

LA NECESIDAD DE ESQUEMATIZAR EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

Sergio Arnaldo MORÁN NAVARRO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El contenido de los Derechos Humanos en la Constitución mexicana*. III. *Los modelos constitucionales en la regulación de las libertades*. IV. *Delimitación de libertades, contenido esencial y proporcionalidad*. V. *Algunas consideraciones*. VI. *Literatura Consultada*.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 31 de enero del presente, el doctor Diego Valadés propuso ante los medios de comunicación nacionales, la necesidad de reescribir la Constitución mexicana de 1917, dentro de las razones externadas, al menos, señala dos graves problemas: un déficit notable en el cumplimiento de sus funciones, y un alejamiento de su esencia original provocado por las constantes reformas.¹

Agregando que, “La Constitución de 1917 fue el producto de la identificación de las demandas y las expectativas sociales, y por eso tuvo un contenido eminentemente social, porque resolvía las inquietudes de campesinos, y ya de obreros. En esa Constitución, el protagonista era el pueblo, por decirlo no en términos políticos ni demagógicos, sino estrictamente conceptuales, como se podría decir basándose en Rousseau. De eso hablaban la Constitución Francesa, y la de Estados Unidos; es decir, las constitucio-

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España; Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Nayarit, México; integrante del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

¹ Valadés, Diego, “Reescribir la Constitución” en *Periódico Reforma*, publicado el 31 de enero de 2016.

nes son del pueblo, porque el pueblo somos todos. Esto cambió, y luego la Constitución se convirtió en un instrumento de los gobernantes, pero con un giro adicional: ahora las constituciones también son el instrumento de la clase política internacional y, entonces, nos encontramos que, en los últimos años, se hablaba más de la reforma constitucional mexicana en Wall Street que en México”.²

Ante este escenario, la clase política nacional, también ha propuesto la necesidad de inclusive, crear una nueva constitución. Así, representantes de la izquierda mexicana, como el ex candidato a la Presidencia de la República Cuauhtémoc Cárdenas y el senador Alejandro Encinas, ambos ex perredistas, el pasado 3 de octubre del año 2015, lanzaron la convocatoria para construir un nuevo proyecto de nación, en el que se discutieran los problemas que afectan a la sociedad y las posibles vías para resolverlos, argumentando que, “la edificación de un país modelado de manera muy distinta del actual, que cuente con una nueva Constitución y que ésta sea, al mismo tiempo, estación de llegada y plataforma de lanzamiento de los cambios que hagan de México una nación soberana, de iguales, de justicia, y democrática”.³ Al respecto, otro de los representantes de la izquierda, como lo es Porfirio Muñoz Ledo, el otro líder histórico de la Corriente Democrática de 1988, estuvo de acuerdo con la propuesta, señalando que la Constitución de 1917 sólo es un referente histórico, al punto que, agregó, ha sido traicionada y en la víspera de los cien años, debería realizarse una revisión integral en su contenido, para refundar la República.

Este escenario próximo del centenario de la Constitución mexicana, nos debe permitir, en un primero momento, revisar las bases que dieron origen a esta gran nación, con la finalidad de determinar la vigencia de los ideales que se vieron plasmados en nuestra Carta Magna. Pero también, debemos visualizar la posibilidad que tiene nuestro México, de replantear la estructura bajo el cual se ha organizado el poder del Estado, es decir, cuestionar la pertinencia de continuar con el modelo presidencialista que tenemos, o valorar la implementación de un modelo alterno, como lo puede ser el sistema parlamentarista o semiparlamentarista; así como también ponderar, el funcionamiento del sistema de justicia nacional, en el esquema bajo el cual se encuentra el máximo tribunal del país, o en su caso, determinar la separación de la defensa de la constitución en la creación de un Tribunal Constitucional, por citar algunos ejemplos.

² *Ídem.*

³ Consultado en la página oficial de Ciudadanos en Red <http://ciudadanosenred.com.mx/noticia/reescribir-la-constitucion/>, el 5 de febrero de 2016.

