

IV. EL PRINCIPIO *PRO PERSONA* ANTE LA PONDERACIÓN DE DERECHOS

En los capítulos anteriores se ha abordado el contexto de aplicación de los principios de interpretación en materia de derechos humanos, en particular, en el marco del parámetro de control de regularidad constitucional, su interpretación conforme y el papel del principio *pro persona*. No obstante, se puede identificar que en el actuar jurídico se pueden presentar situaciones en las que entren en colisión dos o más derechos fundamentales, ante ello, el principio de proporcionalidad ha ocupado un lugar importante. La inquietud en este momento es el papel del principio *pro persona* ante la ponderación de derechos humanos, a lo que se dedica el presente capítulo.

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN

En materia del principio de proporcionalidad la tesis de Robert Alexy¹⁵⁸ se ha considerado como base para la so-

¹⁵⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdez. Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucio-

lución de las colisiones entre derechos fundamentales, enlazando la teoría de los principios de Dworkin y Esser.¹⁵⁹

El primer elemento a distinguir en la teoría de Alexy es entre “reglas” y “principios”. Las reglas son normas que ordenan que algo se realice definitivamente. En materia de derechos fundamentales –señala– por ejemplo la prohibición absoluta de tortura, pero podrían mencionarse otros, como la prohibición de esclavitud o el derecho a un recurso efectivo. De esta forma las “reglas” son normas que pueden cumplirse o no cumplirse.¹⁶⁰ De tal forma que hay reglas que también se pueden identificar con los derechos fundamentales o humanos y no son susceptibles de ponderar, sino que se cumplen o no.

Por su parte, los “principios” son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas,¹⁶¹ son –agrega– mandatos de optimización que pueden

nales, 2007; y R. Alexy, “La fórmula del peso”, en Miguel Carbone, ed., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

¹⁵⁹ Jaime Cárdenas Gracia, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, p. 68.

¹⁶⁰ Carlos Bernal Pulido, “Los derechos fundamentales y la teoría de principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, núm. 30, 2007, p. 274.

¹⁶¹ R. Alexy, “La fórmula...”, *op. cit.*, *supra* nota 158, p. 14.

explicar la naturaleza y estructura de algunos derechos fundamentales.

Ante el contexto de cumplir en la “mayor medida posible” resulta indispensable confrontar los principios opuestos.¹⁶² Como sub principios de la ponderación – para Alexy– se encuentran la idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En la proporcionalidad, la *idoneidad*, entraña que la intervención legislativa o la intervención de una autoridad sobre un derecho humano contribuya a la obtención de un fin legítimo, en este caso para la salvaguarda de otro u otros derechos fundamentales. La *necesidad*, significa que la intervención en un derecho fundamental debe ser de entre todas las medidas de intervención posibles, la que menos lo afecte.

La proporcionalidad en sentido estricto o ley de ponderación precisa que la intervención en un derecho fundamental sólo se justifica por la importancia o peso de satisfacer otro u otros derechos fundamentales, compensando la medida.¹⁶³ Para Alexy, los pasos de la ponderación son: determinar el grado de no satisfacción de un derecho; precisar la importancia de satisfacción del derecho opuesto y justificarla para la intervención del otro.¹⁶⁴

¹⁶² C. Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*. Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, [sin año], p. 7, (Cuadernos de Filosofía del Derecho 26).

¹⁶³ J. Cárdenas Gracia, *op. cit.*, *supra* nota 159, p. 70.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 76.

En este modelo se debe medir la intervención a los derechos en leve, media o grave, que, a su vez, pueden tener diferentes intensidades. En tanto cuando, los pesos de los derechos son idénticos operan las cargas de la argumentación.

