE INTERÉS PÚBLICO SOBRE LA INFORMACIÓN PRIVADA DE LAS PERSONAS.”**
- 85. Jurisprudencia VIII.2o.C.T. J/2 K (10a.), “AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO TRANSGREDEN DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO.”**
- 86. Jurisprudencia 1a./J. 50/2017 (10a.), “SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA PENAL. PARA DECIDIR SOBRE LA SUSPENSIÓN DE ACTOS RECLAMADOS NO PREVISTOS EN LA PARTE ESPECIAL DE LA LEY DE AMPARO (“EN MATERIA PENAL”), DEBEN APLICARSE LAS NORMAS DE LA PARTE GENERAL, QUE PERMITEN PONDERAR LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO, EL PELIGRO EN LA DEMORA Y LA AFECTACIÓN AL INTERÉS SOCIAL.**
- 87. Jurisprudencia PR.P.CS. J/16 P (11a.), “SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN EL JUICIO DE AMPARO. CUANDO SE RECLAMA LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA, NO ES PROCEDENTE CONCEDERLA CON EFECTOS RESTITUTORIOS CON BASE EN LO DETERMINADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS CASOS TZOMPAXTLE TECPILE Y OTROS CONTRA MÉXICO Y GARCÍA RODRÍGUEZ Y OTRO CONTRA MÉXICO.**
- 88. Tesis XXIV.2o.6 P (11a.), “ARBITRARIEDAD EN LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN. MOMENTO PROCESAL PARA REALIZAR EL PLANTEAMIENTO RELATIVO.”**

- 89. Tesis 1a./J. 177/2023 (11a.), “ORDEN DE APREHENSIÓN. AL SER UN ACTO DICTADO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO, EL PLAZO PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA ES EL GENÉRICO DE QUINCE DÍAS, DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 17 DE LA LEY DE AMPARO Y 211 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.”**
- 90. Tesis II.3o.P. J/1 P (11a.), “ORDEN DE APREHENSIÓN, DETENCIÓN Y/O PRESENTACIÓN. CUANDO SE IMPUGNE EN AMPARO INDIRECTO Y NO PUEDA SABERSE CON EXACTITUD SI ES INMINENTE O SI LLEGARÁ O NO A MATERIALIZARSE, ELLO NO CONSTITUYE UN MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA, POR LO QUE DEBE ADMITIRSE A TRÁMITE LA DEMANDA.”**
- 91. Tesis PR.P.T.CN. J/31 P (11a.), SUSPENSIÓN PROVISIONAL CONTRA LA ORDEN DE APREHENSIÓN POR DELITOS QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. LA JURISPRUDENCIA PR.P.T.CN. J/3 P (11a.) ES APLICABLE AUN CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA DE 31 DE DICIEMBRE DE 2024 AL ARTÍCULO 19, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONAL.”**
- 92. Tesis PR.P.T.CN. J/3 P (11a.), “SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN AMPARO INDIRECTO. DEBE CONCEDERSE PARA EL EFECTO DE QUE LA PARTE QUEJOSA NO SEA DETENIDA, CUANDO RECLAME LA ORDEN DE APREHENSIÓN POR DELITOS QUE AMERITEN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.”**
- 93. Tesis 1a. XCIII/2015 (10a.), “DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL. CARACTERÍSTICAS DE LOS NIVELES DE CONTACTO ENTRE UNA AUTORIDAD QUE EJERCE FACULTADES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y UNA TERCERA PERSONA.”**
- 94. Tesis II.4o.P.6 P (11a.), DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA PENAL. CUANDO EL ACTO RECLAMADO LO CONSTITUYE LA CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN, EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO O CUALQUIER OTRO ACTO CONSIDERADO URGENTE CONFORME AL ARTÍCULO 4, FRACCIÓN II, DEL ACUERDO GENERAL 13/2020, DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, EN EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE QUINCE DÍAS PARA SU PRESENTACIÓN DEBE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS Y TÉRMINOS DURANTE EL PERIODO DE CONTINGENCIA SANITARIA POR EL VIRUS SARS-CoV2 (COVID-19).”**
- 95. Iniciativa de Ley presentada por la Diputada Mary Carmen Bernal Martínez, del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo (PT), el día 21 de septiembre del año 2022, p. 3.**

96. Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de Febrero de 2001.
97. Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de Julio de 2004.
98. Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 de Agosto de 2004.
99. Corte I.D.H. Caso Álvarez Ramos Vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 30 de Agosto de 2019.
100. Corte I.D.H. Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de Julio de 2004.
101. Corte I.D.H., Caso García Rodríguez y otros Vs. México. Consideraciones de la Corte. Sentencia 25 de enero del 2023.
102. Corte I.D.H. Caso Kimel Vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de Mayo de 2008.
103. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985.
104. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, 29 de agosto de 1986,
105. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986
106. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Cuadernillo de Jurisprudencia No 26, Restricción y Suspensión de Derechos Humanos.*
107. Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-720/2007
108. Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 0005–2001–AI/TC, de 15 de noviembre de 2001.
109. Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 0010–2000–AI/TC, de 03 de enero de 2003.
110. Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 1383–2001–AA/TC, de 15 de agosto de 2002.
111. Sentencia del Tribunal Constitucional Español, N° 71/1994, 3 de marzo de 1994.
112. Ley Orgánica 4/1981, publicada el 5 de junio de 1981, por la Jefatura de Estado de España.

- 113.** Sentencia del caso “Sunday Times” Vs Reino Unido, Opinión del Juez Evrigeni.

d) HEMEROGRAFÍA

- 114.** COVARRUBIAS, Ignacio, *La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación*, Revista Chilena de Derecho, número 2, 2012
- 115.** GUTIERREZ ORTÍZ MENA, Alfredo, *El arraigo penal: su interpretación conforme. Una tercera vía a la disyuntiva enfrentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 3, 2016, p. 241

APÉNDICE “A”

Encuesta

ENCUESTA

B *I* U ↺ ✕

La presente encuesta tiene como objetivo evaluar el conocimiento que tienen las personas encuestadas en torno a las restricciones constitucionales que existen en nuestro sistema jurídico, así como conocer si existe una metodología que permita identificarlas.

¿Qué es una restricción constitucional? *

Texto de respuesta larga

En una escala del 1 al 10, tomando en cuenta que 1 es una calificación baja y 10 alta, ¿Qué tan útil consideras que es la imposición de restricciones constitucionales?



Preguntas Respuestas 15 Configuración

De acuerdo a las características que a continuación se señalan, indica cuáles de estas características corresponderían a una restricción constitucional *

- ☐ Ser expresa, estar en la Constitución, aplicación temporal, no ser susceptible de interpretación
- ☐ Ser implícita, estar en una ley secundaria, aplicación indefinida, ser susceptible de interpretación
- ☐ Puede ser expresa o implícita, podría estar tanto en la Constitución como en una ley secundaria, su aplic...

¿A qué tipo de derechos es posible imponer una restricción constitucional? *

- ☐ Derechos humanos
- ☐ Derechos fundamentales
- ☐ Ambas categorías

¿Qué efecto causa la imposición de una restricción constitucional? *

- ☐ La restricción de un derecho
- ☐ La suspensión de un derecho
- ☐ Ambas

Preguntas Respuestas 15 Configuración

¿Cuántas restricciones constitucionales conoces? *

☐ De 1 a 5

☐ De 5 a 10

☐ Más de 10

De las restricciones constitucionales que conoce, ¿Cuántas están en la Constitución? *

☐ Todas

☐ La mayoría

☐ Algunas

☐ Ninguna

¿Ha utilizado algún método para identificar a estas figuras como restricciones constitucionales? *

☐ Si

☐ No

Preguntas Respuestas 15 Configuración

En caso de haber respondido que si a la pregunta anterior, ¿Cuál es este método?

Texto de respuesta larga

En caso de haber respondido que no a la pregunta número 8, ¿Considera necesario la existencia de un método que permita identificar qué puede ser considerado una restricción constitucional?

☐ Si

☐ No

Explique su respuesta *

Texto de respuesta larga

¿Las restricciones constitucionales son una expresión de la soberanía jurídica del Estado mexicano frente al derecho internacional? *

☐ Si

☐ No

APÉNDICE “B”

Entrevista

PREGUNTAS ENTREVISTA

1. Desde su apreciación, ¿qué es una restricción constitucional?
2. ¿Encuentra diferencias entre los conceptos restricción, limitación y suspensión de derechos?
3. En la audiencia pública del caso García Rodríguez Vs México, el ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, quien fungió como perito de las víctimas, menciona que las únicas restricciones expresas que había en la Constitución eran las del artículo 29 constitucional, ¿qué opina de este comentario?
4. ¿Encuentra diferencia entre las restricciones del artículo 29 de la Constitución y las restricciones que están dispersas en el texto constitucional?
5. En esta misma audiencia, el perito José Ramón Cossío Díaz menciona que las únicas restricciones constitucionales al derecho humano a la libertad que la Corte había determinado como tales, era la prisión preventiva oficiosa y el arraigo, ¿considera que las formas de conducción al proceso o el cateo podrían ser también consideradas como restricciones constitucionales?
6. ¿Conoce alguna sentencia en donde la Corte haya explicado qué es o qué debemos de entender por restricción constitucional, y que además haya explicado por qué una determinada figura jurídica ha sido catalogada como tal?
7. ¿Las restricciones se pueden imponer a derechos humanos, o a derechos humanos, o bien, a ambas categorías por igual?