Pero lo cierto es, que el presente trabajo representa, la oportunidad que se tiene, de organizar las bases en las cuales se sentaron las libertades que tendremos los mexicanos en esta nación, bajo un esquema distinto, en donde sea posible visualizar con la claridad debida, aquellos aspectos esenciales a cada uno de los derechos humanos que el Estado mexicano se ha comprometido a garantizar. Ya que la regulación actual, no permite que se conozca a plenitud, el sentido y alcance de cada uno de dichos derechos, dificultando con ello, que la sociedad entienda con plenitud, el Estado de Derecho que esta instaurado para la seguridad de sus libertades.

II. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

La estructura que se implementó para organizar el texto que se encuentra inmerso en cada uno de los preceptos que integran la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un tanto compleja, de ahí que quienes se adentran a conocer el contenido del mismo, encuentran una serie de irregularidades que lejos de facilitar su comprensión, generan una serie de confusiones que bien pueden propiciar un efecto contrario al deseado, es decir, que pierdan interés.

Así, en lo que respecta a las libertades de los mexicanos, encontramos un título especial dedicada a las mismas, al inicio del texto constitucional, “Título Primero, Capítulo I, De los Derechos Humanos y sus Garantías”, y quienes tienen acceso al texto pensarán que, en este apartado, se encontrarán todas las libertades que el Estado mexicano se ha comprometido a cumplir y garantizar. Pero, haciendo una primera observación encontraremos que, en la doctrina, la noción de derechos humanos no encuentra necesariamente la aceptación de que los derechos humanos tengan que estar reconocidos para que un Estado deba cumplir con los mismos.

El segundo aspecto a valorar radica en que, de la noción de garantía, en el lenguaje moderno, se hace alusión a los mecanismos de defensa que tiene el Estado para proteger las libertades, y en este sentido, caeremos en cuenta que dentro de este apartado, no se contiene mecanismo alguno de defensa de la Constitución, por lo que, dicha denominación no encontrará sustento en la denominación, por lo que, el seguir utilizando en la denominación del Título I, Capítulo I, el calificativo de *y sus garantías*, no es adecuado.

Sin embargo, el problema mayor no radica en la inadecuada denominación del Título I, Capítulo I, sino en la ausencia de esquematización dentro del texto constitucional, y sobre todo, en el apartado de las libertades cono-

cidas como derechos humanos. Al entrar al análisis del artículo 1 del texto constitucional, nos encontramos con diferentes aspectos a ponderar.⁴ Del análisis del mismo, si preguntamos que contiene este precepto, tendremos la necesidad de tratar de encontrar una metodología que permita una análisis adecuado, por lo que, nos veremos en la necesidad de entender cada uno de los párrafos que integran el artículo primero.⁵

Inicialmente, debemos considerar que ha cambiado la noción tradicional que se tenía en el Estado mexicano de las Garantías Individuales, y que también cambió substancialmente la concepción de derechos que se podrán proteger, debido a que la noción que ha permeado en los sistemas jurídicos positivistas se sustenta en la noción de derechos fundamentales,⁶ más que en la de derechos humanos.⁷

⁴ Se transcribe a continuación el texto integro de dicho precepto:

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

Párrafo reformado DOF 10-06-2011

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.

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

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.

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

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

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las 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.”

⁵ Sobre el alcance y consecuencias de las nuevas condiciones en materia de derechos humanos en el Estado mexicano, cfr. Moran Navarro, Sergio y Lomelí, Humberto, “La ampliación de los derechos protectores, la nueva realidad del Estado mexicano a raíz de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en *Contribuciones al Derecho Constitucional* Serna de la Garza, José María (Coord.), ed. IJ-UNAM, México, 2015.

⁶ Sobre los derechos fundamentales cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1993; también Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001; véase también Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Cuarta Edición, ed. UNAM-CNDH, México, 2011.