Bernal Pulido,¹⁶⁵ distingue dos posturas mantenidas por Robert Alexy, la primera en la que defendió en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* sobre la existencia de la carga argumentativa en favor de la máxima *in dubio pro libertate*, que el autor identifica con la favorabilidad a la libertad jurídica y a la igualdad jurídica. Años más tarde en otra edición de su libro señaló que en casos de empates, se dé prioridad a la constitucionalidad de una ley en favor del principio democrático. Bernal señala “no parece desatinado sostener que una Constitución abierta permitiría cualquiera de estas posibilidades”.¹⁶⁶

Uno de los elementos que ha considerado relevante Bernal sobre la racionalidad de la ponderación es que la correcta fundamentación en derecho de las decisiones y en este punto es importante tener dos conceptos. Por un lado, el parámetro de control de regularidad constitucional, integrado por las normas constitucionales y convencionales, por otro lado, el control de constitucionalidad y convencionalidad, en donde, se tiene la

¹⁶⁵ C. Bernal Pulido, *op. cit.*, *supra* nota 162, p. 16.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 28.

obligación estatal de cumplir con las obligaciones convencionales, por tanto, la ponderación de derechos debe estar acorde con ellas.

Un planteamiento en este momento es el papel del principio *pro persona* en la ponderación. Lo anterior, puede ubicar dos contextos diferentes. El primero, como se ha hecho mención en líneas anteriores, la ponderación que se plantea es entre la colisión de principios que versen, por un lado, sobre una ley o acto y uno o más derechos, por otro. Robert Alexy planteó en este contexto como carga argumentativa el papel del principio *in dubio pro libertate*, lo cual da pauta para considerar en términos similares al principio *pro persona*.

En el segundo escenario, el planteamiento versaría sobre la colisión de dos o más derechos de dos o más personas, en este caso, la ponderación desempeña la misma función, pero el planteamiento versa sobre el papel del principio *pro persona* en la carga argumentativa. En este caso, como se abordó en el capítulo anterior, el sub principio *favor debilis*, puede ocupar un lugar importante,¹⁶⁷ esto es que la persona en una situación de vulnerabilidad podría constituirse como peso en la ponderación.

Como se ha apuntado en líneas anteriores, algunas constituciones, como la de Tlaxcala y Sinaloa incorporaron en sus textos disposiciones relativas a la interpretación de las normas, en ambos casos contemplan la

¹⁶⁷ H. Henderson, *op. cit.*, *supra* nota 126.

ponderación. La Constitución de Tlaxcala en el artículo 16 señala: “c) Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación jurídica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de terceros, prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general”.¹⁶⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a los elementos que deben cubrirse para que una restricción sea válida de acuerdo con las obligaciones convencionales, un ejemplo, en una sentencia dirigida al Estado mexicano la brinda la sentencia del Caso Castañeda Gutman,¹⁶⁹ en donde analizó una medida restrictiva bajo los aspectos de: *legalidad*; una finalidad *legítima* para justificar la restricción a un derecho; la *necesidad* imperiosa en una sociedad democrática, y la proporcionalidad de la medida restrictiva.¹⁷⁰

¹⁶⁸ En términos generales lo establece el artículo 4 Bis C, fracción III. “Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos, se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación armónica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de los demás y prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común y la equidad”.

¹⁶⁹ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, no. 184.

¹⁷⁰ *Vid., Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*. México, año 10, núm. 25, septiembre-diciembre de 2015, p. 77.

En la sentencia del Caso Artavia Murillo,¹⁷¹ la Corte Interamericana se refirió a la proporcionalidad indicando:

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. [...]

274.[...] Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

[...]

276. La Corte efectuará una ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida [...] Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad, iii) el género, y iv) la situación económica. [...]

¹⁷¹ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, *op. cit.*, *supra* nota 97.

De los párrafos transcritos se puede observar, además de los elementos de la ponderación, en la parte final del párrafo 276, el impacto desproporcionado por discapacidad, género y situación económica, que son factores de vulnerabilidad que podríamos identificar con el sub principio *favor debilis*.¹⁷²

2. LAS “CATEGORÍAS PROTEGIDAS” DE DISCRIMINACIÓN Y LA PONDERACIÓN

El Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile,¹⁷³ proporciona un ejemplo de la ponderación de derechos cuando uno de los principios en colisión es una “categoría prohibida” de discriminación.¹⁷⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1.1 establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna 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”. En aquel fallo, la Cor-

¹⁷² H. Henderson, *op. cit.*, *supra* nota 126.

