

## PROTEO Y EL AVE FÉNIX EN MÉXICO. EL PARADIGMA DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN\*

### *PROTEUS AND THE PHOENIX IN MEXICO. THE PARADIGM CONSTITUTION AND HUMAN RIGHTS*

Rodrigo LABARDINI\*\*

**RESUMEN:** El moderno sistema jurídico mexicano nació el 11 de junio de 2011, fecha en que entró en vigor la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Nuestro sistema jurídico tiene ahora que enfrentar un nuevo paradigma jurídico nacional integrado por la constitución política y los derechos humanos. Toca al foro mexicano —sociedad y gobierno, es decir, la totalidad del Estado— hacer realidad dicho paradigma en medio de las múltiples avenidas que ofrece. No basta que el texto constitucional exprese estos derechos. Es menester hacerlos realidad.

**Palabras claves:** Constitución, derechos humanos, tratados, derecho constitucional.

**ABSTRACT:** *The modern Mexican legal system was born on June 11, 2011, when the constitutional reform on human rights came into effect. Our legal system must now confront a new national legal paradigm conformed by Mexico's constitution and human rights. It falls upon Mexico's legal forum —society and government, i. e., the State— to realize such novel paradigm amidst the multiple paths it offers. It is not enough for the constitution to harbor these rights. They must become a reality.*

**Keywords:** *Constitution, human rights, treaties, constitutional law.*

\* Artículo recibido el 24 de octubre de 2011 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2012.

\*\* Licenciado en derecho, Universidad Iberoamericana; maestro en administración pública, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, maestro en derecho estadounidense, Universidad de Nuevo México; profesor en la Licenciatura en Derecho y de programas de Maestría en Derechos Humanos y Derecho Penal en la Universidad Iberoamericana, así como de la Maestría en Administración de Justicia en el Instituto Nacional de Ciencias Penales; miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Las opiniones expresadas son de carácter estrictamente personal y no necesariamente representan a las de las instituciones involucradas.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XLV, núm. 134,  
mayo-agosto de 2012, pp. 467-537.

SUMARIO: I. *La reforma constitucional*. II. *La reforma constitucional del 10 de junio de 2011*. III. *Conclusiones*.

En un trabajo previo<sup>1</sup> tuve oportunidad de apuntar sobre el cambio del paradigma constitucional mexicano introducido por la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011, en conjunción con las reformas en materias penal y de amparo.<sup>2</sup> Señalé que Proteo se hallaba en México pues el dios del cambio se había asentado en nuestro país para cambiar el paradigma jurídico-constitucional mexicano: uno integrado por la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) junto con los derechos humanos de que gozan todas las personas. Las reformas inciden sustancialmente en las instituciones jurídicas y tocan aspectos torales relacionados con la promoción, el reconocimiento y el respeto de los derechos humanos de toda persona ubicada en territorio nacional. Las reformas subrayan un cambio medular en la forma en que la propia CPEUM debe ser aplicada e interpretada por todas las autoridades: los derechos humanos adquieren, en términos constitucionales y formales, una primacía hasta entonces inaudita en el entorno nacional, pero que el sistema deseaba destilar. Se trata de consideraciones nada fáciles para un sistema jurídico que nació el 11 de junio de 2011,<sup>3</sup> y que ahora debe reescribirse y surgir avante cual Ave Fénix de entre las cenizas de la antigua Constitución. Agregué que tocaba al foro mexicano hacer realidad dicho paradigma en medio de las múltiples avenidas que ofrece. En particular, porque el actual estándar constitucional mexicano plantea opciones tan complicadas como novedosas para intentar resolver una sola pregunta: ¿cuál es la norma suprema mexicana? y sus consecuencias para el entorno nacional. La relevancia del tema puede observarse, porque ahora el sistema jurídico mexicano tiene necesidad de atender con cuidado lo prescrito por los tratados.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Labardini, Rodrigo, "Proteo en México. Un nuevo paradigma: derechos humanos y Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLV, núm. 133, enero-abril de 2012, pp. 319-353.

<sup>2</sup> *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, 18 de junio de 2008 y 6 de junio de 2011.

<sup>3</sup> Fecha en que entró en vigor la reforma del 10 de junio de 2011.

<sup>4</sup> El ministro Sergio Aguirre Anguiano ha advertido sobre los riesgos de realizar estudios indiscriminados sobre la aplicación de tratados internacionales. "Nos puede pasar que nos empachemos de tratados internacionales, cuando la solución la da la Constitución General de la República... Porque si no, me va a dar *trataditis* y me voy a pasar

En esa ocasión tuve oportunidad de esencialmente referirme al artículo 1o. constitucional. Toca ahora aludir al resto de la reforma y apuntar hacia los diferentes vericuetos que las reformas abren al sistema jurídico nacional. Derroteros que para atender y resolver la realidad que nos rodea debemos tomar con cautela y con mente abierta. Vivimos hoy un nuevo paradigma: derechos humanos y Constitución.

## I. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En breve, la reforma constitucional no era necesaria aunque ha resultado sumamente útil. No era necesaria, ya que si bien los derechos humanos no se encontraban expresamente reconocidos en el texto constitucional como tales,<sup>5</sup> sí tenían vigencia en México —aunque desconocidos por múltiples actores—. Previo a la reforma, el vocablo “derechos humanos” aparecía en sólo diecinueve ocasiones en todo el texto constitucional.<sup>6</sup> El artículo 2, A, II, arrojaba alguna luz en la materia, aunque no exenta de complejidades, ya que deben respetarse “las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres”. De esto no cabía más que concluir que las garantías individuales no son derechos humanos y que el tema de género sería igualmente distinto.<sup>7</sup>

En estrictos términos jurídico-constitucionales, los derechos humanos tenían vigencia y se aplicaban en México antes de la reforma que aquí se

los días y los años revisando con lupa el texto de los tratados”, citado en *La SCJN hizo la primera interpretación de la reciente reforma constitucional que protege los derechos humanos contenidos en tratados internacionales*, disponible en <http://canaljudicial.wordpress.com/2011/06/23/la-scn-hizo-la-primera-interpretacion-de-la-reciente-reforma-constitucional-que-protege-los-derechos-humanos-contenidos-en-tratados-internacionales/> (consultado el 28 de febrero de 2012).

<sup>5</sup> Labardini, Rodrigo, “La incorporación de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano”, *Boletín Académico sobre Derechos Humanos*, Instituto de Estudios en Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche, núm. 2, julio de 2009, disponible en <http://www.cdhecamp.org/Boletin%20Academico%20202.pdf> (consultado el 20 de junio de 2011, y en archivo con el autor); *id.*, “Una propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, núm. 129, septiembre-diciembre de 2010, pp. 1199-1232; actualizados en parte con *id.*, “¿Aliento a derechos humanos?”, *Opinión, Crónica*, 11 de junio de 2011, p. 4, e *id.*, “Constitución y derechos humanos”, *Opinión, Crónica*, 16 de julio de 2011, p. 4.

<sup>6</sup> Labardini, “Proteo en México...”, *cit.*, pp. 319-353.

<sup>7</sup> *Cf.* Labardini, “Una propuesta...”, *cit.*, pp. 1199-1232.

comenta.<sup>8</sup> El artículo 133 en vigor<sup>9</sup> —que no fue afectado por las reformas que nos ocupan— señala que todos los tratados ratificados por México son parte de la Ley Suprema de toda la Unión (LSTU). Así, los derechos humanos formaban parte de la LSTU, pues lo mínimo que podemos aseverar es que los tratados de derechos humanos versan sobre derechos humanos. En consecuencia, los derechos humanos incorporados en: a) Los tratados *ratificados* por México, y b) *Que se encontraran en vigor*, ya aplicaban en México *antes* de la reforma y de igual forma su contenido.<sup>10</sup>

Tenemos que referirnos a tratados que se encuentren en vigor para México. La vinculatoriedad deriva de dos aspectos importantes: la ratificación y su entrada en vigor.<sup>11</sup> Una sin la otra no bastan. Por ejemplo, un tratado de derechos humanos en vigor, pero que no aplica a México, es la Carta Árabe de Derechos Humanos Revisada —que entró en vigor en 2008<sup>12</sup> y no ha sido suscrita por México—. De igual forma, debemos

<sup>8</sup> “Es de advertir que esos derechos contenidos en los tratados ya eran derechos vigentes en México por efecto del artículo 133, que dice que el orden jurídico mexicano se compone de la Constitución, los tratados que estén de acuerdo con ella y las leyes”, Adame Goddard, Jorge, *Análisis del proyecto de reforma constitucional en derechos humanos*, [http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/177/](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/177/) (consultado el 20 de junio de 2011), p. 3.

<sup>9</sup> “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

<sup>10</sup> Cfr. Labardini, “Una propuesta...”, *cit.*, pp. 1218 y 1219.

<sup>11</sup> Un tercer elemento —su publicación— afectará si puede o no exigirse ante terceros —particulares—, pero no su vigencia y exigencia para el Estado mexicano.

<sup>12</sup> *Revised Arab Charter of Human Rights*, Liga de los Estados Árabes, 22 de mayo de 2004, reproducida en 12 Int'l Hum. Rts. Rep. 893 (2005), entrada en vigor el 15 de marzo de 2008. La carta equipara en su preámbulo y articulado al sionismo con el racismo (“All forms of racism, zionism and foreign occupation and domination constitute an impediment to human dignity and a major barrier to the exercise of the fundamental rights of peoples; all such practices must be condemned and efforts must be deployed for their elimination”, artículo 2(3)). El 24 de enero de 2008, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, se congratuló por la entrada en vigor de este documento. Después de ser criticada por el respaldo a esta disposición —entre otros, *UN Rights Chief Must Clarify Endorsement of Arab Charter with Anti-Semitic Provisions*, disponible en [www.unwatch.org](http://www.unwatch.org)—, Arbour se distanció en algunos aspectos de la Carta Árabe. Arbour, Louise, *Statement by UN High Commissioner for Human Rights on the Entry Into Force of the Arab Charter on Human Rights*, Ginebra, 30 de enero de 2008, disponible en [www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch). Cfr.

referirnos a tratados en vigor. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (CVDTEOI)<sup>13</sup> ya fue ratificada por México, pero no ha entrado en vigor —pese a que el máximo tribunal supremo aparentemente ha opinado que podría aplicarse a México—.<sup>14</sup>

Shaw, Malcolm, *International Law*, 4a. ed., Cambridge University Press, 2005, pp. 365 y 366; Robson, John, “The UN enables hatemongers”, *The Ottawa Citizen*, 1o. de febrero de 2008.

<sup>13</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, adoptada en Viena, Austria, el 21 de marzo de 1986, ratificada por México el 14 de enero de 1988 y publicada en *DOF* el 28 de abril de 1988. Cuenta con 39 signatarios, 41 miembros parte, pero no ha entrado en vigor debido a que, conforme a su artículo 85, las organizaciones internacionales que sean parte no cuentan para efectos de su entrada en vigor. Sólo 29 Estados la han ratificado. Datos al 28 de septiembre de 2009 (<http://treaties.un.org>). La CVDTEOI establece, en términos generales, reglas similares a las que contiene la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

<sup>14</sup> Es de subrayar que la CVDTEOI fue mencionada expresamente en la tesis de 2007, caso McCain, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para fundamentar que el derecho internacional aplica a México y puede generarle responsabilidades. “El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”. SCJN, *Tratados Internacionales. Son Parte Integrante de la Ley Suprema de la Unión y se Ubican Jerárquicamente por Encima de las Leyes Generales, Federales, Locales y Constitucionales. Interpretación del Artículo 133 Constitucional*. IUS 172650, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXV, abril de 2007 (amparo en revisión 120/2002, Mc. Cain México, S. A. de C. V., 13 de febrero de 2007). Para mayor información sobre la CVDTEOI, véase Zemanek, Karl, *Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vcltsio/vcltsio-s.pdf> (consultado el 28 de septiembre de 2009). *Cfr.*, asimismo, Labardini, Rodrigo y Olvera Vázquez, Jacqueline, “Comentarios sobre la jerarquía entre leyes y tratados en el derecho mexicano”, *Revista*

Otros dos ejemplos de tratados ratificados por México, pero que no entraron —y que nunca entrarán— en vigor, son los Convenios 109<sup>15</sup> y 54<sup>16</sup> de la OIT. Este último incluso fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (14 de octubre de 1942).

Pero la reforma resultó sumamente útil. Lanzó el tema de los derechos humanos al estrellato frontal de la República y de la CPEUM, en resumidas cuentas, del foro mexicano —social, jurídico y político—. Y éste se ha volcado de lleno sobre el tema. Prácticamente todas las personas están ahora conscientes de que gozan de derechos humanos y de que todas las autoridades deben respetarlos.

Mencionamos el cambio sustancial en la visión que ahora tiene la Constitución sobre la persona y sus derechos. En la CPEUM original, el artículo primero indicaba: “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”.<sup>17</sup> Ahora señala desde su primer artículo que: “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”.<sup>18</sup> Desde aquí se marca un importante hito jurídico: no se trata ahora de garantías que la CPEUM otorga —y que *stricto sensu* no son del individuo—, sino que la

*de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año 33, núm. 33, 2009, pp. 553-600.

<sup>15</sup> Convenio 109, sobre Salarios, Horas de Trabajo a Bordo y Dotación, Ginebra, 14 de mayo de 1958. México lo ratificó el 11 de septiembre de 1961. No se publicó en el *DOF*. El Convenio fue declarado obsoleto por OIT, por lo que nunca entrará en vigor, pues sus disposiciones son recogidas y signadas por convenios de OIT posteriores.

<sup>16</sup> Convenio 54 de OIT, Relativo a las Vacaciones Anuales Pagadas de la Gente de Mar, Ginebra, 24 de octubre de 1936. Fue revisado en 1946 por el Convenio núm. 72, y en 1949 por el Convenio núm. 91. El Convenio 54 fue ratificado por México el 12 de junio de 1942 y se publicó en el *DOF* el 14 de octubre de 1942. El Convenio no ha entrado en vigor. De hecho, ha sido dejado de lado, declarado obsoleto por OIT y está cerrado a la ratificación por cualquier Estado, por lo que nunca entrará en vigor.

<sup>17</sup> CPEUM, artículo 1o., *DOF* de 5 de febrero de 1917 (las cursivas son mías).

<sup>18</sup> CPEUM, artículo 1o., primer párrafo, *DOF* de 10 de junio de 2011 (las cursivas son mías).

CPEUM ahora reconoce los derechos que la persona tiene —por lo que es la persona el origen ius-filosófico-político del sistema—. Otro elemento fue el cambio de individuo a persona,<sup>19</sup> con lo que todo individuo adquirió el claro reconocimiento de persona como sustancia individual de naturaleza racional.<sup>20</sup>

Seguimos, en esta ocasión, analizando la reforma constitucional (en la reproducción textual de los nuevos textos constitucionales se ha destacado en formato cursivo el cambio mismo para facilitar su fácil comprensión. Adicionalmente, en cada uno se ha incluido —en nota de pie y para su pronta localización— el texto constitucional vigente, previo a la reforma del 10 de junio de 2011).

## II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 10 DE JUNIO DE 2011

### 1. *Artículo primero*

Aquí me refiero en primera instancia a lo que expresé previamente.<sup>21</sup> Agregó nuevos comentarios complementarios derivados de mayores reflexiones e intercambios con diversos colegas.

#### A. *Primer párrafo*

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.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *Cfr.* la diferencia entre “individuo” y “persona”, *supra* notas 17 y 18, modificación que se realizó a lo largo de la CPEUM, en general. No obstante, véase el artículo de Labardini (“Una propuesta...”, *cit.*, pp. 1199-1232) en donde se indica que el cambio múltiple de “individuo” a “persona” funciona en términos generales, pero existen casos en los que resultaba inapropiado.

<sup>20</sup> Ésta fue la definición de Boecio: “*naturae rationalis individua substantia*”, referida a seres intelectuales.

<sup>21</sup> Labardini, “Proteo en México...”, *cit.*, pp. 319-353.

<sup>22</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, este párrafo indicaba: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución,

El cambio en este artículo resulta fundamental. Modifica el sujeto de derechos para ser *la persona* y no el individuo, como estaba previo a la reforma. Ello modifica sustancialmente la posición filosófica de la CPEUM al evidenciar que los derechos son de la persona, y no se trata de garantías gratuitamente y por gracia del Estado otorgadas al individuo.

Otro elemento sustancial consiste en subrayar que toda persona goza de los derechos humanos reconocidos en dos cuerpos normativos: la CPEUM y los tratados de los que México es parte. Sobre este punto varios funcionarios de los tres poderes del Estado —Legislativo,<sup>23</sup> Ejecutivo<sup>24</sup> y Judicial—,<sup>25</sup>

las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

<sup>23</sup> El senador Carlos Navarrete Ruiz, coordinador del PRD en el Senado, declaró “hacer válido la gran reforma que en materia de derechos humanos que hicimos aquí en el Senado que le dio categoría de ley suprema a los tratados internacionales no es ocioso”, Senado de la República, versión estenográfica, 20 de diciembre de 2011, [http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2830:version-estenografica-conferencia-de-carlos-navarrete-ruiz-coordinador-del-prd&catid=52:version-estenografica&Itemid=181](http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=2830:version-estenografica-conferencia-de-carlos-navarrete-ruiz-coordinador-del-prd&catid=52:version-estenografica&Itemid=181) (consultado el 23 de febrero de 2012).