8. En la audiencia del caso García Rodríguez y otro Vs México también se dijo que la Corte reservaba para sí misma el criterio de identificar que es una restricción constitucional, aunado a que este criterio es indeterminado, ¿considera que existe ese criterio indeterminado del que se habla?
9. En caso de que se siga perpetuando esta falta de metodología que ayude a determinar a las restricciones constitucionales, ¿ve algún efecto negativo en el futuro?
10. ¿Considera que las restricciones sean una válvula de escape para no cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
11. ¿Contar con una metodología así, ayudaría a erradicar la indeterminación que existe en la actualidad para saber qué es una restricción constitucional?
12. En caso de existir una metodología de esta naturaleza, ¿cómo se podría integrar?
13. ¿Esta metodología sería útil para justificar por qué un precepto constitucional puede ser considerado como una restricción constitucional?

I. SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN LAS ENCUESTAS

Durante el desarrollo de mi investigación realicé una encuesta dirigida a personas operadores del derecho, como: alumnos de maestría, postulantes, jueces y magistrados, con la finalidad de evaluar el conocimiento que tenían las personas encuestadas en torno a las restricciones constitucionales; así como, conocer cuál era la opinión que tenían en torno a si actualmente existe una metodología que permita identificar que puede ser considerado como una restricción constitucional.

Esta encuesta se elaboró a partir de dos métodos: uno presencial y otro digital. A algunas personas se les presentó esta encuesta de manera física, se les dio una hoja donde venían las preguntas y procedieron a responder; mientras que, a otras se les practicó esta misma encuesta de manera digital, a través de la plataforma Google Forms.

RESULTADOS

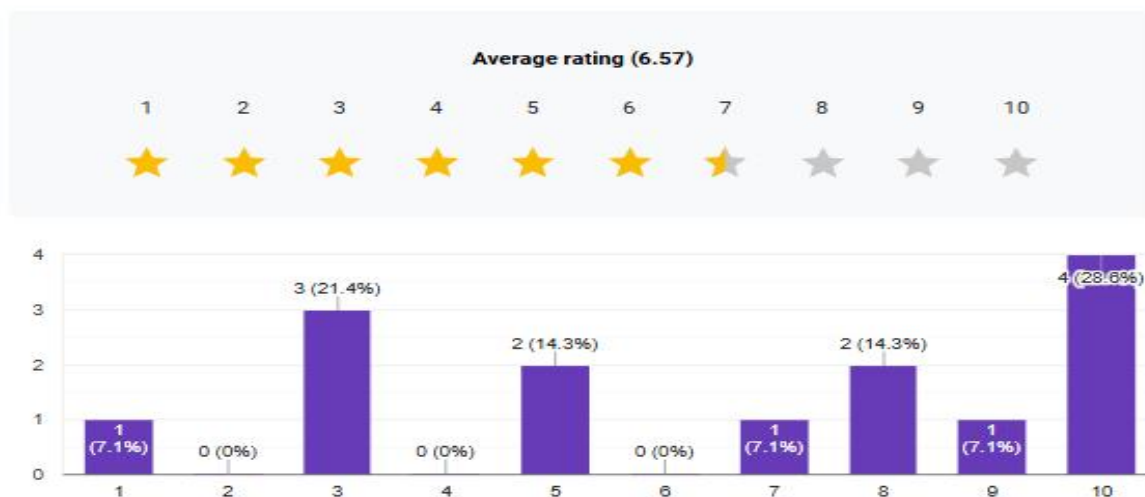
1. ¿Qué es una restricción constitucional?

PERSONA	RESPUESTA
1	Es una medida contemplada en la Carta Fundamental que tiene como objetivo limitar, en parte o en su totalidad, los alcances de derechos humanos.
2	Se puede entender cómo aquella norma contenida en la Constitución que limita o condiciona el ejercicio de un derecho fundamental o el ejercicio del poder público, sea por razones de interés público, orden , salud o por los principios del sistema constitucional.
3	Una restricción al ejercicio de determinados derechos contenida en la constitución política de los Estados Unidos mexicanos
4	Un mandato de no hacer, inscrito en el texto constitucional
5	Son reglas y/o limitaciones impuestas dentro de nuestra constitución política de los Estados Unidos Mexicanos para el libre y sano desarrollo de las personas.
6	Es una medida por virtud de la cual se limita el ejercicio en su totalidad o en parte de un derecho, contemplada en la constitución