¹⁷³ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 66.

¹⁷⁴ *Vid.*, *Derechos Humanos México*, *op. cit.*, *supra* nota 170, pp. 61 y ss.

te Interamericana de Derechos Humanos señaló: “84. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”.

En México, en 2001, se incorporó a la Constitución Federal, el entonces tercer párrafo en el que se estableció la prohibición de discriminación y 11 motivos prohibidos. Dicho numeral ha tenido dos modificaciones, una en 2006 que reformó el término “capacidades diferentes” por el “discapacidades” y en 2011 se recorrió su contenido y agregó el término “preferencias”, para señalar: “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”. De igual forma la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la legislación local, como la de la Ciudad de México contemplan cláusulas de categorías o motivos prohibidos de discriminación.

La Corte Interamericana en el Caso Atala Riffo señaló que un derecho que está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en un motivo prohibido de

discriminación.¹⁷⁵ En ese caso la Corte Interamericana constató que existió un vínculo o nexo causal entre los hechos y la realización de diferencia de trato basada en una categoría o motivo prohibido de discriminación.¹⁷⁶ En este caso se ubicó la discriminación de la madre basada en un motivo prohibido contraponiendo el interés superior de sus hijas; no obstante, el tribunal interamericano señaló que no se cumplió con el test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las niñas,¹⁷⁷ por el contrario, se utilizaron estereotipos discriminatorios para fundamentar la decisión.¹⁷⁸ De tal suerte —señaló— tratándose de una categoría prohibida de discriminación “la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso”.¹⁷⁹ En este orden de ideas, el tribunal interamericano ha destacado la necesidad de un test estricto y razones de peso para la restricción de derechos humanos en cuanto se trate de motivos prohibidos de discriminación.

De esta forma, se puede señalar que en materia de categorías o motivos prohibidos de discriminación, especialmente protegidos debido a su afectación histórica

¹⁷⁵ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 66, párr. 93.

¹⁷⁶ *Ibidem*, párrs. 95 y 98.

¹⁷⁷ *Ibidem*, párr. 131.

¹⁷⁸ *Ibidem*, párr. 146.

¹⁷⁹ *Ibidem*, párr. 124.

y estructural requieren de una especial protección, como han sido las acciones afirmativas, entre otras medidas de igualdad, como lo contempla, a partir de 2014, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.¹⁸⁰

3. EL PRINCIPIO *PRO ADULTO MAYOR* EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS

La línea argumentativa del escrito es reflexionar sobre el peso del principio *pro persona* en casos de colisión de derechos humanos. En particular, se ha señalado que el sub principio *favor debilis* puede contribuir como un elemento en la argumentación.

El apartado anterior se dedicó a la cláusula de motivos prohibidos de discriminación, la cual, en el tema que nos ocupa, encamina a que no pueda utilizarse un motivo prohibido como elemento de restricción de derechos, por un lado, y a un test estricto de proporcionalidad y la debida carga argumentativa cuando alguno se llegue a afectar.

En paralelo, se ha desarrollado la protección de grupos en situación de vulnerabilidad. En México, la Ley General de Desarrollo Social en su artículo 5, fracción VI, señala que se entiende por grupos sociales en situa-

¹⁸⁰ Decreto de modificación publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de marzo de 2014.

ción de vulnerabilidad “Aquellos núcleos de población y personas que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación que les impiden alcanzar mejores niveles de vida y, por lo tanto, requieren de la atención e inversión del Gobierno para lograr su bienestar”.

El DIDH ha tenido importantes aportaciones en la protección de derechos de las mujeres, los niños y las personas con discapacidad, como se indicó en líneas anteriores, tanto en el ámbito interamericano como en el de Naciones Unidas se han desarrollado tratados internacionales que además de la protección de derechos se enfocan a grupos en situación de vulnerabilidad.¹⁸¹

El presente apartado se dedica a la reflexión de la protección de las personas adultas mayores. Al respecto, hay que tener presente que con base en el principio de universalidad de los derechos humanos todas las personas son titulares de los mismos, sin discriminación, entre otras causas por motivos de edad, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales vinculantes para el Estado mexicano.