<sup>24</sup> Miguel Alessio Robles, consejero jurídico del Ejecutivo federal, sostuvo que desde junio de 2011, con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, un tratado celebrado por México tiene el mismo peso que la CPEUM. Alzaga, Ignacio, “El Pacto de San José, como la Constitución”, <http://presidencia2012.com/sitio/secciones/item/tratados-internacionales-celebrados-por-mexico.html> y “El Pacto de San José, como la Constitución”, *Milenio*, 28 de septiembre de 2011, <http://www.selecciondeprensa.info/index.php?session=0&module=Completo&titular=71701>. Dicho funcionario igualmente ha indicado que con la mencionada reforma, se equipara a nivel constitucional todos los acuerdos que México ha firmado, “Defiende Calderón el derecho a la vida desde la concepción: Alessio”, *Terra*, 27 de septiembre de 2011, <http://m.terra.com/noticia?n=210fad567dca2310VgnVCM4000009bf1540RCRD> (todas las fuentes consultadas el 23 de febrero de 2012). Adicionalmente, “se da una nueva jerarquía a los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico mexicano, fortaleciendo así la obligación de todo órgano del Estado de conocer estos derechos y de respetarlos”, Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, “Reforma constitucional en materia de derechos humanos”, disponible en <http://www.cjef.gob.mx/blog/?p=27> (consultado el 28 de febrero de 2012).

<sup>25</sup> “Los tratados internacionales se pusieron al nivel de la Constitución y debe interpretarse cualquier norma en el sentido más favorable para proteger los derechos humanos”. González Salas, Fernando Franco, “La SCJN hizo la primera interpretación de la reciente reforma constitucional que protege los derechos humanos contenidos en tratados internacionales”, <http://canaljudicial.wordpress.com/2011/06/23/la-scn-hizo-la-primer-interpretacion-de-la-reciente-reforma-constitucional-que-protege-los-derechos-humanos-contenidos-en-tratados-internacionales/> (consultado el 28 de febrero de 2012). “Caso en el cual, pudiera aceptarse que la jerarquía de éstos corresponda a la de la Constitución federal misma, al concebirse dichos instru-

funcionarios internacionales<sup>26</sup> y académicos,<sup>27</sup> han indicado que esta nueva expresión constitucional coloca a los tratados a nivel constitucional. Adicionalmente, e incluso organismos públicos constitucionales<sup>28</sup> autónomos, manifestaron que el mismo rango constitucional debería dársele a los instrumentos internacionales, incluyendo declaraciones —que por su

mentos internacionales como una extensión de lo previsto por ésta”. Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “La jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano”, <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/tratados-internacionales-toluca.pdf> (consultado el 28 de febrero de 2012).

<sup>26</sup> Gabriela Knaul de Albuquerque e Silva, relatora especial de Naciones Unidas para la independencia de magistrados y abogados, indicó que la iniciativa marcaba una nueva jerarquía de los tratados de derechos humanos al situarlos al nivel de la propia Constitución. “Reconoce Gabriela Knaul independencia de la justicia federal en México”, *Notimex*, 20 de mayo de 2011, <http://www.noticiasmvs.com/noticias/policiaca/reconoce-gabriela-knaul-independencia-de-la-justicia-federal-en-mexico-412.html> (consultado el 23 de febrero de 2012).

<sup>27</sup> “A reserva de examinar con mayor detalle la trascendencia de la reforma en el ámbito internacional y particularmente latinoamericano, a primera vista debe destacarse que otorga a los tratados internacionales de derechos humanos un rango de nivel fundamental”. Fix-Zamudio, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 425. Debe destacarse, sin embargo, que Fix-Zamudio basa su aserto en el hecho de que la SCJN modificó sus opiniones tradicionales para indicar que los tratados debían tener un rango igual al de las leyes federales, y posteriormente ubicarlos inmediatamente bajo el dispositivo constitucional, pero por encima a las leyes federales y locales. Adicionalmente, Fix-Zamudio posteriormente afirma que a partir de la reforma del 10 de junio, “esta doble tutela de los derechos de fuente internacional se fortalece de manera considerable, en cuanto se otorga el mismo nivel de la carta suprema a los derechos reconocidos expresamente en la misma, y que por lo tanto son de carácter interno, con los establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, con los incorporados provenientes de dichos tratados y que como se ha dicho, deben considerarse *nacionales de fuente internacional*, pero ahora de nivel constitucional”. *Id.*, “Las reformas constitucionales...”, *cit.* en esta misma nota, p. 434. Con ello afirma Fix-Zamudio que *los derechos* provenientes de los tratados internacionales son los que tienen rango constitucional, pero no los documentos internacionales en los cuales se recogen.

<sup>28</sup> Recordemos que conforme al dispositivo constitucional, existen los siguientes órganos autónomos: la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) (artículo 102, B, constitucional); Banco de México (Banxico) (artículo 28, sexto párrafo constitucional); Instituto Federal Electoral (IFE) (artículo 41, V, constitucional) e Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (artículo 26, B, constitucional).

propia naturaleza no son obligatorias—. <sup>29</sup> Si atendemos con cuidado a la lectura del texto constitucional, observamos que la CPEUM no manifiesta que los tratados tengan rango constitucional. De hecho, no se pronuncia sobre cualquier aspecto de prelación, jerarquía o supremacía normativa alguna. Simplemente manifiesta que en los Estados Unidos Mexicanos, toda persona goza de derechos humanos y que éstos se encuentran ubicados/reconocidos en la CPEUM y en los tratados.

Debemos recordar que los tratados contienen multiplicidad de normas. Tienen cláusulas iniciales, de contenido y finales —que se refieren a la entrada en vigor, los idiomas auténticos y, en su caso, el idioma que prevalecerá sobre otro, así como disposiciones respecto a su enmienda, modificación y terminación anticipada—. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) <sup>30</sup> tiene un total de 82 artículos, agrupados en nueve capítulos de dos partes. La CADH cuenta con normas sobre la organización, funciones, competencia, estructura y procedimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (artículos 34-51) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) (artículos 52-69). Sólo la primera parte, artículos 1-33, incluyen derechos humanos como tales. Por ello, podemos ver que si bien los derechos humanos son reconocidos por los tratados respectivos, no todo el contenido de dichos tratados se refiere expresa e ineludiblemente a derechos sustantivos, como pueden ser derecho a la vida, a no ser torturado, derecho de expresión y similares. En consecuencia, no debemos concluir que porque los derechos humanos se localicen en tratados internacionales de la materia, ello significa que la totalidad de los tratados serían constitucionales. Adicionalmente, si bien la persona goza de esos derechos reconocidos en tratados, ello no significa *per se* que dichos derechos son de rango constitucional.

En otras palabras —en razón de la reforma del 10 de junio de 2011—, los tratados no tienen rango constitucional. Si tienen rango constitucional

<sup>29</sup> “Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada por senadores y diputados, se refuerza la aplicación y eficacia normativa de más de cien instrumentos internacionales en México, como tratados y declaraciones”. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *México obligado a respetar tratados internacionales*, Boletín de Prensa CGCP/069/11, 24 de marzo de 2011, [http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Comunicados/2011/COM\\_2011\\_069.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Comunicados/2011/COM_2011_069.pdf) (consultado el 23 de febrero de 2012).

<sup>30</sup> DOF de 7 de mayo de 1981.

es por el artículo 133 constitucional<sup>31</sup> —artículo que no fue modificado por la reforma del 10 de junio de 2011 (destaco que en otras partes he sostenido que por *mandato constitucional* el arreglo constitucional prescrito por dicho artículo 133 no señala que la Constitución sea la LSTU, sino que corresponde a un *corpus iuris* denominado “Ley Suprema de toda la Unión” integrado por la CPEUM, las leyes generales y los tratados de los que México es parte)—.<sup>32</sup>

El texto constitucional prescribe que los derechos humanos —reconocidos en la CPEUM y los tratados de los que México sea parte— y las garantías de que goza la persona en México pueden verse limitados, pues su “ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. Debe concluirse, en primera instancia, que la CPEUM manifiesta que *el ejercicio* de los derechos es lo que podría restringirse o suspenderse pero *no su goce*.

Pero este fraseo podría presentar complicaciones en la medida que las condiciones previstas por la CPEUM pueden no ser consistentes o ser insuficientes respecto de las obligaciones internacionales que México tiene. Por ejemplo, si bien se incorporó a la CPEUM la vasta mayoría de los derechos definidos internacionalmente como no suspendibles, no todos corrieron con la misma suerte,<sup>33</sup> lo que abre la discusión sobre si estos derechos no suspendibles internacionalmente sí podrían ser restringidos —puesto que México sigue obligado a no suspenderlos en circunstancia alguna—.<sup>34</sup>

Finalmente, plantea la necesidad de definir si todos los derechos incluidos actualmente —o en el futuro— son derechos humanos. Recordemos

<sup>31</sup> “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

<sup>32</sup> *Cfr.* Labardini, Rodrigo, “Una lectura constitucional alternativa: la Ley Suprema de toda la Unión como legalidad tripartita”, *La Barra*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, núm. 77, octubre-diciembre de 2010, pp. 21-27, y “La Ley Suprema de toda la Unión: legalidad tripartita”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año 34, núm. 34, 2010, pp. 395-499.

<sup>33</sup> *Cfr. infra* notas 164 y 165.

<sup>34</sup> *Cfr. infra* el análisis del artículo 29 constitucional.

que se ha mencionado que los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados.<sup>35</sup> Así, se ha mencionado que las antiguas garantías constitucionales —o derechos del ciudadano— se volvieron derechos humanos a partir de la reforma del 10 de junio de 2011. Pero ni del artículo primero constitucional ni por doctrina podría concluirse que todos los derechos de la Constitución son derechos humanos. Un claro ejemplo es el artículo 10 constitucional que prescribe el derecho a poseer armas.<sup>36</sup> Sin duda es un derecho constitucional. Pero la normativa internacional sobre derechos humanos no lo incluye en tratado alguno de la materia —no sólo en los que México es parte—. De hecho, más bien existe un buen argumento para señalar que el derecho a poseer armas no es un derecho humano por dos motivos: a) El Estado se encuentra obligado a ofrecer la seguridad debida a toda persona —por lo que no sería necesario poseer armas—,<sup>37</sup> y b) Es previsible que habrá mayor seguridad en la sociedad en la medida en que no se posean armas, es decir, si nadie posee armas, previsiblemente habría menores posibilidades de daños entre las personas.

### B. Segundo párrafo

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.<sup>38</sup>

Este párrafo podría presentar una complicación internacional, ya que prescribe taxativamente que las “normas relativas a derechos humanos” de-

<sup>35</sup> “De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos *constitucionalizados*”. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 9 (las cursivas son del original).

<sup>36</sup> “Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas”.

<sup>37</sup> Los orígenes del artículo se remontan a la Constitución estadounidense para garantizar la existencia de milicias civiles que podrían organizarse rápidamente para enfrentar al enemigo invasor —las casacas rojas británicas—.

<sup>38</sup> Este párrafo es nuevo. No tenía equivalente previo a la reforma del 10 de junio de 2011.

ben ser interpretadas “con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”. Dejaremos de lado el contenido de qué constituye una “norma relativa a derechos humanos” analizado previamente.<sup>39</sup> Baste señalar que una de dichas normas puede referirse a “Constitución”, “tratados”, “derechos humanos” o “garantías” expresamente señaladas en el primer párrafo del artículo primero constitucional, o a una confluencia sustantiva de dichos cuatro conceptos o algunos de ellos, y que bien podría abarcar al contenido de una circular, un manual, un reglamento u otro vehículo normativo aunque no fuera de rango constitucional.<sup>40</sup>

El problema internacional radica en que la CPEUM prescribe que dichas normas relativas a derechos humanos deben interpretarse conforme a la CPEUM y los tratados internacionales de la materia (que no necesariamente de los que México es parte).<sup>41</sup> En materia internacional es claro que para la interpretación de los tratados es menester recurrir a lo prescrito por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (CVDT).<sup>42</sup> Al señalar que la interpretación sería conforme a la CPEUM, se estarían obviando las reglas de interpretación internacional, pues las normas internacionales tendrían que interpretarse conforme a la CPEUM y no la CVDT. Adicionalmente, al prescribir que los tratados de la materia —los de derechos humanos— serían los recurribles para efectos de interpretación, estaría igualmente rompiéndose con las reglas internacionales, presumiblemente impidiendo que la CVDT —un tratado sobre derecho de los tratados— fuera utilizada para propósitos de interpretación.<sup>43</sup>

El poder revisor constitucional permanente utilizó en seis ocasiones el término “tratados internacionales”. De ellas, las referencias en los artículos

<sup>39</sup> A mayor abundamiento, véase Labardini, “Proteo en México...”, *cit.*, pp. 319-353.

<sup>40</sup> Agradezco a los alumnos de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Panamericana, generación 2012, por sus comentarios al respecto. Cualquier falla, sin embargo, es atribuible al suscrito.

<sup>41</sup> Con lo que podría intentar aplicarse a México el contenido de la Carta Árabe de Derechos Humanos, véase *supra* nota 12, que ya entró en vigor, pero no ha sido suscrita por México, y por tanto no le obliga.

<sup>42</sup> Véase *supra* nota 13.

<sup>43</sup> Agradezco los comentarios al efecto de un buen abogado, Aristeo López, sobre el tema. No obstante, cualquier falla de expresión o razonamiento resulta atribuible al suscrito.

89-X<sup>44</sup> y la primera mención en el artículo 105, II, g,<sup>45</sup> no son enmiendas, pues ya existían antes de la reforma. Las otras cuatro referencias sí son conceptos nuevos incluidos con la reforma que se comenta. En tres de ellas<sup>46</sup> se refiere a los “tratados internacionales de los que el Estado mexicano [o México] sea parte”. La cuarta ocasión fue en este artículo primero, segundo párrafo. Vistas estas circunstancias no puede concluirse otra cosa que el legislador meditó y expresamente deseó variar las voces para referirse a los tratados de la materia, y no a aquellos en que México es parte. Sin embargo, en un afán hermenéutico tendríamos que concluir que: a) Al referirse a “los tratados internacionales de la materia”, la CPEUM ha debido referirse<sup>47</sup> a los tratados de la materia que hubieran sido suscritos por México y hubieran entrado en vigor, y b) Que la CPEUM no propugna violar reglas internacionales para la interpretación de normas contenidas en tratados, por lo que la CVDT debiera ser aplicable inicial y conjuntamente con la propia CPEUM y los tratados de la materia ratificados por México y en vigor.

### C. Tercer párrafo

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.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> “Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:... X. Dirigir la política exterior y celebrar *tratados internacionales*”.

<sup>45</sup> “Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:... g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de *tratados internacionales* celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República”.

<sup>46</sup> Artículos 1o., primer párrafo, 15, y la segunda mención del artículo 105-II-g.

<sup>47</sup> Que tristemente suena como una expresión de lo que algún funcionario realmente quiso decir fue X y no Z.

<sup>48</sup> Este párrafo es nuevo. No tenía equivalente previo a la reforma del 10 de junio de 2011.

Este dispositivo indica que *todas* las autoridades están obligadas a promover y respetar derechos humanos. Estas autoridades corresponden a las de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de los tres órdenes de gobierno —federal, estatal y municipal—. Para completar el espectro público mexicano debemos agregar a los órganos constitucionales —autónomos o no—. <sup>49</sup>

#### D. *Quinto párrafo*

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. <sup>50</sup>

La reforma agregó aquí la voz *sexuales* después de preferencias para manifestar el concepto que no puede haber discriminación por motivo de preferencias sexuales. Aquí habría valido la pena meditar que enunciar un catálogo de motivos de posible discriminación puede resultar complicado por su naturaleza intrínseca limitativa. Es decir, el catálogo puede ser útil para que quien tenga que aplicar la Constitución obtenga lineamientos sobre el posible contenido de alguna discriminación, por ejemplo: edad, género, preferencias sexuales, estado civil, etcétera. Pretende salvarse esta limitación de expresión al indicar “o cualquier otra” que atente contra la dignidad. Habría valido quizás más simplemente expresar que queda prohibida *toda* discriminación, con lo que habría abarcado cualquiera que ésta pudiera ser.

El punto no habría quedado desprotegido, pues los tratados de los que México es parte expresamente señalan también la prohibición de discriminación por diversos motivos. La Convención Americana de De-

<sup>49</sup> *Cfr.* véase *supra* nota 28.

<sup>50</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el artículo decía: “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”.

rechos Humanos (CADH)<sup>51</sup> prohíbe la discriminación “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.<sup>52</sup> Adicionalmente, la CADH extiende el principio de no discriminación a la protección de la familia,<sup>53</sup> a la igualdad ante la ley<sup>54</sup> y a la suspensión de derechos.<sup>55</sup> Además todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.<sup>56</sup>

Baste lo anterior para evidenciar que —pese a la reforma constitucional en comentario— los conceptos internacionales de discriminación siguen siendo más amplios que los contemplados actualmente en el texto constitucional.

## 2. *Artículo tercero, segundo párrafo*

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, *el respeto a los derechos humanos* y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.<sup>57</sup>

La reforma agregó en esta ocasión el concepto de derechos humanos como un objetivo que la educación impartida por el Estado debe fomentar.

<sup>51</sup> *DOF* de 7 de mayo de 1981.

<sup>52</sup> Artículo 1.1.

<sup>53</sup> Artículo 17.2.

<sup>54</sup> Artículo 24.

<sup>55</sup> Artículo 27.1. Vale destacar que en este caso, la CADH no extiende todas las causas de discriminación marcadas en el principio general del artículo 1o., CADH, sino que señala que las medidas para suspender derechos serán permisibles siempre que “no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Igual prescribe el artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos (PDCP), *DOF* de 20 de mayo y 22 de junio de 1981.

<sup>56</sup> PDCP, artículo 24.1.

<sup>57</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el artículo decía: “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia”.

Si bien es comprensible que la educación pública fomente el respeto a los derechos humanos, surgen dudas de por qué no debería también ello ser aplicable en el caso de la educación que no sea impartida por el Estado. Al tratarse de una reforma *pro persona* y pro derechos humanos, debiera provocarse en la totalidad de la sociedad la búsqueda de valores en toda persona y no sólo en quienes acudan a instalaciones en donde es el Estado quien imparte la educación. De hecho, esto debería contemplarse como una posible violación al derecho humano de no ser objeto de discriminación.