⁷ Sobre los Derechos Humanos, cfr. Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 1984; también Carpizo Jorge, *Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación*

Ahora bien, si se pretende utilizar el concepto de garantías para definir los mecanismos que existirán para la protección de los mismos, el Estado mexicano ha adecuado el marco normativo con la expedición de una nueva Ley de Amparo, la cual, la cual además de proteger los derechos humanos reconocidos por la Constitución mexicana, también se pueden invocar ahora aquellos derechos humanos que se encuentran previstos en los tratados suscritos en los términos previstos por el artículo 133 de la Constitución General de la República en esta materia.

Sin embargo, en el análisis del propio párrafo primero del artículo primero, también se encuentra previsto el principio de interpretación constitucional conforme, o interpretación conforme a la constitución, al prever que, cuando en la Constitución mexicana se señale algún límite al ejercicio de las libertades, restringiendo o suspendiendo las mismas, deberán estar de acuerdo a las condiciones previstas en el propio texto constitucional.⁸

Continuando analizando el artículo primero, ahora en su párrafo segundo, encontramos que se contiene otro principio, conocido en la doctrina como el principio pro persone,⁹ que pretende garantizar, cuando la constitución y un tratado regulen una libertad, prevalezca aquella que garantice la protección más amplia.

Otra cuestión relevante deriva del análisis del párrafo tercero del artículo primero,¹⁰ que incluye en un primer momento, las obligaciones que tienen todas las autoridades mexicanas en el ámbito de su competencia y de acuerdo con la materia de derechos humanos, para después en el mismo párrafo tercero incorporar los principios en materia de derechos humanos

y características, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25 julio-diciembre 2011, p. 4 y ss.

⁸ Da Silva, Firgilio Alfonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 12, también Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p. 358 y ss.

⁹ Sobre el principio pro persone, cfr. Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, México, 2009, pp. 62 y ss., también Caballero Ochoa, José Luis “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persone (artículo 1º segundo párrafo de la Constitución”, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p.103 y ss.

¹⁰ Carbonell, Miguel “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, en la obra *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p. 63 y ss.

y con posterioridad, nuevamente regresar y agregar más obligaciones para las autoridades mexicanas.

Por último, el cuarto párrafo del artículo primero, incorpora el principio de igualdad, es decir, el principio de no discriminación, en cualquiera de las diversas formas que existen de en las sociedades modernas, como base de toda sociedad democrática.

En este pequeño análisis del artículo primero, encontramos que, se tienen desde conceptos, principios, obligaciones, y demás aspectos que, ante la ausencia de una esquematización adecuada, puede generar problemas en la regulación que se requiera para los casos concretos que se vayan presentando, debido a que, el contenido del artículo primero es muy amplio, y con ello, dificulta su análisis y precisión.

Otro de los aspectos que contienen una complejidad similar, deriva de las condiciones que encontramos en la regulación de la libertad personal previstas en el artículo 16 de la Constitución mexicana. En un primer aspecto, debemos considerar, que este precepto, contiene en su primer párrafo, lo conocido en la doctrina como el principio de legalidad,¹¹ que obliga a todas las autoridades, cuando realiza actos de molestia, a realizarlo bajo ciertas condiciones para considerar como válida su actuación, imponiendo que debe actuar por escrito, en donde deberá fundar y motivar su competencia y la causa legal de su proceder.

Luego, derivado de la reforma de 1 de junio de 2009, se incorporó un texto que corresponde con la protección de datos personales,¹² mismo que, según la tradición de la materia, debería formar parte de la materia de transparencia y acceso a la información pública, que se encuentra ubicada en el artículo 6, por constituir en esta instancia la que concentra la materia, inclusive, al punto que, en nuestra nación se cuenta con un Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y por ende, el esquema constitucional debería estar concentrado en un solo precepto, y no disperso en varios.

¹¹ Artículo 16. Párrafo primero “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”...

¹² Artículo 16. .. párrafo segundo “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”...