7	Son limitaciones a los derechos fundamentales
8	Es una regla dentro de la Constitución que pone límites a lo que se puede hacer, incluso en temas de derechos humanos, pero siempre bajo ciertas condiciones y con fundamentos legales.
9	Un impedimento el ejercicio de una garantía o derecho.
10	Es una limitación a un derecho, autorizada por la propia constitución
11	Una prohibición expresa a algún poder constituido
12	Es una limitación ejercida a través del Estado para goces de tus derechos humanos
13	Son los límites que la Constitución impone al ejercicio de los derechos fundamentales, el cual tiene la finalidad la armonización con el interés general y el orden público.
14	Son limitaciones previstas en la constitución, te impiden que una persona pueda excederse en el goce y ejercicios de sus derechos humanos.

Tendencia: La mayoría de las personas identifican a las restricciones constitucionales como limitaciones impuestas por la Constitución a un derecho humano

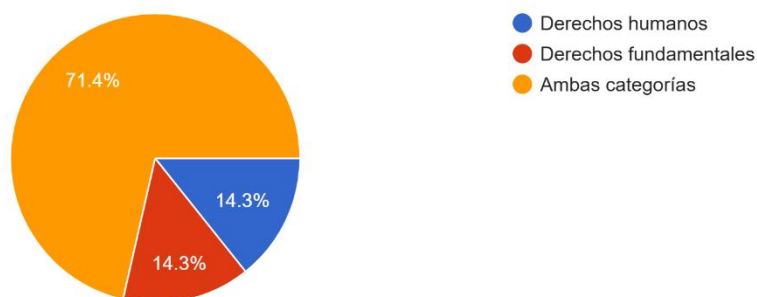
- En una escala del 1 al 10, tomando en cuenta que 1 es una calificación baja y 10 alta, ¿Qué tan útil consideras que es la imposición de restricciones constitucionales?



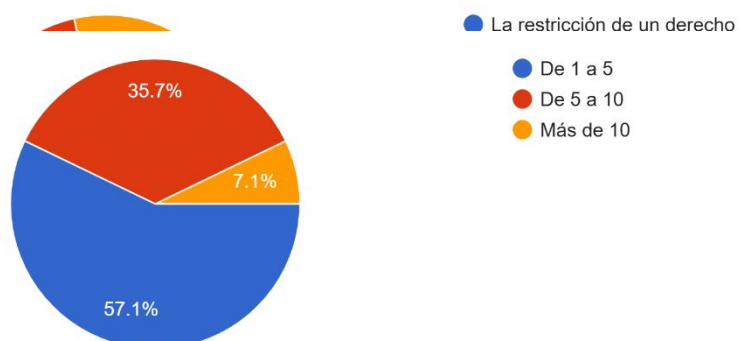
3. De acuerdo a las características que a continuación se señalan, indica cuáles de estas características corresponderían a una restricción constitucional



4. ¿A qué tipo de derechos es posible imponer una restricción constitucional?

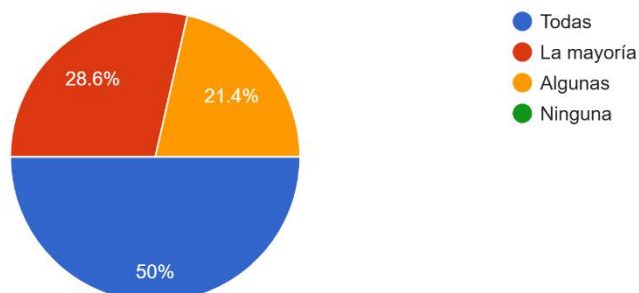


5. ¿Qué efecto causa la imposición de una restricción constitucional?

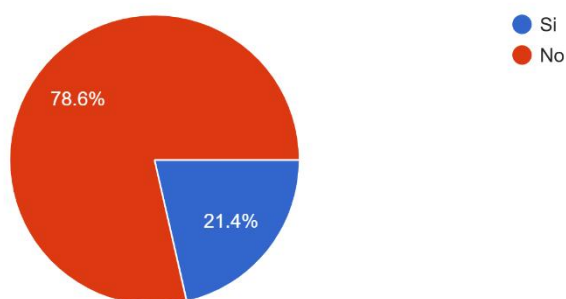


6. ¿Cuántas restricciones constitucionales conoces?

7. De las restricciones constitucionales que conoce, ¿Cuántas están en la Constitución?



8. ¿Ha utilizado algún método para identificar a estas figuras como restricciones constitucionales?