Esta incorporación aparentemente iría en contra del propósito y el objeto del sistema mismo al propugnar una separación social importante entre actores públicos y privados, donde aquéllos sí tendrían obligaciones de derechos humanos pero estos últimos no. En otras palabras, esto parecería significar que los particulares no están obligados a respetar ni fomentar derechos humanos, lo que resulta inaceptable. Si los derechos humanos realmente son ontológicos, inherentes e inmanentes a la persona<sup>58</sup> es preciso que su existencia no se haga depender a partir de quien los viola.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Entre otras cualidades. A guisa de ejemplos de autores al respecto, véase Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, Oxford University Press, 2011; Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y filosofía*, México, BEFDP, 2008; Dip, Ricardo, *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre imago dei se tornó imago hominis*, Madrid, Marcial Pons, 2009; Carbonell, *op. cit.*, y Labardini, Rodrigo, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2000.

<sup>59</sup> Pese al discurso nacional e internacional, sostengo que los particulares sí pueden violar derechos humanos y no sólo el Estado o los actores públicos son quienes pueden violarlos. Al efecto, véase Labardini, “Sobre el concepto...”, *cit.*; *id.*, “Los elementos de los derechos humanos”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 31, 2001, pp. 215-241; *id.*, “Autoridad y derechos humanos”, *Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, Escuela de Derecho, núm. 26, 2001, pp. 131-171; *id.*, “La violación de los derechos humanos por los particulares”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año 26, núm. 26, 2002, pp. 529-599; *id.*, “Derechos humanos y los particulares: la responsabilidad corporativa”, *Iuris Tantum*, Universidad Anáhuac, Facultad de Derecho, año XX, núm. 16, otoño-invierno de 2005, pp. 125-158, e *id.*, “Los particulares y la tortura en México”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Procuraduría General de la República, 4a. época, núm. 10, julio-agosto de 2009, pp. 55-73.

### 3. Artículo once

#### A. Primer párrafo

Toda *persona* tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.<sup>60</sup>

El texto previo a la reforma del 10 de junio<sup>61</sup> señalaba en el primer párrafo “todo hombre...”. La reforma evidenció una doble voluntad del legislador revisor permanente: a) Modificar el concepto para que sea la persona y no el individuo el beneficiario de los derechos,<sup>62</sup> y b) Tratar de ser políticamente correcto, y destacar de esta forma que los derechos se disfrutaban no en razón de género sino por ser persona humana.

<sup>60</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el artículo decía: “Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.

<sup>61</sup> “Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa (*sic*), por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”. Debe subrayarse que éste es el texto original de la CPEUM, *DOF* de 5 de febrero de 1917.

<sup>62</sup> Esto mismo se observó en la reforma constitucional al artículo 15, *infra*.

## B. Segundo párrafo

En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.<sup>63</sup>

De mucho mayor interés es este párrafo. La CPEUM cae en un error conceptual fundamental y esencial. Confunde las instituciones humanitarias del asilo y del refugio. El marco jurídico mexicano —interno<sup>64</sup> e internacional—<sup>65</sup> sobre asilo es múltiple. Si bien ambas instituciones responden a la voluntad de auxiliar a una persona cuya vida corre riesgo —por motivos diversos—, la CPEUM confunde un derecho humano (refugio) con una facultad discrecional del Estado (asilo).

Un refugiado es una persona:

Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Este párrafo es nuevo. No tenía equivalente constitucional previo a la reforma del 10 de junio de 2011.

<sup>64</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (LRPC), *DOF* de 27 de enero de 2011; Ley de Migración, *DOF* de 25 de mayo de 2011.

<sup>65</sup> Convención sobre Asilo, La Habana, 20 de febrero de 1928; Convención sobre Asilo Político, Montevideo, 26 de diciembre de 1933; Convención sobre Asilo Diplomático, Caracas, 28 de marzo de 1954; Convención sobre Asilo Territorial, Caracas, 28 de marzo de 1954; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951; Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, Nueva York, 31 de enero de 1967, y la Declaración de Cartagena, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, Cartagena, 19-22 de noviembre de 1984.

<sup>66</sup> LRPC, artículo 13-I. Esta disposición sigue lo establecido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, véase *supra* nota 65.

También son considerados refugiados “las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.<sup>67</sup> La legislación mexicana — Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (LRPC)— también contempla la figura de la protección complementaria<sup>68</sup> como un ejemplo más de asistencia humanitaria.

Lo anterior marca varios puntos importantes sobre el reconocimiento de la calidad de refugiado. Varios requisitos deben concurrir.

- a) El solicitante debe encontrarse en territorio nacional.
- b) Debe haber salido de su país —del cual es nacional o en el que tiene su residencia habitual— debido a temores fundados de ser perseguido.
- c) Los motivos de la persecución deben derivarse de:<sup>69</sup>
  - 1) Motivos raciales,
  - 2) Motivos religiosos,
  - 3) La nacionalidad,
  - 4) La pertenencia a un grupo social,
  - 5) Sus opiniones políticas, o
  - 6) La violencia generalizada, agresión, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público; y
- d) El solicitante no pueda o no quiera acogerse a la protección de su Estado (o de aquél en el que tenga su residencia habitual) a causa del temor fundado.

<sup>67</sup> LRPC, artículo 13-II. Esta disposición sigue a la Declaración de Cartagena, véase *supra* nota 65.

<sup>68</sup> “La LRPC regula también la figura conocida como protección complementaria, la cual tiene por objeto proteger al individuo que no encontrándose dentro de los supuestos que dan origen a la condición de refugiado, requiere de la protección del Estado receptor para no ser devuelto al territorio de otro país en donde su vida corra peligro o existan razones fundadas para creer que podría ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. LRPC, artículo 2-IV. Esto está directamente vinculado con el principio internacional de *non-refoulement* o no devolución de una persona en caso de los mencionados riesgos.

<sup>69</sup> Los cinco primeros puntos derivan de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, véase *supra* nota 65. El sexto tiene su origen en la Declaración de Cartagena, véase *supra* nota 65.

El asilo es una figura regional latinoamericana. Conforme a la normativa internacional vigente,<sup>70</sup> el asilo es una facultad discrecional del Estado para admitir a un extranjero en su territorio y actuar como su protector, al considerar que el individuo es objeto de persecución política en razón de su perfil público.<sup>71</sup> El asilo puede ser diplomático —solicitado por el individuo en la sede de una misión diplomática de un Estado ubicado en territorio extranjero— y territorial —la persona perseguida se interna en el territorio de un Estado diferente al de origen y solicita la protección de éste—.

Las convenciones regionales que regulan esta figura manifiestan que el asilo es de carácter discrecional para el Estado que lo habrá de conceder. Otorgar o negar el asilo es una facultad discrecional del Estado que se da dentro del ejercicio de su soberanía. El Estado no está obligado a concederlo ni a declarar las razones por las que lo concede o lo niega. Se convierte así en un acto de política exterior.

Más relevante aún, el asilo únicamente se puede conceder cuando concurren simultáneamente los siguientes supuestos. Las causas de la persecución son eminentemente de índole político directamente relacionados con el perfil público de la persona (creencias, opiniones o filiación política), incluyendo delitos políticos (o actos que puedan ser considerados como delitos políticos) y delitos comunes cometidos con fines políticos, que hagan peligrar su vida, libertad o integridad personal. La calificación de la naturaleza del delito o los motivos de persecución es competencia exclusiva del Estado asilante, sin que tenga que ofrecer explicaciones. Se concede en casos urgentes y corresponde al Estado asilante calificar la situación como urgente o no<sup>72</sup> sin tener que ofrecer explicaciones.<sup>73</sup>

En esencia, lo anterior marca que el reconocimiento del refugio deriva del derecho humano de la persona que es perseguida. Pero el asilo es la

<sup>70</sup> Véase *supra* nota 65.

<sup>71</sup> Un asilado político es el extranjero que “solicita el ingreso a territorio nacional para proteger su libertad o su vida de persecuciones políticas, en los términos de los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano”, Ley de Migración, artículo 3o.

<sup>72</sup> Caso urgente es cuando resulta indudable que el individuo se encuentra en peligro inminente de ser privado de su vida o de su libertad por virtud de la persecución política y no pueda ponerse a salvo de alguna otra forma.

<sup>73</sup> En respeto a situaciones internas, el asilo no debe —en circunstancia alguna— sugerirse o estimularse. Ello podría interpretarse como una intervención en los asuntos internos de otros Estados.

facultad discrecional del Estado de ofrecer protección humanitaria a una persona en razón de su perfil público, pero el solicitante de asilo no tiene derecho alguno. Si bien la persecución política —del posible asilado— podría semejarse al temor fundado por opinión pública —del refugiado—, ambas figuras pueden distinguirse por el perfil público del posible asilado, que convertiría a la determinación de asilo en un acto de política exterior, y porque en refugio se refiere a un derecho humano, pero en asilo es un acto discrecional del Estado.

El espectro de vínculos jurídicos vinculantes entre ambos regímenes es muy diferente. El régimen de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados aplica a un total de 140 Estados miembros de uno o ambos tratados, aunque sean 133 los Estados que son parte de ambos tratados. Los Estados miembros de la Convención de 1951 son 137,<sup>74</sup> y los del Protocolo de 1967 son 136.<sup>75</sup> Por el contrario, las cuatro convenciones de asilo<sup>76</sup> aplican a 19 Estados latinoamericanos.<sup>77</sup>

En consecuencia, debe entenderse que cuando existe persecución política, en razón del perfil público del solicitante, la figura jurídica correcta es la del asilo por tratarse de un acto de política exterior. En caso de que una persona tenga temores fundados de que su vida corre riesgo en razón de raza, nacionalidad, religión, opinión política o pertenencia a un grupo social, la figura jurídica correcta es la del refugio —conforme a la Convención de 1951 o ampliada con la Declaración de Cartagena para también abarcar amenazas a la vida, seguridad o libertad por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos o violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público—.

<sup>74</sup> Estados miembros de la Convención de 1951 únicamente son Madagascar, Mónaco, Namibia, y San Vicente y Granadinas.

<sup>75</sup> Estados miembros del Protocolo de 1967 únicamente son Cabo Verde, Estados Unidos de América y Venezuela.

<sup>76</sup> Véase *supra* nota 65.

<sup>77</sup> Son Estados contratantes, por lo menos, de una de las cuatro convenciones sobre asilo: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

#### 4. *Artículo quince*

No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren *los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte*.<sup>78</sup>

Al igual que con el artículo once, la reforma buscó actualizar y homogeneizar el concepto de derechos humanos a la largo del texto constitucional, y además ser políticamente correcta.<sup>79</sup> Previo al 10 de junio, el texto indicaba el concepto decimonónico de “garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”.

Debe subrayarse que la CPEUM habla de no poder celebrar tratados que puedan alterar los derechos humanos reconocidos en la propia CPEUM y los tratados de los que México es parte. Alterar significa cambiar la esencia. Por tanto, *stricto sensu* podría llegar a entenderse que no pueden modificarse los derechos; con certeza no para su disminución, pero podría concebirse que se modifica la esencia al robustecerlos. Sin embargo, es mediante esta vía como se concibe la ampliación de garantías.

Los tribunales han señalado que los tratados no tienen posibilidad de reducir las garantías o menoscabarlas, pero sí tienen capacidad de incrementarlas, en lo que se denomina una ampliación de garantías. Esencialmente, “cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la carta magna, deben aplicarse

<sup>78</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el artículo decía: “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”. Las cursivas son mías.

<sup>79</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el texto leía: “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”. Éste era el texto original constitucional.

sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales, los complementan”.<sup>80</sup>

Pese a lo anterior, debe recordarse que el término “alterar” significa modificar la *esencia*. No un accidente o una modalidad, sino su esencia. Por lo cual, mejorar o robustecer una garantía no significaría un detrimento o menoscabo, pues la esencia en sí permanece inmutable, y la posible “alteración” resultaría en el fortalecimiento de la propia garantía.

Para estos propósitos, es menester recordar y analizar qué y cuál es la esencia de las garantías individuales. La doctrina nos ha señalado, y la SCJN ha indicado que las garantías individuales buscan proteger al individuo y a la persona frente al Estado.<sup>81</sup> Es evidente que las capacidades de protección no habrían de ser menoscabadas o reducidas porque ello conllevaría a que el medio de protección quedara reducido o incluso desaparecido. Esto no significa, por el contrario, que se altere la esencia de la garantía porque se permita la ampliación de garantías a efecto de no sólo reforzar la protección ya otorgada por las garantías individuales, sino ofrecer un *mayor* nivel de protección, mayor número de candados para proteger a las personas e incrementar la fuerza de estas garantías. Esto se contempla no sólo respecto al contexto original, sino para adecuar las garantías y los derechos en el contexto moderno y contemporáneo que probablemente no hubiera sido concebido o previsto inicialmente por la misma norma. Esto es, la ampliación de garantías debe considerarse que es aceptada bajo el término constitucional de “alterar”, de que no se puede modificar la *esencia* de las garantías constitucionales, aunque sí reforzarlas, y a que ello realmente no la altera sino que la robustece. Ello no impide su ampliación,

<sup>80</sup> “Conforme al artículo 133 constitucional, la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Ahora bien, cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la carta magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales, las complementan”. *Tratados Internacionales. Su Aplicación cuando Amplían y Reglamentan Derechos Fundamentales*, IUS 180431 (2004), Tesis I.4o.A.440 A, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XX, septiembre de 2004. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo en revisión 799/2003, Ismael González Sánchez y otros, 21 de abril de 2004.

<sup>81</sup> En otras partes he apuntado a la posibilidad de que los particulares también pueden violar derechos humanos, y que no es sólo el Estado quien posee poder frente al cual se deba proteger a la persona, véase *supra* nota 59.

pues si bien modifica el contenido del concepto empleado —ya que no es el mismo que antes—, en realidad refuerza la *esencia* de la garantía individual, de los derechos fundamentales y los derechos humanos.<sup>82</sup> En esencia, esa ampliación es la que fortalece el contenido material<sup>83</sup> de la norma constitucional. En ese sentido, se robustece y no se altera no esencia: la protección de la persona.

Por lo anterior, debe estimarse que los tratados sí pueden *stricto sensu* “alterar” las garantías —porque estarían modificando parte del contenido de esas garantías—, pero sólo cuando ello ocurre en beneficio de la población, lo que resulta consistente con el artículo 39 constitucional. Esto parece mostrar que el mismo objetivo es buscado por las disposiciones constitucionales del artículo 39, CPEUM, y las normas internacionales, se-

<sup>82</sup> Destacamos que el término “derechos fundamentales” es el que ha utilizado la SCJN al referirse a las facultades de que gozan los seres humanos por su naturaleza humana, por ser seres humanos. Es el término que los tribunales en México han usado tradicionalmente y que más se acerca al contenido de los derechos humanos —en términos del derecho internacional de los derechos humanos—. En una búsqueda realizada en el programa de consulta IUS-2009 (diciembre de 2009) de la SCJN, se obtienen 4 747 registros en donde el término “garantías individuales” aparece en el rubro o en el texto de tesis y jurisprudencias, 414 con el término “derechos fundamentales” y 136 con el término “derechos humanos”. Estos números respectivamente representan un crecimiento —en el último año— del 9.8%, 0.7% y del 38.77%. *Cfr.* Labardini, “Una propuesta...”, *cit.*, pp. 1199-1232.

<sup>83</sup> Material: “la Constitución es el estatuto primordial, es el que determina toda la actividad jurídica, es el conjunto de normas según las cuales se van a crear y según las cuales van a vivir todas las demás normas... De este concepto de supremacía material se derivan dos consecuencias muy importantes: I) el principio de legalidad; todo acto contra la Constitución carece de valor jurídico, y II) cada órgano tiene competencia que no se puede delegar salvo los casos expresamente señalados en la misma Constitución”. Formal: “para poder modificar una norma constitucional se necesita la intervención de un órgano especial; se crea un orden jerárquico de las normas del sistema jurídico donde la Constitución se encuentra en el lugar más alto... este principio se basa en la idea de que la Constitución escrita sólo puede ser reformada por un procedimiento especial y no por el que son reformadas las normas de la legislación ordinaria”. Georges Burdeau (*apud* Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, 2003, p. 8).

gún prescribe el principio *pro persona*<sup>84</sup> o *pro homine*, el cual es de aplicación obligatoria en territorio mexicano.<sup>85</sup>

### 5. Artículo dieciocho, segundo párrafo

El sistema penitenciario se organizará sobre la base *del respeto a los derechos humanos*, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Castilla, Karlos, “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 69 y 70. Adicionalmente, los tribunales han dictaminado que este principio es de aplicación obligatoria

<sup>85</sup> “El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 y el 20 de mayo de 1981, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, *es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria*”. Principio *Pro Homine*. Su Aplicación es Obligatoria, IUS 179233 (2004). Tesis I.4o.A.441 A, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XX, octubre de 2004 (las cursivas son mías). “El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio”. Principio *Pro Homine*. Su Aplicación, IUS 180294 (2004). Tesis I.4o.A.441 A, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XX, octubre de 2004.

<sup>86</sup> Previo a la reforma, el artículo decía: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”.

La reforma en este punto volvió a buscar la simple inserción<sup>87</sup> de la frase sobre la base “del respeto a los derechos humanos”, a fin de incorporar este vocablo de manera expresa en un contexto de gran relevancia actual para nuestra sociedad. Procura orientar que la sociedad tiene necesidad y obligación de atender a una parte de la población que, aunque hubiera delinquido, no ha perdido su calidad humana.<sup>88</sup> Por el contrario, es imperativo atender a esta población reclusa con debido cuidado, para prevenir graves situaciones como la que recientemente ocurrió en el penal de Apodaca.<sup>89</sup>

## 6. *Artículo veintinueve*

Este artículo constitucional fue objeto de un cambio sustancial, tanto de forma como de razón y principios. Modificó radicalmente el esquema general para que se llegara a suspender algún derecho humano o garantía. Los cambios también son muestra vívida de que la CPEUM regularmente va cediendo paulatina pero ininterrumpidamente ante la evolución de la escena internacional en general, y no sólo en materia de derechos humanos. Parte de este progreso y desenvolvimiento se observa en los tratados mismos, pero más relevante en el contenido de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado mexicano.

### A. *Párrafo primero*

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

<sup>87</sup> El texto previo al 10 de junio de 2011 disponía: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”; según última reforma publicada en el *DOF* el 18 de junio de 2008.