Siguiendo con el análisis del artículo 16 de la Constitución mexicana, el párrafo tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo,¹³ contienen la regulación de la libertad personal, previendo una serie de situaciones que deben ajustarse para su debido respeto y cumplimiento, al imponer obligaciones tanto a las autoridades ministeriales como judiciales en su tratamiento. Pero al llegar al párrafo noveno, nos encontramos con una definición del tipo de *delincuencia organizada*, es decir, en la Constitución General de la República se han llegado a definir hasta tipos penales, cuestión que entendemos, debe dejarse para la legislación de la materia.

Con posterioridad, en este mismo artículo 16, encontramos aspectos que tienen que ver con la inviolabilidad del domicilio, con la regulación de

¹³ Artículo 16. Párrafos tercero y siguientes...

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Párrafo reformado DOF 01-06-2009. Fe de erratas DOF 25-06-2009

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

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

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”

los cateos,¹⁴ que agregado a las cuestiones previamente señaladas, nos deriva que, contienen disposiciones de diversa índole, y que complican aplicación, porque se encuentran inmersos aspectos que no son complementarios, sino que cuentan con una independencia que no permiten ubicar, de manera adecuada su regulación y vigencia.

¹⁴ Artículo 16 párrafo undécimo y siguientes:

“En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Por si fuera poco, dentro de este título primero, capítulo primero de la Constitución mexicana, encontramos preceptos en donde íntegramente no contiene derecho alguno, como lo es el previsto en el artículo 26, en donde es posible encontrar, aspectos que derivan de la rectoría económica del Estado, así como del Sistema Nacional de Estadística y Geografía y del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, cuyo contenido, nada tiene que ver con las libertades que debemos tener en esta nación.

Pero si esto no es suficiente, fuera del texto del capítulo primero, encontramos libertades reconocidas en otros preceptos constitucionales, como lo son las encontradas en los artículos 35, respecto a los derechos políticos, o los derechos laborales previstos en el artículo 123 de nuestra Carta Magna.

III. LOS MODELOS CONSTITUCIONALES EN LA REGULACIÓN DE LAS LIBERTADES

En la tradición constitucional, las naciones han implementado dos modelos en el reconocimiento de las libertades. El primero de estos, deriva de la regulación general de las libertades, en las cuales, basta solo con señalar dentro del texto de alguno de los preceptos regulados en títulos y capítulos el contenido de los preceptos que corresponderían con el apartado de la constitución que se esta regulando.

Así, encontramos naciones como Italia,¹⁵ Francia¹⁶ y México,¹⁷ por citar algunas de ellas, que incorporan en el contenido del texto de su constitución, aspectos relacionados con las libertades, los principios constitucionales o la organización del Estado, basados solo en la esquematización por títulos y capítulos.

El otro modelo, utilizado por naciones como Alemania¹⁸ y España,¹⁹ han incorporado en el contenido del texto constitucional, además de la organización por títulos y capítulos, una esquematización que permite identificar, en cada precepto, una identificación de cada uno de los contenidos que complementaran la figura prevista para cada apartado de sus constituciones, de tal forma que, en la aplicación al caso concreto del derecho reconocido o del principio invocado, es posible identificar desde el contenido

¹⁵ Constitución Italiana de 1947, actualizada marzo 2016.

¹⁶ Constitución Francesa de 1958, actualizada marzo 2016.

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, actualizada marzo 2016.

¹⁸ Ley Fundamental de Bonn de 1949, actualizada marzo 2016

¹⁹ Constitución española de 1978, actualizada marzo 2016.

esencial y hasta las condiciones adecuadas para la valoración en la aplicación del principio de proporcionalidad propuesto por Alexy.

El primero de los modelos permite la identificación de los aspectos generales que se pretenderán regular, sin embargo, en la precisión de los contenidos en ocasiones nos encontraremos con aspectos que no tienen relación con el título o el capítulo de referencia, o que inclusive, no deberían formar parte del texto constitucional, porque bien pudiera dejarse para su inclusión en la legislación ordinaria.