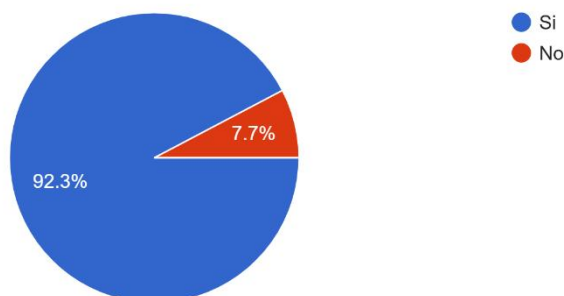


9. En caso de haber respondido que si a la pregunta anterior, ¿Cuál es este método?

PERSONA	RESPUESTA
1	Interpretación gramatical o sistemática, criterios de la suprema corte; las restricciones deben ser explícitas, claras y precisas, acompañada de la tesis 293/2011
2	Revisión sistemática de los artículos de la Constitución, en especial los relacionados con derechos humanos (como el artículo 29), interpretación jurídica y análisis doctrinal y jurisprudencial
3	Cualitativo

Comentario: no existe concordancia entre los métodos que utilizaron cada una de estas tres personas.

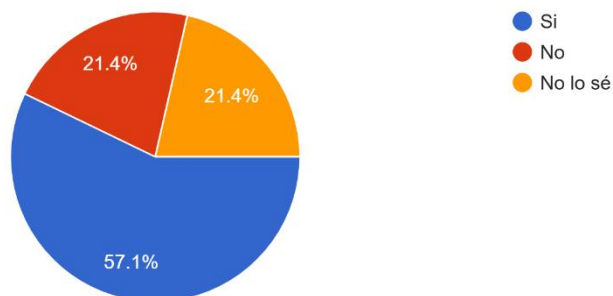
10. En caso de haber respondido que no a la pregunta número 8, ¿Considera necesario la existencia de un método que permita identificar qué puede ser considerado una restricción constitucional?



11. Explique su respuesta

PERSONA	RESPUESTAS
1	Si, es necesario que exista una metodología para identificar las restricciones constitucionales porque al existir esta ausencia de metodología, se pueden dictar medidas restringiendo derechos humanos que, podrían declararse invalidas al no tener la certeza de que se trata de una restricción constitucional, dicho de otro modo, la necesidad de una metodología para su identificación parte de que es el primer paso sostener la validez de una restricción constitucional.
2	En espacios académicos, conferencias y/o a través de infografías en las redes sociales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación/ NULA
3	A fin de identificarlas más fácilmente
4	Debería de estar plasmada siempre en nuestra constitución así como en alguna ley secundaria
5	Para saber que restricción es valida
6	Es importante que las personas identifiquen de manera clara cuáles son las restricciones constitucionales con el fin de que conozcan los casos en los que no es posible ejercer un derecho
7	Es necesario contar con un método claro y sistemático para identificar las restricciones constitucionales, ya que esto permite delimitar con precisión los alcances de los derechos y las facultades del Estado. Un método evita la ambigüedad y garantiza el respeto al marco constitucional, facilitando su interpretación y aplicación uniforme
8	Existe ambigüedad para identificar derechos constitucionales
9	Abonaría a la certeza jurídica conocer como se ha identificado a las restricciones constitucionales como tales
10	Claro deben motivarse los actos
11	Es necesario saber cuál método se debe usar para determinado caso en particular
12	Ubicar el derecho en la Constitución 2.- buscar clausulas limitativas o condicionales 3.-identificar el motivo
13	Todo acto y derecho previsto en la constitución, partes de una base epistémica y metodológica, de tal manera que para identificar restricciones o limitaciones tanto a derechos como a facultades de autoridades, es necesario realizar una investigación metodológica cuya epistemología se base en la trazabilidad histórica del marco constitucional, pensar lo opuesto a denegatoria la aplicación de la norma tratándose de limitaciones o restricciones.

12. ¿Las restricciones constitucionales son una expresión de la soberanía jurídica del Estado mexicano frente al derecho internacional?



INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

Conforme al objetivo de esta encuesta, eran dos los temas centrales cuyo conocimiento y opinión se pretendían conocer. Cuál es la concepción que se tiene en torno a las restricciones constitucionales; es decir, qué son, cuáles son sus características y sus efectos. Y el segundo tema era el relacionado propiamente a si los encuestados ubicaban algún método para identificar qué era una restricción constitucional.

Una vez analizados los resultados de esta encuesta se puede concluir que, en relación al primer tema no existe univocidad de criterios. Si bien, casi todos los encuestados definen a las restricciones como limitaciones a derechos humanos, también es cierto que, con respecto a las otras características como son: dónde se encuentra alojada una restricción constitucional, cuáles son los efectos materiales de su imposición y si esta puede ser interpretada o no, hubo respuestas discordantes entre sí.