<sup>88</sup> Ante los trágicos eventos del Casino Royale en Monterrey, se llegó a expresar la “nula calidad humana” respecto de los delincuentes que los llevaron a cabo y que resultaron en el triste deceso de 47 personas.

<sup>89</sup> Entre otros, véase Labardini, Rodrigo, “Peones e inversión en prisiones”, Opinión, *Crónica*, 25 de febrero de 2012, p. 4, [http://www.cronica.com.mx/notaOpinion.php?id\\_notas=640162](http://www.cronica.com.mx/notaOpinion.php?id_notas=640162) (consultado el 27 de febrero de 2012).

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 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.<sup>90</sup>

Un estado de emergencia<sup>91</sup> ocurre cuando existe un caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia “que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”<sup>92</sup> o cuando se pone “en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”.<sup>93</sup> En estos casos, los Estados pueden adoptar disposiciones que, “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”,<sup>94</sup> y “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”<sup>95</sup> suspendan las obligaciones internacionales siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de

<sup>90</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el artículo indicaba: “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”.

<sup>91</sup> Cfr. Agamben, Giorgio, *State of Exception*, Chicago University Press, 2005.

<sup>92</sup> Artículo 27.1, CADH.

<sup>93</sup> Artículo 4.1, PDCP.

<sup>94</sup> Artículo 27.1, CADH.

<sup>95</sup> Artículo 4.1, PDCP.

raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.<sup>96</sup> Por estos motivos, no basta invocar la existencia de un estado de emergencia grave, sino que debe de ser tal gravedad que amenaza la independencia o seguridad del Estado o pone en peligro la vida de la nación. Si bien los Estados deben —indudablemente— satisfacer las condiciones establecidas por su legislación interna, están igualmente constreñidos a cumplir con la normativa internacional. Las decisiones de los Estados quedan sujetas al escrutinio internacional.<sup>97</sup> Esto queda vigente, incluso si al interior de los estados hubiera diferentes tipos de estados de excepción, como pueden ser estado de emergencia (grave o no), estado de excepción, estado de sitio, estado de conmoción interna, estado de calamidad pública.<sup>98</sup>

Conforme a la normativa internacional de derechos humanos, el estado de emergencia debe cubrir ciertos requisitos: excepcionalidad,<sup>99</sup> con objetivos claros, interpretación restrictiva,<sup>100</sup> requerido por las circunstancias urgentes,<sup>101</sup> publicidad —con sus dos componentes de proclamación y notificación—,<sup>102</sup> naturaleza temporal,<sup>103</sup> limitado a regiones específicas,<sup>104</sup>

<sup>96</sup> Artículos 27.1, CADH, y 4.1, PDCP.

<sup>97</sup> European Commission of Human Rights, “The Greek Case”, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1969, pp. 71 y 72.

<sup>98</sup> Cfr. Labardini, Rodrigo, “Emergency Situations”, en Forsythe, David P. (ed.), *Encyclopedia of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 128-134.

<sup>99</sup> Como exclusiva excepción al Estado de derecho.

<sup>100</sup> Como una aplicación práctica del principio *pro persona*, para preservar con la mayor extensión posible los derechos vigentes, antes y durante la suspensión de derechos.

<sup>101</sup> Requiriendo que las medidas normales para enfrentar la situación resultan inadecuadas para contener la amenaza y que las medidas de emergencia son necesarias y estrictamente proporcionales a la amenaza.

<sup>102</sup> El estado de emergencia debe ser proclamado oficialmente por el Estado y notificarse a los órganos internacionales de supervisión y monitoreo de derechos humanos. Debe subrayarse que debe cumplirse con todos los regímenes jurídicos y obligaciones internacionales aplicables. En el caso de México debería notificarse a la Secretaría General de la OEA y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Secretaría General de la ONU y al Comité de Derechos Humanos de la ONU, que respectivamente aplican las disposiciones de la CADH y el PDCP.

<sup>103</sup> Que debe ser breve. Egipto ha estado bajo legislación de emergencia desde 1967 (salvo por un periodo de dieciocho meses en 1980), Brunei Darusalam desde 1962 e Israel desde 1948.

<sup>104</sup> La proclamación oficial debe manifestar el territorio donde se aplicará la excepcionalidad.

aplicación no discriminatoria,<sup>105</sup> preservación en toda circunstancia de derechos no derogables<sup>106</sup> y consistencia.<sup>107</sup> De especial relevancia es la complementariedad de las normas internacionales entre sí e igualmente con el régimen interno nacional. Las medidas de emergencia requieren satisfacer los requisitos fijados por las normas internas e internacionales —pero de todos los regímenes jurídicos, no sólo el establecido por un tratado del que México sea parte—.

La reforma introduce aquí unos ligeros pero sustantivos cambios. Incorpora el concepto de poder restringir derechos, en adición a la suspensión de los mismos. La suspensión se refiere a que los derechos quedarán sin efecto durante el lapso de afectación, pero al término del mismo se restablecen como si no hubiera ocurrido la misma. Por ello se la ha considerado también como un ejemplo de una sanción —entiéndase castigo—.<sup>108</sup> Implica que los derechos se restablecen al concluir la suspensión, como ocurre con la suspensión de derechos ciudadanos (artículo 38 constitucional).<sup>109</sup>

<sup>105</sup> Que no puede estar motivada por razones de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (seis puntos coincidentes entre CADH y PDCP).

<sup>106</sup> *Cfr. infra* texto que acompaña a las notas 134 a 148 y 163 a 164.

<sup>107</sup> Las medidas adoptadas no pueden ser incompatibles con otras obligaciones internacionales. Es decir, que el entramado del andamiaje jurídico internacional debe ser visto como un *corpus iuris* total y completo. Deben satisfacerse todas las obligaciones de todo tratado. *Cfr.* Labardini, “Emergency Situations...”, *cit.*, pp. 128-134.

<sup>108</sup> “La suspensión de los derechos políticos y de los derechos civiles adquiere el carácter de una sanción, de una pena propiamente dicha en unos casos; y, en otros, como una mera consecuencia de la pena de prisión de la que es accesoria”. Nieto González, José Francisco, “La suspensión de los derechos políticos y los derechos civiles en las resoluciones judiciales penales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 25, 2008, p. 147.

<sup>109</sup> “Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señale la ley; II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; III. Durante la extinción de una pena corporal; IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes; V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión”. “La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y *la manera de hacer la rehabilitación*” (las cursivas son mías).

Pero en la reforma, la *restricción* de derechos tiene una connotación diversa. La restricción puede referirse a la afectación de la extensión en que aplique el derecho. De igual forma, la restricción podría significar que se aplicara al derecho respectivo, pero acotándolo en su extensión, aunque no necesariamente sólo en el caso de un estado de emergencia, pues restricciones puede haber en situaciones no de excepción. En cambio, la suspensión alude a que el derecho en su totalidad estaría afectado, pero sólo durante el lapso de suspensión.

La propia CPEUM nos habla de derechos restringidos.<sup>110</sup> Los ministros de culto tienen restringido su derecho a ejercer cargos públicos, y sólo cuentan con voto pasivo pero no activo.<sup>111</sup> Es de destacar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP)<sup>112</sup> otorga estos derechos a toda persona. La situación mexicana quedó salvada porque al ratificar este tratado, México presentó en 1981 una reserva expresa por cuestión del voto activo y pasivo<sup>113</sup> para luego restringirla sólo al voto pasivo.<sup>114</sup>

Otro ejemplo es el derecho al voto de todo ciudadano mexicano, pues el artículo 41, CPEUM, establece el sistema de candidaturas a cargos de elección popular por partidos políticos. El caso Yatama<sup>115</sup> prescribe que:

<sup>110</sup> Cfr. Adame Goddard, Jorge, Análisis de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, [http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/184](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/184) (consultado el 23 de febrero de 2012).

<sup>111</sup> “En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados”, artículo 130-d.

<sup>112</sup> Véase *supra* nota 55.

<sup>113</sup> “Artículo 25, inciso b). El Gobierno de México hace igualmente reserva de esta disposición, en virtud de que el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que los ministros de los cultos no tendrán voto pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos”.

<sup>114</sup> “El Gobierno de México hizo el retiro parcial de la reserva que formuló al artículo 25, inciso b), siendo aprobado por el Senado de la República el 4 de diciembre de 2001 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de enero de 2002. Mediante Nota CJA 685, del 14 de febrero de 2002, se notificó al secretario general de las Naciones Unidas el retiro referido, en el que se elimina la expresión voto activo, en virtud de que en el artículo 14 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público se faculta a los ciudadanos mexicanos de cualquier culto a que ejerzan el derecho de voto activo en los términos de la legislación electoral aplicable”.

<sup>115</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de junio de 2005.

La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones... La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.<sup>116</sup>

Siguiendo la Observación General número 25 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, los Estados pueden regular en su legislación la postulación de candidaturas exclusivamente a través de partidos políticos, *mientras la misma sea razonable*. La Corte-IDH concluyó, en el caso Castañeda,<sup>117</sup> que dicha observación lo que prohíbe es que la regulación obligue, de forma excesiva, a que los candidatos sean miembros o afiliados de partidos políticos.<sup>118</sup> Vale recordar que en México no es requisito ser afiliado del partido político para ser postulado por el mismo a un cargo de elección popular. El sistema mexicano queda a salvo, porque algunas opciones vigentes son formar un partido político, ingresar a un partido político y por la vía interna ser nominado como candidato, ser postulado como candidato externo de un partido político o formar una agrupación política nacional,<sup>119</sup> y por contar con mecanismos para cargos públicos mediante el sistema de usos y costumbres.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> Parágrafo 206.

<sup>117</sup> Corte IDH, Caso Castañeda Gutman *vs.* México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 6 de agosto de 2008, serie C, núm. 184.

<sup>118</sup> *Cfr.* párrafos 163 y 164.

<sup>119</sup> En Yatama, la Corte-IDH concluyó que participar políticamente a través de un partido político para personas pertenecientes a una comunidad indígena es una situación desproporcionada y ajena a sus usos y costumbres, ello no debería considerarse injustificado para el señor Castañeda, pues además de no acreditar que representaba a una comunidad vulnerable o marginada, tenía también diversas alternativas para postularse como candidato a la presidencia conforme al sistema electoral mexicano: formar un partido político, ingresar a un partido político y por la vía interna ser nominado como candidato, ser postulado como candidato externo de un partido político o formar una agrupación política nacional. Yatama, párrafos 172 y 202.

<sup>120</sup> Para mayor información, véase Pelayo Möller, Carlos María y Vázquez Camacho, Santiago, "El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos",

Otro elemento de gran relevancia toca a la restricción o suspensión del *ejercicio* de los derechos y garantías. Esto recuerda a los conceptos de derecho interno relativos al goce de derechos y al ejercicio de derechos. Un ejemplo internacional, en este sentido, son los derechos políticos. La CADH expresa al efecto que “todos *los ciudadanos deben gozar* de los siguientes derechos y oportunidades”.<sup>121</sup> Pero los mismos pueden ser *reglamentados* en su ejercicio, aunque sólo en razón por motivos específicos: edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o por sentencia penal.<sup>122</sup>

Reglamentar un derecho no significa *per se* que pueda ser restringido. El artículo 13.2 de la CADH<sup>123</sup> prescribe que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y en el artículo 13.3 manifiesta que puede haber *restricciones* a dicha libertad.<sup>124</sup> De esta forma, si bien se prohíbe la censura previa, “también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas *restricciones* tienen carácter excepcional y *no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario*, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”.<sup>125</sup> De esta forma, la Corte-IDH va

*Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. IX, 2009, pp. 791-812.

<sup>121</sup> Artículo 23.1 (las cursivas son mías).

<sup>122</sup> “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”, CADH, artículo 23.2

<sup>123</sup> “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

<sup>124</sup> “3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

<sup>125</sup> Corte-IDH, Caso Kimel *vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 54 (citando Corte-IDH, Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, párr. 120; Corte-IDH, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111, párr. 95, y

identificando que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”,<sup>126</sup> y que “cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material”.<sup>127</sup> Pero esas restricciones y limitantes sólo pueden ser establecidas atenta una necesidad y ello “dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”.<sup>128</sup> Así, podría concebirse que la imposición de restricciones varias podría convertirse en una limitación al derecho respectivo, en particular si no se ha demostrado que la(s) medida(s) impuesta(s) sea(n) necesaria(s) frente al riesgo de afectar otros derechos o garantías jurídicas. Es decir, “la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>129</sup> En otras palabras, “se desprende de la reiterada mención a las ‘instituciones democráticas’, ‘democracia representativa’ y ‘sociedades democráticas’ que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es ‘necesaria para asegurar’ uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, *tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas*”.<sup>130</sup> En el foro europeo han tenido práctica similar: “toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue”.<sup>131</sup>

Corte-IDH, Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párr. 79) (las cursivas son mías).

<sup>126</sup> *Cfr.* Corte-IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párr. 40; y Corte-IDH, Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151, párr. 89.

<sup>127</sup> Corte-IDH, Caso Kimel *vs.* Argentina, *supra* nota 125, párr. 63.

<sup>128</sup> Corte-IDH, Caso Ricardo Canese, *supra* nota 125, párr. 96.

<sup>129</sup> *Idem.* Asimismo, *cf.* Caso Herrera Ulloa, *supra* nota 125, párrs. 121 y 123; Colegiación Obligatoria de Periodistas, *supra* nota 126, párr. 46, Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), Case of The Sunday Times *vs.* United Kingdom, *supra* nota 119, párrafo 59; y CEDH, Case of Barthold *vs.* Germany, *supra* nota 119, párrafo 59.

<sup>130</sup> Colegiación Obligatoria de Periodistas, *supra* nota 126, párr. 42.

<sup>131</sup> *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Scharsach and News Verlagsgesellschaft *vs.* Austria, núm. 39394/98, § 29, ECHR 2003-XI; CEDH, Perna *vs.* Italy [GC], núm. 48898/98, § 39, ECHR 2003-V; CEDH, Dichand and others *vs.* Austria, núm. 29271/95,

## B. *Párrafo segundo*

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.<sup>132</sup>

Este párrafo resulta medular para proteger y promover los derechos humanos. Define los derechos que en ninguna circunstancia pueden ser objeto de restricción ni suspensión, sin importar la gravedad de la amenaza que llegara a enfrentar la nación.

Este párrafo segundo del artículo veintinueve incorpora expresamente en la Constitución diversos derechos como no suspendibles. Una gran mejora y precisión del sistema jurídico, dándole mayor certeza jurídica a la persona. Los derechos no suspendibles son: a) A la no discriminación, b) Al reconocimiento de la personalidad jurídica, c) A la vida, d) A la integridad personal, e) A la protección a la familia, f) Al nombre, g) A la nacionalidad, h) Los de la niñez, i) Los políticos, j) A las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna, k) El principio de legalidad y retroactividad, l) La prohibición de la pena de muerte, m) La prohibición de la esclavitud y la servidumbre, n) La prohibición de la desaparición forzada, o) Prohibición de la tortura, y p) De las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos previamente mencionados.<sup>133</sup>

§ 37, ECHR, 26 de febrero de 2002; CEDH, Case of Lehideux and Isorni *vs.* France, Judgment, 23 de septiembre de 1998, § 55.

<sup>132</sup> El párrafo es nuevo. No tenía equivalente previo a la reforma del 10 de junio de 2011.

<sup>133</sup> “La implantación del estado de emergencia —cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno— no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados partes están obligados a establecer, según la misma Convención”, Corte-IDH, Caso Castillo Petruzzi *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 186; Cor-

Los derechos mencionados resultan esenciales para la vida de las personas. Llegar a suspender el derecho al nombre o a la personalidad jurídica, permitiría violar los derechos de las personas sin formalmente afectarlas pues carecerían de nombre —con lo que se volverían inidentificables—. Si carecieran de personalidad jurídica se les habría reificado y por tanto se encontrarían carentes de derechos.

El legislador revisor permanente parece mostrar su preocupación por el bienestar físico de la persona. Indica que no puede suspenderse el derecho a la integridad —con lo que preserva la obligación positiva del Estado: respetar a una persona— y remata el asunto prohibiendo la tortura —con lo que subraya la obligación negativa: no torturar a una persona—. Sin embargo, ambos conceptos se orientan a lo mismo; derecho a la integridad es el concepto que utiliza la CADH para impedir la tortura y que en el sistema interamericano de derechos humanos vuelve a reiterarse en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.<sup>134</sup>

Esta reforma al artículo evidencia también una realidad contemporánea: la globalización es cada vez más presente, y el mundo internacional crecientemente se impone y la CPEUM se doblega ante el derecho internacional. El catálogo de derechos no suspendibles deriva de obligaciones internacionales con que ya cuenta el Estado mexicano. México cuenta con estas obligaciones de no suspender varios derechos desde 1980, cuando ratificó varios tratados de derechos humanos: listado de derechos que fue incrementando con el tiempo —evidenciando asimismo la naturaleza progresiva de la materia—.

La CADH y el PDCP expresamente prohíben suspender: a) El derecho a la vida,<sup>135</sup> b) El derecho a la no tortura<sup>136</sup> (que en la CADH se refiere como integridad personal y en el PDCP como tortura) (la tortura también se define como no suspendible en los tratados de ONU y OEA contra la

te-IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9, párr. 25.

<sup>134</sup> Artículo 5, *DOF* de 11 de septiembre de 1987.

<sup>135</sup> Artículos 27.2, CADH, en relación al 4, CADH, y 4.2, PDCP, en relación al 6, PDCP.