En materia de derechos de las personas adultas mayores, hasta el momento, ha tenido un desarrollo dentro

¹⁸¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables op. cit.* y ver: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx> (Consultada en agosto de 2016).

del orden jurídico interno. En México, por Decreto de 1979,¹⁸² se creó el Instituto Nacional de la Senectud. Con objeto de “propiciar y fortalecer el desarrollo humano integral de los adultos mayores”, así como “para fortalecer el combate a la pobreza y el rezago social [...] de adultos mayores”, mediante decreto del año 2002,¹⁸³ se transformó en el Instituto Nacional de Adultos en Plenitud y que meses después con la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores,¹⁸⁴ se modificó al Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores (INAPAM). Esta Ley, entre sus disposiciones entiende por personas adultas mayores “aquellas que cuenten con sesenta años o más de edad”.

Si bien, el principio de universalidad enfoca a la titularidad de derechos humanos de todas las personas, la edad, ha sido un elemento que encamina a brindar en ciertos casos una mayor protección. Al respecto se puede efectuar el parangón con los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que siendo titulares de derechos humanos, al tener menos de 18 años son considerados como sujetos de protección especial de sus derechos, como lo contempla la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, aprobada en 1989. Éste fue un tratado internacional que demoró en su aprobación,

¹⁸² *Diario Oficial de la Federación* del 22 de agosto de 1979.

¹⁸³ *Diario Oficial de la Federación* del 17 de enero del 2002.

¹⁸⁴ *Diario Oficial de la Federación* del 25 de junio del 2002.

pero que después de ello ha sido el que mayor número de ratificaciones obtuvo en menor tiempo. Entre sus disposiciones el artículo 3.1 señala que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. En México, además se cuenta con un mecanismo de justicia para adolescentes, en el que, entre otros elementos, contempla una medición con acuerdos reparatorios, según establece la ley de la materia.¹⁸⁵

Ahora bien, en el marco del derecho internacional, por lo que respecta al ámbito de Naciones Unidas, han existido algunas iniciativas de Declaración de derechos de las personas adultas mayores; sin embargo, ninguna de ellas fue aprobada,¹⁸⁶ sino que una de las propuestas logró avanzar en forma de “*Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad*”. Estos principios contemplan la independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad. Hasta el momento no se ha logrado consolidar ninguna Convención en la materia en el ámbito de las Naciones Unidas.

En tanto, en la Organización de los Estados Americanos, la discusión en su Asamblea General comenzó en

¹⁸⁵ Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal.

¹⁸⁶ Sandra Huenchuan, *Los derechos de las personas mayores*. Santiago de Chile, CEPAL, 2013, pp. 3 y ss.

el año 2009,¹⁸⁷ lográndose aprobar, en 2015, la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, que al momento en el que se escriben las presentes líneas, sólo la han firmado cinco países: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay.¹⁸⁸

Entre otros elementos en su artículo 4, inciso c), señala: “Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos”. De igual manera, en el artículo 31 Acceso a la justicia, señala entre otros elementos que “Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales”.

Ahora bien, como ha señalado la jurisprudencia interamericana en este sentido se debería analizar la severidad analizada desde el impacto desproporcionado en la situación económica, la discapacidad y el género, al ser factores que pueden incidir en la ponderación.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 19.

¹⁸⁸ http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp (Consultada en mayo de 2016).

4. EL PRINCIPIO *PRO PERSONA* EN LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS

El presente apartado tiene como propósito ubicar al principio *pro persona* en la restricción de derechos. Como fue abordado en los apartados respectivos, este principio puede identificarse en la aplicación e interpretación de derechos, con la más favorable en los casos de protección y con la menos limitativa en la restricción de derechos humanos.