Lo anterior, pone en evidencia que la teoría de las restricciones constitucionales es tan indeterminada como lo es su desarrollo en la jurisprudencia la SCJN; no se tiene una noción concreta sobre lo que se debe de entender por restricción constitucional.

En tanto que, en relación al segundo tema, sobre la existencia de una metodología que permita identificarles, la mayoría respondió que no utilizaron una metodología de esta naturaleza, lo que lleva a pensar que en realidad esta no exista. Asimismo, mencionaron que era necesaria su existencia por diversos factores, tales como: crear certeza jurídica; conocer cuáles son las restricciones constitucionales que pueden ser consideradas como tal; eliminar la ambigüedad que existe al momento de identificarles, entre otras.

Todo lo anterior pone de manifiesto el problema que se puso al centro de esta investigación. La inexistencia de una metodología que permita determinar que sí y que no puede ser considerada una restricción constitucional. Y, con base en ello, la necesidad que existe de crear dicha metodología.

II. ENTREVISTA

NOMBRE DE LA PERSONA ENTREVISTADA	MIGUEL ÁNGEL HENRÍQUEZ RODRÍGUEZ
OCUPACIÓN	JUEZ FEDERAL ESPECIALIZADO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
LUGAR DE APLICACIÓN	CENTRO DE JUSTICIA PENAL FEDERAL DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO
FECHA Y HORA DE INICIO	13 DE JUNIO DEL 2025 A LAS 4:30 P.M.
FECHA Y HORA DE CONCLUSION	13 DE JUNIO DEL 2025 A LAS 5:40 P.M.

TRANSCRIPCIÓN DE LA ENTREVISTA

1. Desde su apreciación, ¿qué es una restricción constitucional?

R= Es la que se encuentra en nuestra Constitución, como su nombre lo dice, y tiene que producir una limitación a un derecho.

2. ¿Encuentra diferencias entre los conceptos restricción, limitación y suspensión de derechos?

R= Sí, creo que hay una diferencia muy importante entre cada concepto. La restricción es una disminución a un derecho humano contenido en la Constitución. La suspensión es la pérdida temporal del derecho.

3. En la audiencia pública del caso **García Rodríguez Vs México**, el ministro en retiro **José Ramón Cossío Díaz**, quien fungió como perito de las víctimas, menciona que las únicas restricciones expresas que había en la Constitución eran las del artículo 29 constitucional, ¿qué opina de este comentario?

R= Me parece que, conforme a los criterios de la Corte, las restricciones que existen no son únicamente las que están en el artículo 29 constitucional, habría más restricciones en el resto de la Constitución.

4. ¿Encuentra diferencia entre las restricciones del artículo 29 de la Constitución y las restricciones que están dispersas en el texto constitucional?

R= En las del artículo 29 constitucional se actualizan bajo situaciones excepcionales y se deben de agotar ciertos requisitos, en el caso de las otras restricciones no hay un proceso previo que agotar.

- 5. En esta misma audiencia, el perito José Ramón Cossío Díaz menciona que las únicas restricciones constitucionales al derecho humano a la libertad que la Corte había determinado como tales, era la prisión preventiva oficiosa y el arraigo, ¿considera que las formas de conducción al proceso o el cateo podrían ser también consideradas como restricciones constitucionales?**

R= Eso es algo que no había reflexionado. Yo las había ubicado inicialmente como limitaciones a derechos humanos, que se emiten bajo ciertos requisitos constitucionales que se deben de cumplir, pero no lo había visto como una restricción. Aunque ahora que lo pienso creo que la limitación y la restricción finalmente son lo mismo.

- 6. ¿Conoce alguna sentencia en donde la Corte haya explicado qué es o qué debemos de entender por restricción constitucional, y que además haya explicado por qué una determinada figura jurídica ha sido catalogada como tal?**

R= No. La que tengo presente es la 293/2011, pero ahí no lo define. De algún otro precedente, recuerdo que cuando estaba en un juzgado mixto nos llegaban muchas demandas de amparo de policías que habían sido cesados de su cargo, y recuerdo que había una ejecutoria de la Corte, no recuerdo de momento cual es, que dice que los policías pueden reclamar su falta de respeto a derechos laborales, entre otras cosas, pero para ellos está vedada la posibilidad de ser reinstalados en sus fuentes labores, pero no analiza la restricción en su aspecto conceptual.