El segundo de los modelos, además de permitir la identificación de los aspectos generales previstos en los títulos y capítulos, propiciará también que se puedan ubicar con mayor facilidad los aspectos esenciales y necesarios para entender la figura prevista con mayor detenimiento y conocimiento, haciendo inclusive más sencilla su identificación al momento de resolver el caso concreto, en caso de así requerirse.

IV. DELIMITACIÓN DE LIBERTADES, CONTENIDO ESENCIAL Y PROPORCIONALIDAD

Entender la complejidad de la relación que existe en el texto constitucional de los principios y derechos, no es una tarea sencilla, debido a que, de manera constante, encontraremos escenarios en donde, colisionarán inevitablemente dichos derechos o principios. Así, veremos que de manera constante nos encontraremos en situaciones en donde la solución al caso concreto no es simple, sino que por el contrario, determinar, que es lo que debe prevalecer, será una tarea compleja, y para ello, es necesario utilizar el contenido esencial y el principio de proporcionalidad.²⁰

El principio de proporcionalidad, en la doctrina, también conocido como postulado de proporcionalidad o como principio de prohibición de exceso,²¹ cuenta con dos teorías en su aplicación, la teoría relativa y la absoluta. En lo que respecta a la teoría relativa, es relevante desde el momento

²⁰ Sobre el principio de proporcionalidad, cfr. Moran Navarro, Sergio y Bahena, Alma, “Una perspectiva del principio de proporcionalidad en México”, en *Derecho, Sociedad y Justicia, Una visión plural*, coordinado por Pedro Antonio Enríquez López e Irina Graciela Cervantes Bravo, publicado por el Poder Judicial del Estado de Nayarit, 2014.

²¹ Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, en *Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 9, N° 1, 2011, p. 120.

en que pueda adoptar el contenido esencial de los derechos humanos,²² en la cual, reconoce que los derechos fundamentales no son ilimitados, y en consecuencia, se pueden afectar, en la medida misma que no afecte o vulnere el núcleo esencial²³ o contenido mínimo del derecho fundamental, y con ello, evitar el *vaciamiento* o la *desconstitucionalización*²⁴ del derecho.

Por su parte, la teoría absoluta, su concepción es más amplia, debido a que, procura conocer el contenido esencial del derecho fundamental no solo para el caso concreto, sino “de una vez para todas”²⁵ las ocasiones necesarias, de tal forma que, identifica el núcleo o la *esfera de lo indecible*²⁶ por parte de cualquier autoridad, ante cualquier posibilidad de , y se puedan determinar los elementos que no están disponibles para el juzgador en ningún caso.

En la resolución de casos difíciles, el principio de proporcionalidad se ha constituido en la herramienta argumentativa más importante para resolver los conflictos de colisiones entre dos o más derechos o principios constitucionales, utilizando diversas técnicas argumentativas. Dentro de las cuales, se destacan: el principio de proporcionalidad, el de ponderación, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, también el efecto irradiación, así como la proyección horizontal de los derechos (*drittwirkung*), el principio pro persona, por citar algunos.²⁷

En particular, el principio de proporcionalidad es importante, al grado tal, que destacados juristas han propuesto diversas teorías que pretenden, en mayor medida, dotar de racionalidad las resoluciones jurisdiccionales, con el objetivo de alcanzar, una mayor transparencia en los argumentos que permitan decidir los casos difíciles, al momento de pronunciarse sobre el sentido y valor que deberán tener los preceptos constitucionales al resolver

²² Criterio emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada número P. XII/2011, de rubro “CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA”, correspondiente a la 9a. Época; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 23.

²³ Véase Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Brage, Joaquín (trad.), Madrid, Dykinson, 2003.

²⁴ Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2012, pp. 15-28.

²⁵ *Ibidem*, p. 20.