El artículo 29 de la Constitución Política está dedicado a la restricción y suspensión de derechos humanos en estados de excepción. Este numeral fue modificado en 2011, cuando entre otros elementos se le incorporó un núcleo duro de derechos integrado por:

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, a los derechos de la niñez, los derechos políticos, las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna, el principio de legalidad y retroactividad, la prohibición de la pena de muerte, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición de la desaparición forzada y la tortura, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La integración de este grupo de derechos –no objeto de restricción ni suspensión– contempló las cláusulas que

disponía el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁸⁹ así como el artículo 27.2 de la CADH.¹⁹⁰ Para algunos autores, como Chirstof Heyns,¹⁹¹ las cláusulas de suspensión de derechos constituyen, a su vez, una garantía, ya que permiten un mecanismo y una reiterada protección a ciertos derechos en contextos que pueden presentarse y resulte necesario hacerles frente. De igual manera se puede señalar que la protección internacional de suspensión de derechos encamina a un control de convencionalidad interno e incluso interna-

¹⁸⁹ Artículo 4.2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 [derecho a la vida u prohibición de pena de muerte], 7 [prohibición de tortura], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de esclavitud y servidumbre], 11 [prohibición de prisión por deudas], 15 [irretroactividad de la ley penal], 16 [reconocimiento de la personalidad jurídica] y 18 [libertad de pensamiento, conciencia y religión].

¹⁹⁰ Artículo 27.2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 6 (prohibición de esclavitud), 9 (Principio de legalidad y de retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), n de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

¹⁹¹ Christof Heyns, “La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, en Felipe Gómez Isa dir., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, p. 610.

cional, como da muestra la jurisprudencia interamericana. En principio, la Corte Interamericana emitió dos opiniones consultivas en las cuales abordó la temática, la OC-8/87 dedicada a “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la OC-9/87, relativa a las “Garantías judiciales en estados de emergencia”, opinión solicitada por el gobierno de la República Oriental de Uruguay. En tanto, en casos contenciosos, a manera de ejemplo, en el Caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*,¹⁹² señaló:

47. Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria. En este caso, la Corte analiza la conformidad de los actos estatales en el marco de las obligaciones consagradas en el artículo 27

¹⁹² Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas. 4 de julio de 2007, Serie C No. 166.

de la Convención, en relación con las otras disposiciones de la Convención objeto de la controversia.

En el derecho comparado como se señaló el artículo 93.1 de la Constitución de Colombia estos derechos –reconocidos en tratados que prohíben su limitación en estados de excepción– prevalecen en el orden interno. Por su parte, la Corte Constitucional de ese país en los primeros pasos que dio en la construcción del concepto de “bloque de constitucionalidad” consideró justamente la primera parte del artículo de referencia, fue posteriormente cuando resolvió que contemplaba también los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario.¹⁹³

En México, se han presentado algunas iniciativas, como la de la Cámara de Senadores de diciembre de 2015 o la de la Cámara de Diputados del 31 de marzo de 2016. Aunque al momento en que se escriben las presentes líneas no ha sido aprobada ninguna de ellas.¹⁹⁴ Excede el propósito del presente apartado el análisis de dichas iniciativas que, además, contienen diferencias relevantes entre ellas y sin dejar de omitir que la legislación en la materia lleva consigo grandes retos. Lo que nos ocupa en este momento es la referencia a los prin-

¹⁹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1319/01. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Evolución jurisprudencial.

¹⁹⁴ Mayo de 2016.

cipios de proporcionalidad y *pro persona* que contemplan. La iniciativa del Senado en el artículo 8 se refiere al principio *pro persona*, el cual deberá seguir observándose en estados de excepción. En tanto, el artículo 9 de la iniciativa refería que “Toda medida para la restricción o suspensión del ejercicio de derechos y garantías deberá ser oportuna, fundada y motivada, y proporcional a la situación que se deba afrontar, considerando su gravedad y naturaleza” y observar entre otros principios el *pro persona*.