<sup>136</sup> Artículos 27.2, CADH, en relación al 5, CADH, y 4.2, PDCP, en relación al 7, PDCP.

tortura),<sup>137</sup> c) La prohibición de la esclavitud y la servidumbre,<sup>138</sup> d) Derecho a la personalidad jurídica<sup>139</sup> y e) La libertad al pensamiento, conciencia y religión.<sup>140</sup> La desaparición forzada de personas está prohibida en toda circunstancia, incluyendo estados de emergencia, excepción, suspensión de garantías individuales o inestabilidad política, por las convenciones de la ONU y la OEA contra la desaparición forzada de personas.<sup>141</sup>

Derechos declarados internacionalmente no suspendibles por la CADH son: a) El principio de legalidad y retroactividad<sup>142</sup> —aunque el PDCP indica que no habrá aplicación jurídica retroactiva en perjuicio de una

<sup>137</sup> “No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 5, *DOF* de 11 de septiembre de 1987. “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes, artículo 2.2, *DOF* de 6 de marzo de 1986.

<sup>138</sup> Artículos 27.2, CADH, en relación al 6, CADH, y 4.2, PDCP, en relación al 8.1 y 8.2, PDCP.

<sup>139</sup> Artículos 27.2, CADH, en relación al 3, CADH, y 4.2, PDCP, en relación al 16, PDCP.

<sup>140</sup> Artículos 27.2, CADH, en relación al 12, CADH (que la CADH denomina como libertad de conciencia y religión), y 4.2, PDCP, en relación al 18, PDCP.

<sup>141</sup> “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales”. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo 1(a), *DOF* de 6 de mayo de 2002. “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada”. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 1.2, *DOF* de 22 de junio de 2011. Si bien la Convención de Naciones Unidas se publicó en el *DOF* después de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, México la firmó el 6 de febrero de 2007, la ratificó el 18 de diciembre de 2007, y entró en vigor internacionalmente y para México el 23 de diciembre de 2010.

<sup>142</sup> Artículo 27.2, CADH, en relación al 9, CADH.

persona, pero sí en su beneficio—,<sup>143</sup> b) Protección a la familia,<sup>144</sup> c) Derecho al nombre,<sup>145</sup> d) Derechos del niño,<sup>146</sup> e) Derecho a la nacionalidad,<sup>147</sup> f) Derechos políticos,<sup>148</sup> g) Así como tampoco pueden suspenderse las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.<sup>149</sup>

La CPEUM ahora incluye también como no suspendible la prohibición de la pena de muerte. Esto es una situación interesante y complicada a la vez. La pena de muerte no se encuentra prohibida en los tratados generales de derechos humanos —CADH y PDCP—. Ello se debe a que cuando se adoptaron dichos tratados —CADH en 1969 y PDCP en 1966—, la entonces mayoría de Estados aún preveía la pena de muerte.<sup>150</sup> La pena de muerte se encuentra prohibida en tratados particulares sobre el tema. Éste fue el acomodo internacional. Un tratado general no prohíbe la pena de muerte, ya que la mayoría de Estados no lo hubieran aceptado, pero se permitió su prohibición específica para que los Estados que así desearan, se comprometieran de manera particular. De entre los tratados ratificados por México,<sup>151</sup> la pena de muerte está prohibida en el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado

<sup>143</sup> “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Artículo 15.1, PDCP, no suspendible por el artículo 4.2, PDCP.

<sup>144</sup> Artículo 4.2, CADH, en relación con el 17, CADH.

<sup>145</sup> Artículo 4.2, CADH, en relación con el 18, CADH.

<sup>146</sup> Artículo 4.2, CADH, en relación con el 19, CADH.

<sup>147</sup> Artículo 4.2, CADH, en relación con el 20, CADH.

<sup>148</sup> Artículo 4.2, CADH, en relación con el 23, CADH.

<sup>149</sup> Artículo 4.2, CADH.

<sup>150</sup> En 1977, sólo 16 Estados habían abolido la pena de muerte para cualquier delito. A diciembre de 2010 había 96 Estados que la habían abolido para cualquier delito y más de las dos terceras partes de los Estados la habían abolido por ley o en la práctica. De los 53 Estados retencionistas, 23 de ellos la aplicaron en 2010. Amnesty International, “Figures on the Death Penalty”, disponible en <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/numbers> (consultado el 24 de febrero de 2012).

<sup>151</sup> En el ámbito europeo se encuentra prohibida en el Protocolo núm. 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, Estrasburgo, 28 de abril de 1983.

a Abolir la Pena de Muerte<sup>152</sup> y en el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.<sup>153</sup> Adicionalmente, si bien la CADH no prohíbe dicha pena, sí impide su reinstalación en los Estados en donde se hubiera abolido,<sup>154</sup> como es el caso de México a partir del 9 de diciembre de 2005.<sup>155</sup>

La situación se torna complicada si consideramos que esta prohibición específica —y para estos efectos, todas las limitaciones que se encuentren en la CPEUM— fue resultado de la voluntad del poder revisor permanente. Desde 2008, el Partido Verde Ecologista Mexicano (PVEM) ha propuesto como plataforma política el restablecer la pena de muerte en territorio mexicano.<sup>156</sup> Si se cumplieran y se siguieran todos los cauces constitucionales

<sup>152</sup> “No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado parte en el presente Protocolo”, artículo 1.1, *DOF* de 26 de octubre de 2007. El Protocolo se reserva el derecho de aplicarla en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra, artículo 2.1.

<sup>153</sup> “Los Estados partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción”, artículo 1 (*DOF* de 9 de octubre de 2007). El Protocolo no admite reservas salvo que los Estados manifiesten reservarse el derecho de aplicarlo en tiempo de guerra conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar, artículo 2.

<sup>154</sup> “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

<sup>155</sup> Reforma constitucional publicada en el *DOF* el 9 de diciembre de 2005. En 2005 se retiró la pena de muerte del texto constitucional. Aunque debe señalarse que no se aplicaba en México desde 1942 o 1961, según la fuente. *Cfr.* Labardini, “Life Imprisonment and Extradition: Historical Development, International Context, and the Current Situation in Mexico and the United States”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Southwestern University School of Law, primavera de 2005, p. 91.

<sup>156</sup> En el 2008, el PVEM presentó ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión un paquete integral de siete iniciativas tendientes a reducir la incidencia de secuestros en el país, con medidas que incluyen la aplicación de la pena de muerte en algunas modalidades de ese delito. La diputada Gloria Lavara Mejía explicó que diversos estudios ponen de manifiesto que la pena de muerte disuade la comisión de delitos, puesto que es más temida por delincuentes que la cadena perpetua. Puso como ejemplo el hecho de que en Estados Unidos de América, el 99% de los condenados luchan hasta la fase final de sus juicios por una sanción en vida, no por una sentencia de muerte. Agregó que su iniciativa propone que sean los jueces quienes dispongan si el castigo aplicable en estos casos es la prisión vitalicia o la pena de muerte y, a fin de evitar injusticias, propone que la SCJN confirme o revoque tales sanciones a partir de criterios que no dejen lugar a dudas sobre la culpabilidad de un indiciado. PVEM, Boletín de Prensa 109/08, publicado el 20 de agosto de 2008, disponible en el portal electrónico del PVEM: <http://www.pvem.org.mx> (consultado el 25 de julio de 2009). La proposición con punto de acuerdo para que la “Cámara de Diputados realice foros de debate sobre la aplicación de la pena de muerte en el país y su

mexicanos vigentes, y, por ejemplo, se obtuviera una mayoría del 70% a nivel nacional, o por lo menos en el congreso federal,<sup>157</sup> y se acompañara a esto la mayoría de las legislaturas estatales, que aprobaran el restablecimiento de la pena de muerte, no quedaría más opción que concluir que quedarían satisfechos los requisitos constitucionales *formales* y podría reincorporarse la pena de muerte. Sin embargo, esta posibilidad se encontraría precluida por el artículo 4.3 de la CADH y los referidos protocolos (subrayo que el tema de derechos humanos es de naturaleza progresiva y muchas veces lo que antes estaba permitido ahora puede ya no estarlo).<sup>158</sup> Esto provocaría un claro enfrentamiento entre las normas constitucional e internacional. Habría de generarse responsabilidad internacional para el Estado mexicano. Provocaría el enfrentamiento entre la voluntad popular —expresada a través de los representantes legislativos— y los compromisos internacionales.

La reforma corrige aspectos normativos de carácter esencial para la persona —nacional y extranjera— en México, como era el caso de la posible suspensión del derecho a la vida. Bajo el texto previo a la reforma, se contemplaba la suspensión de las garantías “que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación”, sin expresar la protección del derecho a la vida. La redacción, antes de la reforma del 10 de junio de 2011, hacía contemplar que el derecho a la vida podía suspenderse debido a que:<sup>159</sup> a) No estaba expresamente protegida en la Constitución, previo al 10 de junio de 2011, b) La CPEUM de 1917 es una reforma a la CPEUM de 1857, y ésta permitía la suspensión de garantías “con excepción (*sic*) de

posible eficacia como medida de sanción punitiva” fue presentada por la diputada Gloria Lavara Mejía y el senador Javier Orozco Gómez ante la Comisión Permanente de la Cámara de Senadores el 21 de enero de 2009. Dicha Comisión emitió un punto de acuerdo que establece: “la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión respalda la propuesta del grupo parlamentario del Partido Verde para realizar foros para analizar el catálogo de delitos graves, el incremento de penas y la pertinencia de incorporar la pena de muerte como medida para combatir la delincuencia”, *Gaceta del Senado*, Comisión Permanente, núm. 319, miércoles 21 de enero 2009, <http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2009/01/21/1&documento=17>.

<sup>157</sup> En donde para lograr una reforma constitucional se requiere dos tercios de ambas cámaras, artículo 135, CPEUM.

<sup>158</sup> “Teniendo en cuenta el hecho de que la Convención es un instrumento viviente que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”, *Selmouni vs. France*, App. núm. 258003/94, 1999-V Eur. Ct. H. R. 155, para. 101 (trad. del autor).

<sup>159</sup> Labardini, “Una lectura constitucional...”, *cit.*, pp. 21-27.

las que protegen la vida”, y —más grave— c) La Comisión Dictaminadora de este artículo en 1917 expresamente contempló suspender el derecho a la vida, ya que “casos habrá, y se han visto ejemplos prácticos, en que *si la suspensión de garantías no comprende también las que protegen la vida*, no producirá aquella medida otro resultado que poner en descubierto la importancia del poder público para garantizar la seguridad social”.<sup>160</sup> En consecuencia, el Congreso Constituyente originario, en un acto de plena volición, decidió suspender la vida de todos los habitantes de la República ante casos graves que afectan la vida de la nación. Lo cual resultaba una situación muy incómoda —y un posible incumplimiento internacional—, pues la CADH y el PDCP expresamente prohíben suspender, entre otros,<sup>161</sup> el derecho a la vida sin importar las circunstancias.<sup>162</sup> La reforma corrige este punto en particular, pues expresamente prohíbe restringir o suspender *el ejercicio* del derecho a la vida. Sin embargo, como abogado del diablo podría hipotéticamente imaginarse que podría restringirse o suspenderse *el goce* de este derecho, lo que sería muy grave pues si no se goza del derecho, menos podría ejercerse.<sup>163</sup>

Vale señalar que si el legislador revisor permanente incorporó los derechos no suspendibles a los que ya estaba obligado internacionalmente, habría debido incorporar todos. No es explicable por qué no expresamente se incluyeron los siguientes derechos en la CPEUM, ya prohibidos en tratados ratificados por México:

1) No ser encarcelado, por no cumplir una obligación contractual —establecido como no suspendible por el PDCP—. <sup>164</sup>

<sup>160</sup> Cfr. Labardini, Rodrigo, “Los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo”, en Arjona, Juan Carlos y Hardaga, Cristina (comps.), *Terrorismo y derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana-Ediciones Fontamara, 2008, pp. 524 y 527 (las cursivas son mías). Este cambio fue una de las dos modificaciones racionales realizadas al artículo correspondiente de la CPEUM, 1857. La otra fue establecer que la suspensión de garantías podía no ser en la totalidad del territorio, sino sólo en una parte de él. Labardini, “Una lectura constitucional...”, *cit.*, pp. 21-27.

<sup>161</sup> Labardini, Rodrigo, *Emergency Situations*, en Forsythe, David (ed.), *Encyclopedia of Human Rights*, t. 2, Oxford University Press, 2009, pp. 128-134.

<sup>162</sup> Artículos 27(2) y 4(2), respectivamente.

<sup>163</sup> Pero, véase *supra* nota 33.

<sup>164</sup> “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, 11, PDCP, no suspendible por el artículo 4.2, PDCP.

2) El derecho *nullum crimen sine lege* con alcances nacionales e internacionales —definido como no suspendible por el PDCP—. <sup>165</sup>

Posiblemente no se incluyeron estos derechos en el catálogo constitucional recientemente aprobado, porque el legislador lo estimó inapropiado. Por lo cual, podrían ser considerados como derechos constitucionalmente no suspendibles pero sí restringibles. En otras palabras, es claro que estos derechos siguen siendo no suspendibles, aún cuando la CPEUM no los haya incorporado, debido a que son obligaciones internacionales mexicanas en los términos de los tratados ratificados por México. Y podría igualmente considerárseles como *no restringibles* para mantener la consistencia con las obligaciones internacionales del Estado mexicano. La alternativa sería considerar que el legislador quizás meditó que estos derechos siguen siendo no suspendibles —conforme a los tratados de los que México es parte, en particular por el artículo 4.2, PDCP, en relación con los artículos 11 y 15, PDCP— pero que sí podrían ser restringibles, en términos de los artículos 1o. y 29, 2o. párrafo, constitucionales. Restricciones que de todos modos deben satisfacer requisitos establecidos por la práctica y jurisprudencia internacional. <sup>166</sup>

### C. *Párrafo tercero*

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. <sup>167</sup>

<sup>165</sup> Cfr. el texto del artículo 15.1, PDCP, *supra* nota 143. El artículo 15.2, PDCP, agrega que: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Esto es porque entre las fuentes del derecho internacional público se encuentran el derecho convencional, el derecho consuetudinario, los principios generales de derecho, la jurisprudencia y la doctrina de iuspublicistas. Artículo 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>166</sup> Cfr. *supra* texto que acompaña a las notas 121 a 131.

<sup>167</sup> El párrafo es nuevo. No tenía equivalente previo a la reforma del 10 de junio de 2011.

Elementos esenciales de esta disposición refieren que la restricción o suspensión debe estar no sólo fundada y motivada sino que requiere cumplir con los principios de legalidad. Párrafos antes hemos indicado que toca a la ley, en sentido formal y material, el definir las restricciones específicas.<sup>168</sup> Pero esas restricciones y limitantes sólo pueden ser establecidas atentas a una necesidad social, lo que “dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”.<sup>169</sup> “La restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.<sup>170</sup>

Los requisitos internacionales que deben satisfacerse —además de los nacionales que deben cumplir las declaratorias de estados de emergencia— son los siguientes: excepcionalidad, objetivos claros, interpretación restrictiva, requerido por circunstancias urgentes, publicidad —incluyendo proclamación y notificación—, temporalidad, limitado a regiones específicas, aplicación no discriminatoria, no derogabilidad de ciertos derechos y consistencia.<sup>171</sup> Debemos subrayar la necesaria complementariedad entre las normas internacionales y entre estas y la normativa nacional, en especial la constitucional. Su adecuada aplicación permite que las posibles lagunas de un dispositivo normativo puedan ser atendidas con disposiciones de otros esquemas jurídicos. Pero su importancia es mayor cuando hablamos de un estado de emergencia que, por definición, es el régimen jurídico que representa la ausencia del derecho con ánimo de reinstalar el Estado de derecho.<sup>172</sup> Para definir que la proclamación de un estado de emergencia se necesita satisfacer con el dispositivo constitucional sustantivo y transitorio,<sup>173</sup> sino además cumplir con los requisitos establecidos en la CADH y PDCP.<sup>174</sup>

<sup>168</sup> Cfr. Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 40, y Caso Claude Reyes y otros, párr. 89, ambos *supra* nota 126.

<sup>169</sup> Corte-IDH, Caso Ricardo Canese, *supra* nota 125, párr. 96.

<sup>170</sup> *Idem*. Asimismo, véase texto que acompaña *supra* a las notas 125 a 131.

<sup>171</sup> Labardini, “Emergency Situations...”, *cit.*, pp. 130-132. Asimismo, véase *supra* el texto que acompaña a las notas 99 a 107.

<sup>172</sup> Cfr. Agamben, *State of...*, *cit.*

<sup>173</sup> Artículos 29 y noveno transitorio (“Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto”).

<sup>174</sup> Cfr. texto que acompaña *supra* notas 91 a 107.

#### D. *Párrafo cuarto*

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.<sup>175</sup>

La reforma busca precisar el momento en que deben concluir la restricción o suspensión de derechos en una situación de estado de emergencia.<sup>176</sup> Al efecto manifiesta dos momentos: cuando se ha cumplido el plazo establecido al iniciar el estado de emergencia o porque así lo dispuso el Congreso. Adicionalmente, en un claro ejercicio y equilibrio de poderes, el Ejecutivo se encuentra limitado de objetar la conclusión de restricción o suspensión cuando lo ordenó el Congreso. Se trata de un punto adicional para tener que definir el contenido de una “restricción” y conforme al artículo 29, CPEUM, sólo podría tener lugar ante una situación grave que pusiera en peligro a la nación.

No obstante, al menos falta agregar dos supuestos. a) Que el propio presidente —quien ordenó la suspensión de derechos, con el acuerdo del gabinete y la aprobación del congreso— así lo disponga. Dado que el presidente estableció la suspensión, debe tener capacidad de terminar anticipadamente a lo previsto inicialmente. b) Que la situación se haya restablecido antes del plazo definido, al momento de la suspensión de derechos. Si la situación se ha restaurado, debe considerarse que la suspensión no puede ser más, pues resulta la interpretación más restrictiva y acorde con el principio *pro persona*.

<sup>175</sup> El párrafo es nuevo. No tenía equivalente previo a la reforma del 10 de junio de 2011.

<sup>176</sup> Debemos recordar que el concepto internacional de restricción no comporta necesaria e ineludiblemente su ocurrencia en un estado de emergencia y que, aún así, dichas restricciones no pueden ser de tal grado que limiten excesivamente los derechos respectivos. *Cfr. supra* notas 121 a 131.