²⁶ Véase Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre Paleo-iuspositivismo y Neo-iusnaturalismo”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, 2011, ISSN: 0214-8676, pp. 321, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/93126554/Ferrajoli-DOXA34-Respuesta>

²⁷ Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa-UNAM, 2ª edición, 2012, p. XII.

el caso concreto, y brindando así, una mayor transparencia en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.²⁸

Al respecto, Carbonell menciona que “... se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos (los derechos) de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.”²⁹

Hecho lo anterior, regresamos al análisis del artículo primero, en el cual nos referimos al párrafo segundo, que contiene el principio pro persona, que pretende garantizar, cuando la constitución y un tratado regulen una libertad, garantizar la protección más amplia de ese derecho, vemos que, esta disposición se confronta abiertamente con el párrafo primero última parte del mismo artículo primero, ya que el citado párrafo consagra el principio de interpretación conforme a la constitución, e impone la obligación de hacer valer las limitaciones establecidas en el texto constitucional.

Este escenario propició, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitiera la jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011,³⁰ en dos as-

²⁸ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 8ª edición, 2008, pp. 109-130. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, (1984), 7ª reimposición, 2009, pp. 146 y ss. Bernal Pulido, Carlos, “La Racionalidad de la Ponderación” y “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, en *ibidem*, pp. 27-49 y 189-218. Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2ª edición, Madrid, 2005, pp. 123-158. Clericó, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, Quito, 2008, pp. 125-174. Entre otros.

²⁹ Carbonell, Miguel, “Nuevas formas de proteger los Derechos Fundamentales”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, Quito, 2008, p. 8.

³⁰ De los antecedentes de los criterios que propiciaron la presente jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011, encontramos que el 24 de junio de 2011 en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), se denunció la posible contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Que se registró bajo el número 293/2011, el Presidente del Alto Tribunal ordenó el envío del asunto a la Primera Sala de la SCJN, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente. En virtud de la trascendencia del tema que se analizaba, la Primera Sala de la SCJN determinó enviar el asunto al Tribunal Pleno, para su discusión y resolución.

pectos, aunque el relevante para el presente punto corresponde a la Posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente a la Constitución. Al establecer que *“de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, sin embargo, cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. En este sentido, los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.”*

Este tipo de conflictos, es decir, cuando existe colisión de derechos o principios que se ubican jerárquicamente al mismo nivel, han encontrado en la doctrina una solución adecuada, utilizando en un primer término la identificación del contenido esencial de los derechos en conflicto utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán y expuestos adecuadamente por Haberle, mismos que se complementan al utilizar el principio de proporcionalidad propuesto por Robert Alexy en la solución de los mismos. Pero hacerlo en los términos adoptados en la tesis 293/2011 por el máximo tribunal de esta nación, es decir, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, creo que ha sido precipitado, debido a que, el ejercicio exigía una mayor complejidad en su análisis, en la identificación de los elementos en juego, en las razones que deberían utilizarse para hacer valer un principio sobre el otro, pero creo que tanto los elementos que emitieron los tribunales que propiciaron la contradicción de tesis, no eran sobre casos similares, sino que se trataban de asuntos de diferente índole, y en la solución de los mismos, aún de manera diversa, bien pudieron seguir rumbos diferentes, sin que necesariamente se contradijeran.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES

Como hemos visto, el esquema previsto en el texto constitucional para la regulación de las libertades, cumple con el mínimo que requiere una nación en el reconocimiento de los derechos humanos que tiene toda persona, por el simple hecho de ser persona.

Sin embargo, dicho esquema, no siempre logra delimitar el sentido y alcance que tiene consigo cada libertad, debido a que, de manera natural, al no estar previsto una organización dentro del contenido de cada precepto que contiene el reconocimiento de los derechos humanos, también se mez-

clan aspectos que tienen que ver con el funcionamiento de las instituciones del Estado, o inclusive, con otros derechos, pudiendo provocar una falta de precisión en la identificación de aquellos aspectos que son esenciales a las libertades que se han reconocido.