He leído algunas otras ejecutorias relacionadas con órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia, controles preventivos, niveles de contacto, en donde hacen referencia a limitaciones a derechos, pero la verdad no había reparado en la diferencia que pudiera existir entre limitación y restricción.

- 7. ¿Las restricciones se pueden imponer a derechos humanos, o a derechos humanos, o bien, a ambas categorías por igual?**

R= Yo he usado de manera indistinta ambas denominaciones, pero doctrinariamente entiendo que hay una diferencia. Considero que teóricamente lo correcto sería que las restricciones se impongan sobre derechos humanos.

- 8. En la audiencia del caso García Rodríguez y otro Vs México también se dijo que la Corte reservaba para sí misma el criterio de identificar que es una restricción constitucional, aunado a que este criterio es indeterminado, ¿considera que existe ese criterio indeterminado del que se habla?**

R= Creo que tendría que existir una operación mental para identificarlas. Tal vez actualmente se estén identificando de una manera no consciente y bajo una perspectiva individual de los conocimientos jurídicos que cada persona tiene. Pero no conozco alguna metodología para identificarlos.

- 9. En caso de que se siga perpetuando esta falta de metodología que ayude a determinar a las restricciones constitucionales, ¿ve algún efecto negativo en el futuro?**

R= Como efectos negativos, en principio, que se siga legislando bajo esta perspectiva de seguir estableciendo más restricciones en el texto sin algún tipo de metodología o impactos que esto tiene en los derechos, sin incluso ser conscientes sobre lo que se está realizando. Como operadores es importante para tener claridad de la distinción entre limitación y restricción, pero con bases objetivas, con una herramienta metodológica.

Además, que la falta de un criterio, hace que quede a discrecionalidad de cada persona decidir cuáles son estas restricciones

- 10. ¿Considera que las restricciones sean una válvula de escape para no cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?**

R= Si, me parece que si es una válvula de escape para legitimar este tipo de actos a partir de nuestro texto constitucional. Esa es la vía que se encontró para que se den estas restricciones a derechos.

Considero que, en algún momento dado, mediante esta metodología que se pueda construir para analizar restricciones, se puedan dar herramientas para

generar propuestas para cambiar la visión de la política criminal y de las restricciones en sí.

11. ¿Contar con una metodología así, ayudaría a erradicar la indeterminación que existe en la actualidad para saber qué es una restricción constitucional?

R= Me parece que sí, porque precisamente esta metodología nos daría esa serie de ingredientes, de pasos, de gradas que tendríamos que revisar para poder hacer esa identificación, y que ya no sea un concepto indeterminado.

12. En caso de existir una metodología de esta naturaleza, ¿cómo se podría integrar?

R= 1. Debe de existir un derecho en la Constitución, 2. Revisar si hay *prima facie* una limitación o una disminución al derecho, 3. Analizar cuáles son los requisitos que se tiene para limitar ese derecho, si admiten o no una revisión, 4. Revisar que esta restricción no anule el derecho mismo, 5. Que su fin sea legítimo 6. Verificar si esta restricción es válida o no, conforme al derecho comunitario que expone Ramsés Montoya Camarena, 7. Se tendría también que hacer un contraste frente a los criterios de la Corte Interamericana, para evaluar que esta restricción no choca con el derecho convencional.

13. ¿Esta metodología sería útil para justificar por qué un precepto constitucional puede ser considerado como una restricción constitucional?

R= Sí sería útil

INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

La presente entrevista fue tomada con la intención de conocer si la persona entrevistada conocía alguna metodología desarrollada por la doctrina de la SCJN para identificar a las restricciones constitucionales; y, en caso de que ésta no existiera, qué tan necesaria era su creación.

Como se puede observar de los resultados de esta charla, el entrevistado coincide con la postura que se ha adoptado en esta investigación, en el sentido de que esta metodología no ha sido desarrollada por la Corte. De hecho, comenta que no recuerda alguna ejecutoria en donde se haya desarrollado el término restricción constitucional. Y, considera que esta identificación se hace de manera inconsciente a través del conocimiento jurídico que posee cada persona.

Incluso, advierte que, en caso de que se perpetue esta falta de determinación de las restricciones constitucionales, se puede seguir legislando en esta materia de forma inconsciente, sin antes reflexionar qué es lo que se está haciendo, y los impactos que ello pueda ocasionar en los derechos humanos.

Comentario con el que se coincide, pues como se mencionó en la investigación, esta falta de determinación genera que no se conozca las verdaderas causas por las que el legislador o el interprete de la norma deciden que algo sea denominado como restricción constitucional, lo que a su vez conlleva un poder ilimitado por parte del Estado para decidir que puede ser considerado como restricción constitucional.