### E. Párrafo quinto

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 (SCJN), la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.<sup>177</sup>

Finalmente, el legislador permanente revisor buscó establecer un candado adicional al Ejecutivo cuando se trate de estados de emergencia y excepción. La SCJN debe revisar todos los decretos que el Ejecutivo emita durante la restricción o suspensión para determinar su constitucionalidad y validez. Esto plantea unos problemas prácticos. La CPEUM no determina si el dictamen de constitucionalidad y validez que emita la SCJN deba ser previo a la adopción, publicación y/o ejecución de los respectivos decretos. Debido a que se trata de una situación de emergencia, existen argumentos para determinar que los decretos debieran ser revisados una vez promulgados por el Ejecutivo con el fin de no entorpecer la adopción de medidas que hubieran requerido una medida tan grave —y que ya cuenta con tantas salvaguardas—. Por otra parte, también podría argüirse que el dictamen previo del SCJN garantizaría la constitucionalidad de los decretos con el fin de ofrecer mayor certidumbre al proceso.

La CPEUM alude al dictamen de la SCJN sobre la constitucionalidad de los respectivos decretos. Pero después de las discusiones realizadas en 2010 y 2011 sobre el Caso Radilla,<sup>178</sup> debemos considerar que dicho análisis por la SCJN debe abarcar el control de convencionalidad, es decir, la conformación de los actos jurídicos internos a las convenciones internacionales, en particular las relativas a derechos humanos. Dicho control de convencionalidad tendría que evaluar la atingencia de la

<sup>177</sup> El párrafo es nuevo. No tenía equivalente previo a la reforma del 10 de junio de 2011.

<sup>178</sup> El 30 de agosto; el 2, 6 y 7 de septiembre de 2010, y el 4, 5, 7, 11 y 12 de julio de 2011, el pleno de la SCJN analizó los efectos que la sentencia Radilla tiene en México, y en particular sobre el Poder Judicial de la Federación. *Cfr.* las versiones estenográficas de dichas sesiones disponibles en [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx). Asimismo, véase Labardini, Rodrigo, “Derechos humanos y obligaciones internacionales judiciales”, *Defensa Penal, Interpretación y Análisis Jurídico*, México, núm. 30, diciembre de 2010, pp. 50-59, e *id.*, “¿Tienen los tribunales obligaciones internacionales?”, *Opinión, Crónica*, 4 de septiembre de 2010, p. 4.

declaratoria del estado de emergencia y los decretos que el Ejecutivo emitiera en su momento, en perspectiva con las convenciones internacionales de las que México sea parte en materia de derechos humanos. Dicho control tendría igualmente que abarcar la jurisprudencia que al efecto han emitido los órganos que las han aplicado —Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos en el sistema interamericano, y el Comité de Derechos Humanos y otros comités en el sistema universal de derechos humanos—. <sup>179</sup>

Restringir o suspender derechos sólo puede ocurrir para enfrentar a) Una “invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”, b) Sólo puede ser decretada por el presidente de la República, c) Con el acuerdo del gabinete,<sup>180</sup> d) Con la aprobación del Congreso<sup>181</sup> —que posteriormente podría revocar o terminar la suspensión—, e) Sólo es el ejercicio, f) De derechos y garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, g) Por tiempo limitado, h) Mediante prevenciones generales, i) Sin circunscribirse a una persona.<sup>182</sup> La restricción o suspensión puede ser en todo el país o lugar determinado.

Debido a la cantidad de requisitos que deben satisfacerse para restringir o suspender derechos es que el artículo se encuentra dentro del capítulo de derechos de la CPEUM. La Constitución contempla dicha posibilidad, pero es derecho de toda persona y obligación del Estado cumplir con todos esos

<sup>179</sup> En la medida en que este control de convencionalidad habría de abarcar las principales convenciones internacionales de las que México es parte, tendría que referirse además del CDH, y según el caso, a los comités contra la Tortura (CAT), la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de Derechos del Niño (CRC), de Derechos de Trabajadores Migratorios (CMW), de Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR).

<sup>180</sup> Titulares de secretarías de Estado y de la Procuraduría General de la República. Vale recordar que conforme al artículo 2o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, dependencias de la administración pública federal son secretarías de Estado, departamentos administrativos, y Consejería Jurídica. Sin embargo, la Procuraduría General de la República, que actúa en conjunto con el Ejecutivo federal, se encuentra “ubicada en el ámbito del Ejecutivo federal”, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículo 1o., 2o. párr.

<sup>181</sup> Si no estuviere reunido, debe convocársele de inmediato, artículo 29, 1er. párr., CPEUM.

<sup>182</sup> Cfr. Labardini, Rodrigo, “México y la suspensión del derecho a la vida”, *Defensa Penal, Interpretación y Análisis Jurídico*, México, núm. 29, octubre de 2010, pp. 46-51.

requerimientos. Por ello, se le puede concebir como un derecho. Cualquier desviación del texto constitucional —y para estos efectos, también los internacionales— volvería nugatoria al estado de emergencia.

Por lo anterior, observamos la reticencia del legislador constitucional para válidamente establecer un estado de emergencia en México. Si bien contempla la posibilidad, es claro que ha puesto múltiples escollos en el camino que limitan seriamente su posible real instalación.

### 7. *Artículo treinta y tres*

Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional *y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.*

El Ejecutivo de la Unión, *previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.*<sup>183</sup>

El primer párrafo fue separado en dos. El actual primer párrafo fue ajustado para homogeneizar el texto constitucional y manifestar que el extranjero es persona igual que todo mexicano, y de esta forma expresamente incluirlo como persona que no se encuentra desprotegida en México.

El actual segundo párrafo representa una mejoría sustancial respecto al texto previo. La CPEUM indicaba que el Ejecutivo de la Unión tenía “la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”. Múltiples sectores se manifestaron repetidamente en contra de esta disposición al expresamente señalar la inconsistencia de derechos en México, pues el extranjero podría gozar de las garantías constitucionales, pero carecía de la garantía de audiencia respecto a la posibilidad de disfrutar de dichas garantías. Es decir, si bien

<sup>183</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el texto constitucional prescribía: “Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución, pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”. El segundo párrafo del artículo 33 se convirtió en tercer párrafo actual.

gozaba de las garantías constitucionales —merced al entonces artículo primero—,<sup>184</sup> aparentemente no podía defender su estancia en México.

Existen dos posibles situaciones en las que un extranjero puede ser forzado a abandonar el territorio nacional. La actual Ley de Migración<sup>185</sup> —y de forma similar conforme a la antigua Ley General de Población— prevé las figuras jurídicas de la deportación y la expulsión.

La deportación se refiere a la facultad de la autoridad mexicana “para hacer abandonar el territorio nacional a aquél extranjero que no observó las disposiciones” legales mexicanas vigentes.<sup>186</sup> El extranjero deportado permanecerá presentado<sup>187</sup> en la estación migratoria correspondiente.<sup>188</sup> Dichas estaciones migratorias<sup>189</sup> deben cumplir con diversos requisitos que en la práctica los asimilan a centros de detención, pues, entre otros elementos, deben: evitar hacinamientos, contar con espacios de recreación deportiva y cultural, y atender los requerimientos alimentarios del extranjero presentado.<sup>190</sup> En particular, deben “Mantener en lugares separados y con medidas que aseguran la integridad física del extranjero, a hombres y mujeres, manteniendo a los niños preferentemente junto con su madre, padre o acompañante, excepto en los casos en que así convenga al interés superior del niño, niña o adolescente”.<sup>191</sup> En este ámbito, es claro que proceden los recursos jurídicos y administrativos en contra de los actos de la autoridad migratoria.<sup>192</sup>

<sup>184</sup> “Todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”, *supra* nota 22.

<sup>185</sup> *DOF* de 25 de mayo de 2011.

<sup>186</sup> “El Instituto contará con los mecanismos de retorno asistido y deportación para hacer abandonar el territorio nacional a aquél extranjero que no observó las disposiciones contenidas en esta Ley y su Reglamento”, artículo 115.

<sup>187</sup> Término que usa la Ley de Migración y referido al antiguo de “aseguramiento”. Presentación es “medida dictada por el Instituto mediante la cual se acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno”, Ley de Migración, artículo 3-XX.

<sup>188</sup> Ley de Migración, artículo 121.

<sup>189</sup> Que es “la instalación física que establece el Instituto para alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria”, Ley de Migración, artículo 3-X.

<sup>190</sup> Artículo 107, fracciones VI, VII y II, respectivamente.

<sup>191</sup> Ley de Migración, artículo 107, III.

<sup>192</sup> *Cfr. infra* texto que acompaña a las notas 205 y 206.

En décadas recientes, las autoridades ejecutivas y legislativas han hecho grandes esfuerzos para marcar la no criminalización de la migración. Por ello se utilizaba el término “aseguramiento” y no “detención”. Esto buscaba cierta consistencia conceptual para manifestar que la migración no era de corte penal y que las reglas de interpretación penal no pudieran ingresar en el tema. Sin embargo, la CPEUM manifiesta que la persona a expulsar por *non grata* queda bajo “detención”. Esto haría presumir que —por lo menos— la expulsión artículo 33 tendría posibles connotaciones penales y las reglas del debido proceso deben aplicarse en la materia.

El PDCP —un tratado de derechos humanos— prevé que un extranjero debe cumplir con la legislación local. Sólo puede ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Pero, “a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.<sup>193</sup> Es decir, por razones de imperiosa seguridad nacional, el extranjero podría no tener oportunidad de exponer sus razones ni de someter su caso a revisión ante autoridad competente.

El artículo 33 constitucional prevé la posibilidad de expulsar al extranjero en razón de la consideración de persona *non grata* que el Estado mexicano puede adscribirle. Se trata entonces de extranjeros que no tanto han incumplido sus condiciones de legal estancia en territorio nacional, sino que por causas diversas se estima que su presencia en México podría resultar “inconveniente”. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas —CVRD— (1961)<sup>194</sup> señala —en congruencia con el PDCP— que “*El Estado receptor podrá, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el jefe u otro*

<sup>193</sup> “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”, artículo 13.

<sup>194</sup> *DOF* de 3 de agosto de 1965 y 14 de septiembre de 1965.

miembro del personal diplomático de la misión es persona *non grata*, o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable”.<sup>195</sup> El Estado acreditante retirará a esa persona o terminará sus funciones en la misión correspondiente.<sup>196</sup> La facultad de expulsar a una persona *non grata* se circunscribe a extranjeros que tengan la calidad de representantes de Estados extranjeros (incluyendo diplomáticos y consulares).<sup>197</sup>

En términos del artículo 33 constitucional, la facultad de expulsar a un extranjero compete al “Ejecutivo de la Unión”. Para aludir al Congreso federal —constituido por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores—<sup>198</sup> la CPEUM<sup>199</sup> utiliza el vocablo “Congreso de la Unión” en 62 ocasiones<sup>200</sup> (y “Congreso” —sin adjetivo— en 33 ocasiones,<sup>201</sup>

<sup>195</sup> Artículo 9.1 (las cursivas son mías).

<sup>196</sup> Toda persona podrá ser declarada *non grata* o no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor. *Idem*. Si el Estado acreditante se negará a ejecutar sus obligaciones, el Estado receptor podrá negarse a reconocer como miembro de la misión a la persona de que se trate. Artículo 9.2.

<sup>197</sup> Si bien las misiones diplomáticas tienen como funciones, entre otras, representar al Estado acreditante ante el Estado receptor, y proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional, CVRD, artículo 3.1; dichas misiones también pueden realizar funciones consulares, CVRD, artículo 3.3. El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo, CVRD, artículo 2.

<sup>198</sup> “El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos cámaras, una de diputados y otra de senadores”, artículo 50.

<sup>199</sup> Los datos que siguen se refieren a la Constitución vigente al 21 de septiembre de 2010. *Cfr.* Labardini, “Una lectura constitucional...”, *cit.*, pp. 21-27 e *id.*, “La Ley Suprema...”, *cit.*, pp. 395-499.

<sup>200</sup> Artículos 2-B-IX-2o. párrafo, 3-VIII, 26-A-4o. párrafo, 26-B-3o. párrafo, 27-XVII, 28-4o. párrafo, 29, 32-2o. párrafo, 37-VI-2o. párrafo, 41-apartado A-f, 41-apartado D-V-8o. párrafo, 59, 63 (dos ocasiones), 69, 71-II, 73-VIII, 73-XV-4a., 77-IV, 78, 78-III, 84-3o. párrafo (dos ocasiones), 85 (tres ocasiones), 86, 87, 89-I, 89-VIII, 97-2o. párrafo, 102-B (tres ocasiones), 105-II-a (dos ocasiones), 105-II-b, 108, 109, 109-III-4o. párrafo, 110, 111, 117-IX (dos ocasiones), 118, 121, 122-A, 122-B-I, 122-B-III, 122-B-IV, 122-B-C-base primera-V-3o. párrafo, 122-B-C-base primera-V-ñ, 122-B-C-base segunda-II-a, 122-B-C-base quinta-F, 123-2o. párrafo, 127-VI, 130-2o. párrafo, 131-2o. párrafo, 132, 133 y 135 (dos ocasiones).

<sup>201</sup> Artículos 24-2o. párrafo, 27-8o. párrafo, 29 (dos ocasiones), 65 (tres ocasiones), 67, 69 (dos ocasiones), 70 (dos ocasiones), 72-B (dos ocasiones), 72-I, título de la sección III del

“Congreso Federal”<sup>202</sup> y “Congreso General”<sup>203</sup> en sendas tres ocasiones, y “Congreso Constituyente” una vez).<sup>204</sup> En consecuencia, cuando el legislador constitucional de la reforma utiliza la expresión “Ejecutivo de la Unión” —expresión utilizada desde la Constitución original de 1917—, parece reflejar que se trata no del Ejecutivo federal, sino el de la Unión. Es decir, se trataría del presidente de la República en funciones de jefe de Estado (que es el de la unión) y no de jefe de Gobierno (que es del orden de gobierno federal).

Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, los tribunales mexicanos habían definido que aún cuando la expulsión conforme al artículo 33 es una facultad exclusiva del Ejecutivo, el juicio de amparo procede en contra de la misma.<sup>205</sup> De igual forma, se indica que es un acto que no puede ser arbitrario y debe estar acorde a la CPEUM y la legislación mexicana, por

capítulo II del título tercero, 73, 73-III-2o., 73-III-6o., 76-I, 84 (seis ocasiones), 89-XI, 90, 93 (dos ocasiones), 102-penúltimo párrafo y 131-2o. párrafo (dos ocasiones).

<sup>202</sup> Artículos 37-C-II, 37-C-III y 37-C-IV.

<sup>203</sup> Artículos 44, 50 y 75, 2o. párrafo.

<sup>204</sup> Párrafo preambular.

<sup>205</sup> “De la lectura de los artículos 125 del Código Fiscal de la Federación y 11, fracciones XIII y XIV, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se obtiene, que contra la resolución que pronuncie el Comisionado del Instituto Nacional de Migración al resolver el recurso de revisión a que se refiere el precepto 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, procede el juicio de nulidad ante el indicado tribunal federal, aun cuando en él se ordene a un extranjero que abandone el país; lo anterior, en virtud de que en tratándose de esos actos, la legislación fiscal federal no exige mayores requisitos que los que contempla la Ley de Amparo para otorgar la suspensión del acto impugnado, pues *sus consecuencias no deben confundirse con la expulsión aplicada por el presidente de la República, de conformidad con el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CASO EN EL QUE SÍ RESULTARÍA PROCEDENTE EL JUICIO DE GARANTÍAS sin necesidad de agotar algún recurso o medio legal de defensa*, pues tratándose de tal determinación, la legislación de amparo, en su artículo 123, fracción I, prevé el otorgamiento de la suspensión de plano, misma que no establece el Código Fiscal de la Federación; en consecuencia, la resolución de mérito, no puede ser objeto de excepción para que sea combatida directamente a través del juicio de amparo, sin que previamente se haga valer el juicio de nulidad”. Definitividad en el amparo. Contra la determinación emitida por el Instituto Nacional de Migración al resolver el recurso de revisión a que se refiere el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, debe agotarse previamente el juicio de nulidad, IUS 175975 (2005). Tesis XX.1o.69 A, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006. Amparo en revisión (improcedencia) 533/2004. María José Yáñez Ruiz y otra. 9 de marzo de 2005 (las cursivas son mías).

lo que el juicio de amparo resulta procedente.<sup>206</sup> Así, previo a la reforma, el amparo ya procedía contra los acuerdos de deportación —por violación a las condiciones de legal estancia en México—. Pero *igualmente procedía* en contra de los acuerdos de expulsión en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 33 constitucional.

Si bien el recurso procede contra los acuerdos de deportación, el lapso que transcurre entre la emisión del acuerdo y su ejecución es muy breve, con lo que en la práctica se limita la posibilidad real de objetar cualquier posible inconstitucionalidad. Por tanto, la reforma busca que los acuerdos de deportación de la autoridad migratoria satisfagan los requisitos constitucionales y convencionales mexicanos. De esta forma, se pretende restringir las posibilidades de actuación arbitraria —que es diferente de actuar con discrecionalidad—.