En otras naciones, existe una esquematización más precisa dentro de cada precepto que integra el texto constitucional, de tal forma que, es posible, identificar plenamente el contenido de cada libertad, y con ello, es posible que, en la solución del caso concreto, se puedan utilizar todas las herramientas necesarias para su adecuado cumplimiento.

La esquematización de las libertades, permite utilizar, a través del principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos y principios, de aquellos elementos que permitirán identificar de manera adecuada, todas las condiciones previstas para entender y comprender el sentido y alcance de las libertades en juego, máxime cuando dentro de las mismas, por la naturaleza de los asuntos, colisionan.

Bien sea con la propuesta de reescribir la Constitución, realizar una reforma integral a la misma, e inclusive, valorando la creación de una nueva constitución, lo cierto es que, en el reconocimiento de las libertades, se requiere que se implemente un modelo que permita identificar en el contenido del texto, aquellos aspectos que son inherentes a las libertades que tenemos en esta nación, y la necesidad de esquematizar el contenido de los derechos, debe ser tomada como una apremiante necesidad en el reconocimiento de las libertades en nuestra constitución.

VI. LITERATURA CONSULTADA

Bibliografía:

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1993;
- CABALLERO Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, México, 2009, pp. 62 y ss.
- CABALLERO Ochoa, José Luis “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persone (artículo 1º segundo párrafo de la Constitución)”, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p.103 y ss.

- CARBONELL, Miguel “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, en la obra *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p. 63 y ss.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Cuarta Edición, ed. UNAM-CNDH, México, 2011.
- CARBONELL, Miguel, “Nuevas formas de proteger los Derechos Fundamentales”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, Quito, 2008, p. 8.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa-UNAM, 2ª edición, 2012, p. XII.
- CLERICÓ, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, Quito, 2008, pp. 125-174. Entre otros.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 1984;
- FERRAJOLI, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre Paleo-iuspositivismo y Neo-iusnaturalismo”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, 2011, ISSN: 0214-8676, pp. 321, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/93126554/Ferrajoli-DOXA34-Respuesta>
- FERRAJOLI, Luigui, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001;
- FERRER Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p. 358 y ss.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Brage, Joaquín (trad.), Madrid, Dykinson, 2003.
- MORÁN Navarro, Sergio y Bahena, Alma, “Una perspectiva del principio de proporcionalidad en México”, en *Derecho, Sociedad y Justicia, Una visión plural*, coordinado por Pedro Antonio Enríquez López e Irina Graciela Cervantes Bravo, publicado por el Poder Judicial del Estado de Nayarit, 2014.
- MORÁN Navarro, Sergio y Lomelí, Humberto, “La ampliación de los derechos protectores, la nueva realidad del Estado mexicano a raíz de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011”, en *Contribuciones al Derecho*

Constitucional Serna de la Garza, José María (Coord.), ed. IJ-UNAM, México, 2015.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, en *Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 9, N° 1, 2011, p. 120.

PRIETO Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2ª edición, Madrid, 2005, pp. 123-158.

SILVA García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2012, pp. 15-28.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 8ª edición, 2008, pp. 109-130.

Hemerografía:

CARPIZO Jorge, *Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características*, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25 julio-diciembre 2011, p. 4 y ss.

DA Silva, Firgilio Alfonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 12,

Normas Jurídicas:

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, actualizada marzo 2016.

CONSTITUCIÓN española de 1978, actualizada marzo 2016.

CONSTITUCIÓN de la República Francesa de 1958, actualizada marzo 2016.

CONSTITUCIÓN de la República Italiana de 1947, actualizada marzo 2016.

LEY Fundamental de Bonn de 1949, actualizada marzo 2016

Jurisprudencias y tesis aisladas:

CRITERIO emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada número P. XII/2011, de rubro “CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLU-

CIÓN JURÍDICA”, correspondiente a la 9a. Época; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 23.

JURISPRUDENCIA por contradicción de tesis 293/2011, encontramos que el 24 de junio de 2011 en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), se denunció la posible contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.