Por ello, el entrevistado refiere que es prudente contar con una metodología que pueda servir incluso a los mismos operadores jurídicos para cambiar la visión de la política criminal que en materia penal se tiene actualmente y la visión de las restricciones en sí mismas.

De hecho, comenta que algunos de los criterios de análisis que podrían integrar esta metodología serían los siguientes: 1. Debe de existir un derecho en la Constitución, 2. Revisar si hay *prima facie* una limitación o una disminución al derecho, 3. Analizar cuáles son los requisitos que se tiene para limitar ese derecho, si admiten o no una revisión, 4. Revisar que esta restricción no anule el derecho mismo, 5. Que su fin sea legítimo 6. Verificar si esta restricción es válida o no, conforme al derecho comunitario que expone Ramsés Montoya Camarena, 7. Se tendría también que hacer un contraste frente a los criterios de la Corte IDH, para evaluar que esta restricción no choca con el derecho convencional.

Criterios que resultan interesantes, pues efectivamente para hablar de una restricción a un derecho primero debe de existir ese derecho que se pretender restringir; también, como lo refiere la persona entrevistada, habría que analizar que la restricción no anule el derecho mismo y; habría que hacer un contraste entre el derecho nacional que consigna la restricción y el derecho convencional.

Finalmente, agradezco el tiempo brindado al Juez Miguel Ángel Henríquez Rodríguez, para la realización de la presente entrevista, ya que su colaboración no sólo viene a sumar al desarrollo de este trabajo de investigación, sino que coadyuva a que se siga alimentado la discusión en el foro académico sobre un tema poco desarrollado en la teoría constitucional que es: las restricciones constitucionales.

Formato de Declaración de Originalidad y Uso de Inteligencia Artificial

Coordinación General de Estudios de Posgrado
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo



A quien corresponda,

Por este medio, quien abajo firma, bajo protesta de decir verdad, declara lo siguiente:

- Que presenta para revisión de originalidad el manuscrito cuyos detalles se especifican abajo.
- Que todas las fuentes consultadas para la elaboración del manuscrito están debidamente identificadas dentro del cuerpo del texto, e incluidas en la lista de referencias.
- Que, en caso de haber usado un sistema de inteligencia artificial, en cualquier etapa del desarrollo de su trabajo, lo ha especificado en la tabla que se encuentra en este documento.
- Que conoce la normativa de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, en particular los Incisos IX y XII del artículo 85, y los artículos 88 y 101 del Estatuto Universitario de la UMSNH, además del transitorio tercero del Reglamento General para los Estudios de Posgrado de la UMSNH.

Datos del manuscrito que se presenta a revisión

Programa educativo	Maestría en Derecho con opción terminal en Derecho Procesal Constitucional	
Título del trabajo	Ausencia de metodología para la identificación de restricciones constitucionales en México	
	Nombre	Correo electrónico
Autor/es	Josafat Terreyra López	1617634a@umich.mx
Director	Diana Pamela Zambrano Vázquez	diana.zambrano@umich.mx
Codirector		
Coordinador del programa	Héctor Cháver Gutiérrez	

Uso de Inteligencia Artificial

Rubro	Uso (sí/no)	Descripción
Asistencia en la redacción	NO	

Formato de Declaración de Originalidad y Uso de Inteligencia Artificial

Coordinación General de Estudios de Posgrado
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo



Uso de Inteligencia Artificial		
Rubro	Uso (sí/no)	Descripción
Traducción al español	no	
Traducción a otra lengua	no	
Revisión y corrección de estilo	no	
Análisis de datos	no	Búsqueda información en distintas fuentes bibliográficas, las organice, discrimine y utilice la que me sirva en mi trabajo
Búsqueda y organización de información	Si	
Formateo de las referencias bibliográficas	no	
Generación de contenido multimedia	no	
Otro	no	

Datos del solicitante	
Nombre y firma	
Lugar y fecha	Morelia, Michoacán a 5 de Diciembre de 2025

Josafat Ferreyra López

AUSENCIA DE METODOLOGÍA PARA LA IDENTIFICACIÓN DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN MÉXICO.pdf

 Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid:::3117:502473817

Fecha de entrega

23 sep 2025, 10:10 a.m. GMT-6

Fecha de descarga

8 dic 2025, 11:58 a.m. GMT-6

Nombre del archivo

AUSENCIA DE METODOLOGÍA PARA LA IDENTIFICACIÓN DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALESpdf

Tamaño del archivo

1.7 MB

255 páginas




76.512 palabras

421.547 caracteres

21% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

Fuentes principales

- 19%  Fuentes de Internet
- 15%  Publicaciones
- 0%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.