Tenemos ahora un posible enfrentamiento entre las normas nacional e internacional. Pese a que el sistema jurídico nacional ya contemplaba la procedencia de recursos jurídicos en contra de las decisiones de las autoridades migratorias, la CPEUM ahora obliga a que para expulsar a cualquier extranjero —no sólo quienes hayan incumplido sus condiciones de legal estancia— se requiera celebrar una audiencia previa a la expulsión. Dado que los representantes de los Estados extranjeros son personas

<sup>206</sup> “El artículo 1o. de la Constitución federal establece la protección de ésta para todo individuo, esto es, para mexicanos y extranjeros, sin distinción de ninguna naturaleza. Igualmente previene que las garantías que otorga, no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma Constitución señala. Los artículos 103, fracción I y 107, que establecen el juicio de amparo, no hacen distinción alguna sobre los individuos o personas a quienes alcanza esa protección. Por tanto, *si el artículo 33 de la propia carta fundamental faculta al Ejecutivo de la Unión, en forma exclusiva, para hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de previo juicio, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, no exime a dicho alto funcionario, de la obligación que tiene, como toda autoridad en el país, de fundar y motivar la causa legal de su procedimiento, por la molestia que causa con la deportación, ya que esa garantía está establecida por el artículo 16 de la propia Constitución. En consecuencia, sus actos no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sujetos a las normas que la misma carta fundamental y las leyes establecen. Siendo así, procede el juicio de garantías contra sus determinaciones, conforme al artículo 103, fracción I, expresados, para lo cual debe seguirse el procedimiento establecido por la ley reglamentaria respectiva*”. Extranjeros, su Expulsión debe ser Justificada, IUS 906199 (1948). *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCV, Amparo penal. Revisión del auto que sobreseyó fuera de audiencia 8000/46. Tesis 1258, Diederichsen Trier Walter, quinta época, t. II, 28 de enero de 1948, apéndice 2000, penal, P. R. SCJN, p. 592 (las cursivas son mías). Asimismo véase Extranjeros, su Expulsión debe ser Justificada, IUS 320612 (1948).

extranjeras, en caso de que el Ejecutivo de la Unión deseara expulsar, por considerar persona *non grata*, al representante de un Estado extranjero, estaría obligado por la Constitución a celebrar una audiencia antes de una expulsión. Adicionalmente, atendiendo al principio *pro persona* contemplado ahora en el artículo primero, aparentemente ésta debiera ser la interpretación a aplicar por tratarse de la que más favorece a la persona. Ello pese a lo previsto por el PDCP y la CVRD —tratados en vigor de los que México es parte y, por tanto, también de la LSTU (artículo 133 constitucional)— de poderlo no sólo expulsar sino incluso no dar razones para la expulsión. Esto es porque las relaciones exteriores y la política exterior es una facultad del Estado *in totum*, que debe ser ejercido por el poder que representa al Estado: el Ejecutivo federal.<sup>207</sup> Una parte de ese conjunto de relaciones consiste precisamente en definir si algún representante extranjero —conforme a la CVRD— o una persona —conforme al PDCP— es aceptable para el Estado mexicano.<sup>208</sup> En consecuencia, aparentemente la expulsión de un representante extranjero debería proceder sin posibilidad de apelación alguna, con la discreción o publicidad que el Estado receptor deseara, precisamente por tratarse de una facultad de política exterior que afecta al Estado *in totum*. Esto plantearía serios problemas prácticos, pues para lograr la expulsión de la persona *non grata* seguramente tendría que notificarse a la persona y al Estado extranjero de lo que se pretende hacer, con lo que restringiría la política exterior mexicana.

En consecuencia, tomando en consideración ambos regímenes jurídicos —constitucional e internacional—, los temas que se tocan —constitucional, derechos humanos, derecho internacional, relaciones internacionales y política exterior—, así como la intención de lograr una complementariedad normativa, este conjunto de disposiciones debiera interpretarse en el sentido de que el representante extranjero, quien sí es una persona física, como representante extranjero actúa durante su estancia en México, en representación de un Estado extranjero, y que goza de inmunidades y privilegios de conformidad con la CVRD. Esta sola situación hace ver

<sup>207</sup> La conducción de la política exterior es facultad exclusiva del presidente de la República, artículo 89-X constitucional.

<sup>208</sup> “1. El Estado acreditante deberá asegurarse de que la persona que se proponga acreditar como jefe de la misión ante el Estado receptor ha obtenido el asentimiento de ese Estado. 2. El Estado receptor no está obligado a expresar al Estado acreditante los motivos de su negativa a otorgar el asentimiento”, CVRD, artículo 4.

que no es un extranjero en igualdad de circunstancias, que otro extranjero en territorio nacional. Ambos deben cumplir con la legislación nacional. Pero el representante de Estado extranjero cuenta con dichos privilegios e inmunidades, y por ello cae en un régimen jurídico diverso. Dado que representa al Estado extranjero —y es representante extranjero las veinticuatro horas al día—, debemos concluir que sí procedería la expulsión de la persona *non grata*, pues *es* el Estado extranjero al que se estaría expulsando como acto de política exterior enmarcado en el derecho internacional. La única forma de expulsar al Estado extranjero —que no implica suspensión ni terminación de relaciones diplomáticas— es a través del representante mismo. En caso de renunciar a sus labores o el Estado acreditante terminara su acreditación, la persona física extranjera —antiguo representante de Estado— gozaría inmediatamente de los derechos previstos constitucional e internacionalmente para todo extranjero, igual que aquellos que nunca fungieron como representantes extranjeros.

Un caso adicional es relativo a la doble nacionalidad. A partir de 1997, por mandato constitucional la nacionalidad mexicana por nacimiento<sup>209</sup> no se puede perder.<sup>210</sup> En consecuencia, si algún mexicano adquiriera nacionalidad extranjera poseería doble nacionalidad. De ser el caso, sería mexicano y extranjero. La expulsión —artículo 33— y la deportación se refieren exclusivamente a la posibilidad de que un extranjero abandone el territorio nacional. *Ergo*, no podrían aplicarse ambas figuras al doble nacional, pues si bien cuenta con nacionalidad extranjera, sigue siendo mexicano.

<sup>209</sup> “La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. A) Son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional; III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes”, artículo 30, A, CPEUM.

<sup>210</sup> “Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad”, artículo 37, A, CPEUM, *DOF* de 20 de marzo de 1997. Previo a esta fecha, el artículo 37-A indicaba: “La nacionalidad mexicana se pierde: I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera. II. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero. III. Por residir, siendo mexicano por naturalización, durante cinco años continuos en su país de origen. IV. Por hacerse pasar en cualquier instrumento público, siendo mexicano por naturalización, como extranjero o por obtener y usar un pasaporte extranjero”.

## 8. *Artículo ochenta y nueve, fracción X*

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; *el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos* y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.<sup>211</sup>

La reforma buscó en este artículo incorporar la protección y promoción de derechos humanos como un principio de la política exterior mexicana. Se trata de un faro y una guía para el presidente de la República al conducir dicha política. Es un refrendo de la visión *pro persona* que debe mantener el Estado mexicano en su trato con los actores internacionales.

## 9. *Artículo noventa y siete, segundo párrafo*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.<sup>212</sup>

<sup>211</sup> El artículo previo a la reforma del 10 de junio de 2011 decía: “Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales”, artículo 89-X.

<sup>212</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el artículo señalaba en su párrafo segundo: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de Distrito o magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo federal o alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de

El cambio aquí consistió en retirar de la SCJN la facultad de investigación de “algún hecho o hechos que constituyan una *grave violación de alguna garantía individual*”. Esta enmienda es de gran trascendencia, no tanto por lo que hace sino por lo que representa en el esquema constitucional del ejercicio del poder y de la responsabilidad de los funcionarios mexicanos para atender sus obligaciones constitucionales.

La facultad se utilizó por lo menos en seis ocasiones; todos con resultados adversos a la SCJN. 1946: fallecimiento de opositores políticos ante lo que consideraban un fraude electoral (León, Guanajuato, 1 y 2/I/1946); 1996: matanza de 17 campesinos (Aguas Blancas, Guerrero, 28/VI/1995); 2007: Lydia Cacho (2007); 2009: San Salvador Atenco (3 y 4/V/2006); 2009: Oaxaca (2006 y 2007); 2010: guardería ABC, Sonora (2009). En los primeros dos casos hubo cese de gobernador por efectos del sistema político y del presidencialismo de antaño, no por acción judicial o de procuración de justicia. En el caso de Lydia Cacho, la sociedad juzgó que existía la violación de “derechos humanos” y el tribunal respondió que no hubo violación de “garantías individuales”; ¿importa más el medio de protección —la garantía— que la sustancia —el derecho—? En Atenco, concluyó que sí hubo violaciones, pero sólo de los operativos policiacos, no de los mandos; y al gobernador del Estado de México, al entonces secretario de Seguridad Pública y a los directores policiacos federal y estatal, expresamente los exonera. En Oaxaca, sí determina responsabilidad del gobernador, pero no ha tenido consecuencia jurídica alguna. En la guardería ABC, el ministro Lelo de Larrea ofreció una alternativa novedosa<sup>213</sup> ante la falta de vinculatoriedad del resultado de la investigación: desarrollar el concepto de responsabilidad política del actor correspondiente, sin embargo, el Pleno de la SCJN rechazó la posición.<sup>214</sup>

alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal”.

<sup>213</sup> Planteó la existencia de responsabilidades morales de los actores públicos, responsabilidades que todos sabemos que las autoridades tienen, igual que toda persona tiene responsabilidad moral de sus actos. Labardini, Rodrigo, “Inmaculada violación de derechos humanos”, Opinión, *Crónica*, 19 de junio de 2010, p. 4, [http://www.cronica.com.mx/nota.php?id\\_notas=513561](http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_notas=513561) (consultado el 8 de julio de 2010)

<sup>214</sup> Cfr. Labardini, Rodrigo, “La averiguación de una grave violación de ¿derechos humanos?”, Opinión, *Crónica*, 27 de marzo de 2010, p. 4, [http://www.cronica.com.mx/nota.php?id\\_notas=497169](http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_notas=497169) (consultado el 10 de mayo de 2010).

Ante esta situación, la SCJN promovió la remoción de la facultad, que pasara a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y hubo iniciativas en el Senado para tal fin. Adicionalmente se logró incorporar exitosamente en la reforma del 10 de junio de 2011.

La situación es preocupante, porque manifestaría que cuando la autoridad se enfrente a un problema de difícil resolución, lo que tiene que hacer es promover que se le retire la facultad correspondiente y se traslade a una autoridad distinta. Sería tanto como imaginar que si el Ministerio Público tuviera complicaciones con diversas averiguaciones, se gestionara que se le retiraran las facultades para realizar la investigación correspondiente. Cuando hemos visto que los legisladores renegaron de sus obligaciones constitucionales por aproximadamente dieciocho meses al no nombrar a los consejeros electorales del IFE, habría que meditar sobre un presupuesto constitucional: la responsabilidad y compromiso de las autoridades con el desarrollo y bienestar de la población y el Estado mexicanos.

## 10. *Artículo ciento dos*

### A. *Párrafo segundo*

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. *Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.*<sup>215</sup>

La propuesta resulta interesante porque subraya el carácter no vinculatorio de las recomendaciones y actuaciones de los organismos protectores de derechos humanos. En diversas ocasiones se ha indicado

<sup>215</sup> Antes de la reforma de 10 de junio de 2011, el artículo decía: “Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas”.

que sus recomendaciones debieran ser de carácter obligatorio para que las autoridades efectivamente las acataran y cumplieran debidamente. Sin embargo, no parece apropiado y debemos meditar brevemente sobre el tema.

Las normas de derechos humanos son de naturaleza moral.<sup>216</sup> Sirven como indicadores inversos de la aceptación popular del sistema jurídico-político-social en que viven las personas. Esto es, en países de mayor desarrollo jurídico-político-social se observa la ocurrencia de “irregularidades” pues, en general, el sistema parece funcionar. Por el contrario, en países de menor desarrollo, la población denosta frecuentemente la presencia de violaciones de derechos humanos, y lo hace porque de poco o nada sirve denunciar delitos. Un ejemplo, en México sólo se castiga el 1% de los delitos, sólo “uno de cada 100 delitos llegan a tener ejecución de sentencia condenatoria; es decir, de los 7 millones 483 mil delitos, tanto de fuero común como fuero federal, que se han cometido en 2010 sólo 74 mil 835 han sido condenados”.<sup>217</sup> Ello parece confirmar que:

Cuando se declara que ha ocurrido una “violación de derechos humanos” muchas veces no se quiere significar, no se quiere transmitir que un “derecho” (positivo) ha sido transgredido o incumplido. Parece más bien que, en términos morales (y conforme a los criterios y referentes morales de quien expone la violación), se reprueba (severamente) una conducta ajena, subrayando implícitamente que las acciones, u omisiones, que se destacan (porque se escoge no resaltar otras), resultan inaceptables en la cosmovisión de *ese* individuo que reclama y consecuentemente igualmente deben ser reprobadas (y reparadas) por aquellos a quienes se critica. En otras palabras, las consignas de derechos humanos, y de su violación o respeto, son la manifestación y el registro histórico del rechazo a la percepción de una injusticia. La denuncia de esa injusticia puede responder a múltiples motivos, no necesariamente relacionados directamente con el bienestar de una o varias personas.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Cfr. Labardini, “Sobre el concepto...”, *cit.*

<sup>217</sup> Ramírez, Oswaldo, “Sólo se castiga 1% de delitos”, *Milenio*, 7 de noviembre de 2010, <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/d9733f1d182257206a2cdeac4f22fa82> (consultado el 29 de febrero de 2012).

<sup>218</sup> Labardini, “Sobre el concepto...”, *cit.*, p. 557.

Y es esta cualidad moral no vinculante, precisamente, su mayor fuerza. De hecho, al declarar que ha habido una violación de derechos humanos, lo que éstos van haciendo es restaurar el Estado de derecho. No establecen un nuevo estándar a la autoridad que violó un derecho humano. Lo que hace es recordar al violador que debe cumplir con lo que ya tenía establecido en una norma jurídica interna (una ley) o en una norma internacional (un tratado). Esto manifiesta que el Estado es un ente moral, pues responde a presiones morales.

Es esa cualidad moral la mayor fuerza de los derechos humanos. Establecer un sistema en que tuvieran fuerza vinculante generaría un sistema de justicia paralelo al judicial, aunque sin efectos vinculantes y con estándares de derechos humanos, pero no judiciales.

Pero lo que hace la reforma es incrementar y tratar de evidenciar de manera pública la negativa de una autoridad a aceptar la recomendación del organismo protector de derechos humanos. Parece apropiado el que la autoridad refleje su parecer sobre la recomendación misma, para lo que deben fundar, motivar y hacer pública su negativa. Pero podría resultar en la politización desmedida del tema, ya que se faculta a un órgano político a exigir rendición de cuentas pública en un tema de atención social y de derechos humanos. El explicar los motivos para rechazar una recomendación parece un sano ejercicio democrático, pero frente a un órgano político parecería favorecer una politización del tema, que previsiblemente podría resultar en detrimento del tema de derechos humanos.

### B. *Párrafo tercero*

Estos organismos no serán competentes, tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.<sup>219</sup>

La reforma constitucional ha modificado la competencia de los organismos protectores de derechos humanos. Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, estos organismos estaban impedidos además de tratar asuntos laborales.

<sup>219</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el artículo decía: “Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, *laborales* y jurisdiccionales”.

La reforma en este punto se vuelve críptica. ¿Por qué antes no podían tratar temas laborales, electorales y jurisdiccionales, pero ahora sí pueden tocar temas laborales? Es posible que el origen de la limitante se remonte al origen de la CNDH. A los pocos días de creada la CNDH por decreto presidencial, se emitió su reglamento interno “que en los términos de su artículo 3o. se concretaba en violaciones de carácter administrativo cometidas por servidores públicos, pero señalando expresamente en su artículo 4o. que no sería competente para conocer asuntos en tres casos concretos: sentencias definitivas y aspectos jurisdiccionales de fondo, en conflictos laborales, y finalmente en la calificación de elecciones”.<sup>220</sup> Como posible justificación se indica que:

Debe entenderse que dotar a la Comisión de competencia en esas materias no es viable por la misma naturaleza del órgano, pues en lo que corresponde a la materia electoral se han desarrollado medios y mecanismos específicos para la defensa de los derechos políticos, por lo que hacer participar en esos temas a la CNDH sólo llevaría a su fácil politización y a su consecuente descalificación por dicha causa.<sup>221</sup>

De igual forma pretende justificar porque:

En lo que corresponde a la materia laboral, la CNDH no puede conocer porque los conflictos laborales, o bien son conflictos entre particulares (patrón-trabajador), o bien son asuntos que están *subiudice* conociéndose en las juntas de Conciliación y Arbitraje, por lo materialmente son asuntos jurisdiccionales sobre los que no puede conocer, y son impugnables precisamente por la vía del amparo. Ahora bien, esta limitante a la competencia de la Comisión no debe extenderse a actos administrativos en temas laborales, pues éstos no tienen por qué no ser conocidos por la Comisión, por ejemplo el registro de un sindicato.<sup>222</sup>

Pese a lo anterior, el legislador seguramente contempló que el tema laboral *es* un tema de derechos humanos reconocido en el Pacto Internacional

<sup>220</sup> Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., “La reforma del artículo 102, apartado “B”, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 1, julio-diciembre de 1999, p. 285.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>222</sup> *Idem*.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>223</sup> y en el Protocolo de San Salvador.<sup>224</sup> Es un paso positivo, pues permite a la CNDH revisar un tema de gran trascendencia. La gestión de la CNDH seguramente consistirá en velar por que las garantías de legalidad (artículo 8, CADH), debido proceso (artículo 14, PDCP), protección judicial (artículo 25, CADH) y posibilidad de interponer recursos (artículo 2.3, PDCP) estén debidamente cumplimentadas. Ello consistiría en vigilar el procedimiento seguido en las instancias respectivas, pero sin afectar el resultado del proceso, para constituirse en una pretensión de apelación no vinculante. Los mecanismos y recursos de apelación deben mantenerse en el cauce de la legislación nacional.

De ser el caso, previsiblemente podría contemplarse que la CNDH —y organismos protectores de derechos humanos— igualmente podría analizar el cumplimiento en materia electoral y jurisdiccional de los derechos de legalidad, debido proceso, protección judicial e interposición de recursos, pero sin afectar el resultado dictaminado por las instancias correspondientes para no afectar la certeza jurídica.

### C. *Párrafo quinto*

Las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.<sup>225</sup>

La reforma buscó establecer mecanismos para garantizar en todo México que los organismos de protección sean autónomos e independientes de los poderes estatales. La CNDH es organismo autónomo constitucional con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

<sup>223</sup> *DOF* de 12 de mayo de 1981.

<sup>224</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), *DOF* de 1o. de septiembre de 1998.