En este ámbito el principio *pro persona* –como fue indicado en apartados anteriores– se encamina a la interpretación más limitativa en cuanto a restricción de derechos se trate, es la otra parte del criterio hermenéutico o de la selección de normas del parámetro. Uno de los autores que ha abordado esta temática es Karlos Castilla, quien, cabe señalar, comenzó en México el estudio de esta figura con un artículo publicado en 2009 y dirigido al actuar jurisdiccional,¹⁹⁵ y en 2014 abordó justamente la variante de la aplicación del principio *pro persona* en la restricción de derechos,¹⁹⁶ en él señaló: “la forma en la cual se incorporó el principio *pro persona* en el texto constitucional mexicano no fue la más adecuada, al establecer únicamente que se deberá aplicar la

¹⁹⁵ K. Castilla, “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, *op. cit.*, *supra* nota 122.

¹⁹⁶ K. Castilla, “El principio *pro persona* a tres años de su inclusión...”, *op. cit.*, *supra* nota 122.

protección más amplia, dejando fuera la restricción más limitada. Esto es, el principio *pro persona* no se incluyó de manera integral en el texto constitucional mexicano”. Al respecto, se pueden mencionar dos aspectos. En primer lugar, parte del argumento sustentando en otro momento,¹⁹⁷ y reafirmado en el presente, el principio *pro persona* ha sido parte del orden jurídico mexicano con anterioridad a su incorporación constitucional, al estar reconocido en diversos tratados internacionales, mismos que reconocen también la aplicación o interpretación más restrictiva, como ha sido abordado por intérpretes internacionales. En segundo lugar, la interpretación más favorable puede ser aplicada en sentido integral, tanto para la protección, como para las restricciones, también contempladas en el “parámetro de control de regularidad constitucional”.

Respecto de la Contradicción de Tesis 293/2011, Castilla señala: “el parámetro de regularidad debe desarrollarse de forma armónica, sin introducir criterios de jerarquía entre las normas que lo integran, pero que, si hay restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”.¹⁹⁸ Si bien, la jurisprudencia y el esquema de aplicación de la jurisprudencia encaminan un actuar en

¹⁹⁷ Nota del autor.

¹⁹⁸ K. Castilla, “El principio *pro persona* a tres años...”, *op. cit.*, *supra* nota, 122, p. 53.

materia de restricciones, también es cierto que la resolución de casos y la evolución de la jurisprudencia nacional dan muestra de avances en la materia.

Por otro lado, en materia de limitaciones a derechos humanos podemos observar que no sólo se encuentran dispuestas en el artículo 29 constitucional, sino también en la Constitución y en los tratados internacionales. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 18, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: “3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias *estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias* para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.¹⁹⁹

El párrafo citado, al igual que otros numerales del Pacto, prevé la limitación de dicho derecho, al respecto, el Estado mexicano formuló una Declaración Interpretativa en los siguientes términos:

Artículo 18.- De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos todo hombre es libre de profesar la creencia religiosa que más le agrada y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, con la limitación, respecto de los actos religiosos de culto público de que deberán celebrarse preci-

¹⁹⁹ Énfasis añadido.

samente en los templos y, respecto de la enseñanza, de que no se reconoce validez oficial a los estudios hechos en los establecimientos destinados a la enseñanza profesional de los ministros de los cultos. *El Gobierno de México considera que estas limitaciones están comprendidas dentro de las que establece el párrafo 3 de este artículo.*²⁰⁰

En este orden de ideas podemos observar un ejemplo de limitación de derechos prevista convencionalmente y haciendo referencia a la legalidad de la restricción, en este caso constitucional y la necesidad para ello.

Al mismo tiempo, como señala Luigi Ferrajoli en su libro *Derechos y garantías. La ley del más débil*,²⁰¹ al referirse, en su capítulo cuarto, a los derechos del ciudadano y a los derechos de la persona. De esta forma podemos observar la protección de derechos de todas las personas, de los mexicanos y de los ciudadanos a lo largo del texto constitucional.

El principio *pro persona*, como se ha señalado aporta que en el caso de que se le pueda dar dos sentidos diferentes a normas que limiten derechos humanos, debe dársele el sentido más restrictivo o más protector de la persona.

²⁰⁰ Énfasis añadido.

²⁰¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid, Trotta, 1999.