<sup>225</sup> Este párrafo es nuevo. No tenía equivalente, previo a la reforma del 10 de junio de 2011.

#### D. *Párrafo octavo*

La elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.<sup>226</sup>

La propuesta busca dar transparencia y apertura al proceso de designación del titular del *ombudsman*. La apertura es favorable, pues la población tendrá injerencia en el proceso, y podrá participar en el mismo al presentar candidatos. Resulta de suma importancia garantizar que el proceso de designación sea transparente y cuente con el respaldo de la sociedad para que de esa forma quien funja como titular del organismo correspondiente cuente con entera libertad e independencia para actuar. El párrafo quinto de este artículo busca establecer la independencia de los organismos respecto de los poderes del Estado. Este párrafo octavo busca dar la fortaleza (moral y ciudadana) necesaria al titular para que actúe en defensa y promoción de los intereses de la población en general.

#### E. *Párrafo décimo primero*

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo federal, alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.<sup>227</sup>

La facultad de investigación se trasladó a la CNDH para que ella y no la SCJN sea quien investigue las “violaciones graves de derechos humanos” y no “una grave violación de alguna garantía individual” como marcaba el artículo 97 constitucional. El cambio tiene efecto relevante, pues la violación es de un “derecho humano” y no de una “garantía individual”.

<sup>226</sup> *Idem*.

<sup>227</sup> Este párrafo es nuevo. Su mayor equivalente previo a la reforma del 10 de junio de 2011 era la facultad de investigación que tenía la SCJN en el artículo 97, *supra* notas 212 y ss.

No se trata sólo del cambio de designador para el derecho de la persona, y que el concepto de “derechos humanos” sea consistente de mayor forma en la reforma del 10 de junio de 2011. Previo a la reforma, el término “derechos fundamentales” era utilizado por los tribunales para referirse a las facultades de que gozan los seres humanos por su naturaleza humana, por ser seres humanos. Es el término usado tradicionalmente y que más se acerca al contenido de los derechos humanos —en términos del derecho internacional de los derechos humanos—.<sup>228</sup>

### 11. *Artículo ciento cinco, fracción segunda, inciso g*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes... De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución... por: “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”.<sup>229</sup>

<sup>228</sup> En una búsqueda realizada en el programa de consulta IUS-2009 (diciembre de 2009) de la SCJN, se obtienen 4747 registros en donde el término “garantías individuales” aparece en el rubro o en el texto de tesis y jurisprudencias, 414 con el término “derechos fundamentales” y 136 con el término “derechos humanos”. Estos números respectivamente representaron un crecimiento del 9.8%, 0.7% y del 38.77%; *cf.* Labardini, “Una propuesta...”, *cit.*, pp. 1199-1232.

<sup>229</sup> Previo a la reforma del 10 de junio de 2011, el artículo decía: “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”.

La reforma aquí busca lograr la consistencia conceptual y semántica constitucional. Manifiesta aquí que la CNDH podría promover una acción de inconstitucionalidad cuando se previera una posible vulneración de los derechos humanos consagrados en la CPEUM, y agrega que también reconocidos en los tratados de los que México sea parte. Esto es, en consistencia con los artículos primero y quince constitucionales.<sup>230</sup>

Sin embargo, muestra también los posibles defectos de una inclusión reiterada en un texto jurídico sin atender la totalidad del texto. La CNDH puede ahora iniciar una acción de inconstitucionalidad en contra de leyes —federales y estatales— y de tratados que vulneren derechos humanos reconocidos en la CPEUM y en los tratados de los que México sea parte. Es comprensible, por cuanto hace a las leyes que vulneren derechos contenidos en tratados. Pero respecto de tratados que vulneren tratados, resulta más cuestionable. Primero, porque en general existe una cláusula de complementariedad internacional por la que frecuentemente se indica que nada en un tratado afectará o disminuirá los derechos contemplados en otro tratado. Segundo, porque si la materia de ambos tratados fuera derechos humanos por construcción interpretativa habrían de complementarse. Tercero, si la materia fuera diferente, los derechos humanos habrían de prevalecer por encima de alguna norma en contrario. Cuarto, si los Estados hubieran celebrado un tratado que atentara contra los derechos humanos de otro tratado, estarían incumpliendo este último e incurrirían en responsabilidad internacional. Quinto, se indica que el tratado que vulnerara derechos humanos ya fue celebrado por el Ejecutivo y aprobado por el Senado, con lo que parecería que ya se encuentra en vigor. Sexto, esto es igualmente una reiteración del contenido del artículo quince constitucional que prohíbe la celebración de tratados que “se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.<sup>231</sup>

<sup>230</sup> No obstante, recordemos que en el segundo párrafo del artículo primero constitucional introducido por la reforma en comento, el legislador optó por no utilizar el concepto de “tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”, sino el de “tratados internacionales de la materia”.

<sup>231</sup> *Cfr. supra* notas 78 y ss.

## 12. *Artículos transitorios*

La reforma incluye nueve artículos transitorios. La mayoría de ellos se refieren a fijar plazos en los que deben emitirse nuevas leyes que reglamenten y desarrollen los preceptos constitucionales. En el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor de la reforma en comento, es decir, a partir del 11 de junio de 2011, deben expedirse las leyes que regulen la prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos,<sup>232</sup> asilo,<sup>233</sup> restricción y suspensión de derechos y garantías,<sup>234</sup> y expulsión de extranjeros.<sup>235</sup> En el mismo plazo deben adecuarse la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos<sup>236</sup> y las legislaciones locales sobre la autonomía de los organismos locales de derechos humanos.<sup>237</sup> Adicionalmente, los casos pendientes de resolución relacionados con la facultad de investigación prevista en el antiguo artículo 97, CPEUM, se seguirán desahogando por la SCJN hasta su conclusión.<sup>238</sup>

Mención especial merece el artículo noveno transitorio: “Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto”. Este precepto, en conjunto con el principio *pro persona*, plantearía que incluso disposiciones constitucionales que se opusieran al contenido de la reforma del 10 de junio de 2011 debieran considerarse derogadas. Esto es, disposiciones constitucionales que atentaran contra los derechos humanos debieran considerarse derogadas en razón del principio *pro persona* contenido en el artículo primero, segundo párrafo constitucional, y el artículo 39 constitucional.<sup>239</sup>

<sup>232</sup> Artículo segundo transitorio. La ley está prevista en el artículo 1-3o. párrafo, CPEUM.

<sup>233</sup> Artículo tercero transitorio. La ley está prevista en el artículo 11, CPEUM.

<sup>234</sup> Artículo cuarto transitorio. La ley está prevista en el artículo 29, CPEUM.

<sup>235</sup> Artículo quinto transitorio. La ley está prevista en el artículo 33, CPEUM. En tanto se expida la ley, el artículo 33 se seguirá aplicando en los términos del texto vigente previo al 11 de junio de 2011. Artículo quinto transitorio, CPEUM, 10 de junio de 2011.

<sup>236</sup> Artículo octavo transitorio.

<sup>237</sup> Artículo séptimo transitorio.

<sup>238</sup> Artículo sexto transitorio.

<sup>239</sup> “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. *Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.* El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno” (las cursivas son mías).

Un ejemplo podría ser la figura del arraigo. La figura constitucional del arraigo fue incorporada vía la reforma constitucional del 18 de junio de 2008. Ello fue resultado de un ejercicio del equilibrio del poder entre sus tres ramas: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, acompañado de la voluntad de no cuestionar las normas jurídicas.

El arraigo es una medida precautoria utilizada “mientras el Ministerio Público investiga la presunta responsabilidad delictiva del indiciado, en la forma y términos en que la establece la disposición impugnada”.<sup>240</sup> En el arraigo, el indiciado se encuentra privado de libertad, materialmente en incomunicación —pues incluso es muy limitado el contacto con sus representantes jurídicos—, con serias restricciones a su libertad.

La SCJN resolvió en 2005 que el arraigo contemplado en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua<sup>241</sup> violaba la garantía de libertad personal.<sup>242</sup> Esto fue confirmado cuando

<sup>240</sup> Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución federal, IUS 176030. Tesis P. XXII/2006, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIII, septiembre de 2005, febrero de 2006. Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Asimismo, véase IUS 176029.

<sup>241</sup> “Cuando con motivo de una averiguación previa, respecto de delito grave, planeamiento demostrado y aquella resulten datos, indicios o cualesquiera otra circunstancia que conduzca a establecer que en dicho ilícito pudiera tener responsabilidad penal una persona y exista riesgo fundado de que ésta se sustraiga a la acción de la justicia, el ministerio público podrá acudir ante el juez correspondiente y solicitar el arraigo del indiciado especificando el lugar en que habrá de verificarse, el auto se resolverá escuchando a quien haya de arraigarse; ello de ser posible”.

<sup>242</sup> “El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad”. Arraigo penal, *supra* nota 240, IUS 176030 (septiembre de 2005). Tesis P. XXII/2006, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIII, febrero de 2006. Asimismo, véase IUS 176029.

se invalidó el arraigo previsto en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.<sup>243</sup> Entre las razones de la naturaleza violatoria del arraigo se encuentra que:

No obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, *se ordena la privación de su libertad personal* hasta por un plazo de 30 días, *sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para destindar su responsabilidad.*<sup>244</sup>

Adicionalmente, “es jurídicamente incompatible con las garantías de libertad personal que establece la Constitución Federal a favor de todo gobernado, ya que tratándose de su afectación, restricción o privación, dicho magno ordenamiento sólo lo permite mediante la actualización de condiciones específicas y plazos o términos estrictos”.<sup>245</sup> Por lo anterior, es claro que el arraigo resulta violatorio del beneficio del pueblo, propósito de la Constitución —con certeza, previo a la mencionada reforma de 2008—.

La CADH manifiesta que “toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, *del cargo o*

<sup>243</sup> “El dispositivo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contempla la figura del arraigo domiciliario con una doble finalidad, por una parte, facilitar la integración de la averiguación previa y, por otra, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse contra el indiciado; sin embargo, su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión, hasta por el término de noventa días; por tanto, esa medida es violatoria de las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y, primordialmente, de la de libertad personal consagradas en los artículos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Arraigo domiciliario previsto en el numeral 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. La aplicación de esta medida viola las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y de libertad personal previstas en los preceptos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución federal, IUS 170555 (noviembre 2007). *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVII, enero de 2008. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo en revisión 172/2007. 15 de noviembre de 2007.

<sup>244</sup> Arraigo penal, *supra* nota 240; IUS 176030 (septiembre de 2005).

<sup>245</sup> *Idem*.

*cargos formulados contra ella*”.<sup>246</sup> Esto se ve igualmente reflejado en el PDCP<sup>247</sup> Ambas convenciones y la CPEUM<sup>248</sup> igualmente contienen la presunción de inocencia.<sup>249</sup> Al momento de estar arraigada (detenida) una persona, sin estar acusada de delito alguno, estarían violándose este conjunto de disposiciones.

En los artículos transitorios de todas las reformas a la CPEUM, el legislador ha distinguido entre las normas jurídicas que se derogan. Se indica que se derogan todas las disposiciones *legales*<sup>250</sup> o disposiciones o que se opongan a las reformas establecidas,<sup>251</sup> o que se opongan a las enmiendas constitucionales adoptadas.<sup>252</sup> El legislador está mostrando que, en ocasiones, deroga todas las disposiciones legales y, en otras, busca —y deroga— cualquier otra disposición —incluidas las legales—.

Por lo anterior, podría considerarse que el artículo noveno transitorio derogó *todas las disposiciones* que se opongan a la reforma publicada el 10 de junio de 2011, incluyendo las disposiciones constitucionales. En consecuencia, en atención del principio *pro persona* (reflejado en convenciones internacionales y en el artículo primero, segundo párrafo, CPEUM) y del artículo constitucional 39, en caso de que el arraigo resulte violatorio de los derechos humanos debiera considerarse que también ha sido derogado.

Esto resulta en un esquema complicado, pues plantearía la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales (o violatorias de

<sup>246</sup> Artículo 7.4, CADH.

<sup>247</sup> “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”, artículo 9.2.

<sup>248</sup> “De los derechos de toda persona imputada: A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”, artículo 20-B-I.

<sup>249</sup> Artículos 8.2, CADH, y XXXXX, PDCP.

<sup>250</sup> Artículo segundo transitorio, *DOF* de 15 de agosto de 2007. En igual sentido, está el segundo transitorio, *DOF* de 20 de julio de 2007, que señala “se derogan todas las disposiciones legales en lo que se opongan al contenido del presente decreto. Lo anterior será sin perjuicio de las disposiciones normativas que para tal efecto expidan las entidades federativas como complemento para la prevención de accidentes, la seguridad pública y la protección civil, siempre y cuando se sujeten a lo que establezca la ley de la materia”.

<sup>251</sup> Artículo sexto transitorio, *DOF* de 3 de septiembre de 1993.

<sup>252</sup> Artículos quinto transitorio, 13 de septiembre de 1999; séptimo transitorio, 7 de abril de 2006; séptimo transitorio, 13 de noviembre de 2007, y segundo transitorio, 15 de agosto de 2008.

derechos humanos). El clamor de los derechos humanos es uno que da legitimidad a la legalidad, incluida la CPEUM. Es decir, propugna que las normas jurídicas no sólo sean legales sino que respondan y atiendan la necesidad social imperativa. “Cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material”.<sup>253</sup> Ello revela que las normas jurídicas requieren satisfacer los requisitos formales para incorporarse al sistema jurídico. Requisitos formales que refieren la satisfacción de procedimientos, votaciones, fórmulas legales, etcétera. Más son los requisitos materiales los que sustantivamente determinan la orientación social que buscan atender y resolver, es el objetivo que pretende zanjar y desvanecer. Pero esas restricciones y limitantes sólo pueden ser establecidas atenta a una necesidad, y ello “dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”.<sup>254</sup>

### III. CONCLUSIONES

La reforma constitucional de derechos humanos es de suma relevancia e importancia para el entorno jurídico mexicano. *Stricto sensu* no era necesaria, pues antes del 10 de junio de 2011 los derechos humanos tenían vigencia plena en México. Se encontraban presentes a través del artículo 133 constitucional en el vocablo “tratados”, pues lo mínimo que podemos afirmar es que los tratados de derechos humanos ya eran parte del sistema jurídico mexicano y con el rango de LSTU.

Por ello, México ha enmendado su legislación nacional. Las disposiciones constitucionales incluso han cedido ante este impulso. No sólo la CPEUM no adopta —ni adoptará— medidas o dispositivos que violen o contravengan disposiciones internacionales —lo que manifiesta, en los hechos, que no es la norma suprema mexicana— sino que incluso cede primacía ante todos los tratados, y no sólo los de derechos humanos. Un claro ejemplo es el artículo 29 actual. Antes de la reforma del 10 de junio de 2011, el artículo contemplaba la posibilidad de suspender el derecho a la vida; es más, esta posibilidad fue *expresamente* contemplada, discutida, argüida e inscrita en la CPEUM por el Congreso Constituyente originario.<sup>255</sup> A partir del 10 de

<sup>253</sup> Corte-IDH, Caso Kimel *vs.* Argentina, *supra* nota 125, párr. 63.

<sup>254</sup> Corte-IDH, Caso Ricardo Canese, *supra* nota 125, párr. 96.

<sup>255</sup> Labardini, “México y la suspensión...”, *cit.*, pp. 46-51.

junio de 2011, la CPEUM incorporó expresamente todos los derechos que no son suspendibles, incluido el de la vida.

La reforma resulta esencial, pues cambia la filosofía y cosmovisión. Donde antes el individuo era el sujeto de derechos otorgados por la propia CPEUM, es ahora la persona quien *ab initio* detenta los derechos humanos. Toca a la CPEUM y legislación nacional reconocer dichos derechos. Todas las autoridades mexicanas —Legislativo, Judicial, Ejecutivo y organismos constitucionales— están obligadas a respetarlos y promoverlos (situación en la que ya se encontraban antes del 10 de junio de 2011).

He señalado que Proteo, dios del cambio, se asentó en México y cambió el paradigma constitucional mexicano. No sólo hay un *corpus iuris* que regula el entorno jurídico mexicano *in totum*: la LSTU (artículo 133, CPEUM), sino que la guía del actuar público y del Estado mexicano como proyecto de nación es un nuevo prototipo vivencial: uno integrado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, junto con los derechos humanos de que gozan todas las personas y las garantías para su protección.<sup>256</sup> Derechos humanos que se encuentren en la CPEUM y en los tratados de que México sea parte<sup>257</sup> —aunque para su interpretación pueda también recurrirse a otros “tratados internacionales de la materia”—.<sup>258</sup> Y por el principio *pro persona*, incluido en el primer artículo constitucional, debemos concluir que aquéllas disposiciones constitucionales que contravengan derechos humanos deben ceder, “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.<sup>259</sup> Los derechos humanos adquieren en términos constitucionales y formales una primacía hasta entonces inaudita en el entorno nacional, pero que el sistema deseaba destilar.

El sistema jurídico mexicano nació el 11 de junio de 2011, fecha en que entró en vigor la reforma constitucional que se comenta. Nuestro sistema jurídico —pero, más importante, nuestra cosmovisión y *psyche* jurídica y social, nuestra Constitución real—<sup>260</sup> debe reescribirse y surgir, cual Ave

<sup>256</sup> Artículo primero, primer párrafo, CPEUM.

<sup>257</sup> *Idem*.

<sup>258</sup> Artículo primero, segundo párrafo, CPEUM.

<sup>259</sup> *Idem*.

<sup>260</sup> En oposición al documento jurídico-político que la CPEUM es. En otras palabras, la Constitución mexicana es la que vivimos en la realidad y que recibe expresión normativa en la CPEUM —con ánimo de alcanzar objetivos que mejoren nuestra sociedad—.

Fénix, de entre las cenizas de la antigua Constitución. Toca al foro mexicano —sociedad y gobierno, es decir el Estado— hacer realidad dicho paradigma en medio de las múltiples avenidas que ofrece. No basta que el texto constitucional exprese estos derechos. Es menester hacerlos realidad. Es una nueva Constitución. Es una nueva sociedad.