

**VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES
QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO
ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN
RELACIÓN CON LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011,
RESUELTA POR EL TRIBUNAL EN PLENO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

El 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 293/2011. No es exagerado decir que se trata de una decisión histórica en muchos sentidos. Si las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 provocaron el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, la presente decisión consolida al nuevo paradigma constitucional y demuestra el compromiso de este Alto Tribunal por ajustar sus criterios a una perspectiva cuyo eje central sea el respeto y la garantía de los derechos humanos.

En efecto, los criterios jurisprudenciales aprobados al resolver la presente contradicción son de una gran trascendencia para el orden jurídico nacional, toda vez que dotan de total eficacia a las reformas constitucionales de junio de 2011 y consolidan la vigencia de un “bloque de constitucionalidad”, el cual amplía considerablemente el catálogo de derechos humanos así como su ámbito de protección y constituye el parámetro de control de la regularidad constitucional conforme al cual los tribunales nacionales evaluarán la validez de todas las leyes y actos jurídicos dentro del orden jurídico mexicano.

En este orden de ideas, dedicaré la primera parte de este voto a destacar la importancia del acuerdo al que llegó la mayoría de los miembros del Pleno de este Alto Tribunal para resolver la contradicción de tesis y a explicar las razones por las cuales modifiqué

**VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES
CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011**

el proyecto original elaborado bajo mi Ponencia; posteriormente, expondré las razones que me llevan a separarme de algunas consideraciones contenidas en la sentencia que reflejan la opinión de la mayoría de los miembros del Pleno.

I. VOTO ACLARATORIO sobre la modificación de la propuesta original sometida a consideración del Pleno

En relación con el tema de la presente contradicción, conviene no perder de vista que el surgimiento mismo de los Estados constitucionales encuentra su justificación precisamente en la necesidad de proteger los derechos humanos de las personas, tanto frente al resto de los miembros de la sociedad –evitando con ello la imposición de la “ley del más fuerte”–, como frente a las autoridades del Estado –limitando así el ejercicio del poder público con la finalidad de evitar abusos y arbitrariedades. En este sentido, históricamente la lucha por los derechos humanos ha supuesto tanto la búsqueda de su reconocimiento en los ordenamientos positivos como la creación de mecanismos adecuados para su protección. Al respecto, no debe olvidarse que artículo XVI de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya establecía claramente que “una sociedad en la que *la garantía de los derechos no está asegurada*, ni la separación de poderes definida, *no tiene Constitución*”.

En el caso mexicano, tuvo que pasar mucho tiempo para que el conjunto de derechos humanos contemplados en el texto constitucional tuvieran una verdadera eficacia normativa y el juicio de amparo se consolidara como un mecanismo efectivo para la protección de esos derechos. Sin embargo, uno de los temas

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

pendientes del constitucionalismo mexicano era que a pesar de que en el orden jurídico nacional se habían incorporado diversos derechos humanos, éstos no se entendían como parte integrante de nuestra Constitución y, en consecuencia, no tenían la misma *resistencia normativa* ni eran protegidos con la *misma intensidad* que aquéllos que estaban contemplados expresamente en el texto constitucional.¹

El Poder Revisor de la Constitución advirtió esta problemática y en respuesta a esa situación aprobó las reformas de 6 y 10 de junio de 2011 con dos objetivos muy claros: por un lado, *eleva a rango constitucional* todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; y por otro lado, otorgarles el *mismo nivel de protección* que a los derechos humanos de fuente constitucional al hacer procedente el juicio amparo contra la violación de aquéllos. En otras palabras, las citadas enmiendas buscaron acabar con la existencia de “derechos humanos de segunda categoría”, para situar en el corazón de nuestra carta constitucional *un solo catálogo de derechos* protegidos con la misma intensidad.

Por su parte, pronunciarse sobre el alcance de las reformas representaba para esta Suprema Corte la oportunidad de confrontar al derecho mexicano con una realidad inobjetable: el hecho de que en las sociedades contemporáneas los derechos humanos constituyen uno de los principales criterios para evaluar la legitimidad democrática

¹ Como señala la doctrina especializada, “la especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional se manifiesta en un *reforzamiento de sus garantías* o de su *resistencia jurídica* frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador”. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 230. En el mismo sentido, Riccardo Guastini ha sostenido que “en los sistemas de Constitución rígida los derechos subjetivos conferidos por la Constitución [...] se caracterizan por una especial capacidad de “resistencia”, por una protección realmente especial”. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 232.

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

de las instituciones, además de ser un motor de importantes cambios sociales. En relación con este punto, me permito recordar las palabras de Aharon Barak, quien fuera Presidente de la Suprema Corte de Israel durante once de los veintiocho años que duró su encargo:

La principal preocupación de un tribunal constitucional en una democracia no es corregir los errores individuales cometidos en las sentencias de los tribunales inferiores. Ese es el trabajo de los tribunales de apelación. La principal preocupación del tribunal constitucional es la más amplia acción correctiva de todo el sistema. Esta acción correctiva se debería enfocar en dos problemas principales: *cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad y proteger la democracia.*²

Cito estas palabras para enfatizar que una de las funciones principales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional consiste en cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad mexicana, es decir, acercar el derecho a la realidad, en parte transformándola, en parte nutriéndose de ella. Si un tribunal constitucional no pudiera llevar a cabo esta tarea, el derecho perdería la capacidad de convertirse en factor de cambio social. Si esta Suprema Corte no pudiera hacerse cargo de la necesidad de proteger por igual todos los derechos humanos, entonces la legitimidad democrática de nuestras instituciones estaría seriamente cuestionada.

Ahora bien, aun cuando desde mi punto de vista la intención del Poder Revisor de la Constitución al aprobar las referidas reformas era totalmente transparente, es incontestable que éstas se plasmaron *en un texto* que requería ser interpretado, de tal manera que no sólo pudieran disiparse las dudas existentes entre los operadores jurídicos sobre los alcances de las enmiendas, sino también dotar de total eficacia a dichas reformas en concordancia con el nuevo paradigma constitucional.

² Barak, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, SCJN, 2009, p. 1.

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

De ahí la importancia de la discusión que tuvo lugar en la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011. Así, este Alto Tribunal se encontraba llamado a establecer, con carácter obligatorio para todas las autoridades jurisdiccionales del país, el alcance de las reformas constitucionales de junio de 2011. Más específicamente, esta Suprema Corte tenía que determinar si los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales e incorporados a nuestro orden jurídico tenían rango constitucional, como parecía era la intención del Poder Revisor, o si seguirían siendo “derechos humanos de segunda categoría” al gozar de una protección disminuida.

Aunque en los términos antes descritos la decisión parecía sencilla, en realidad conllevaba el enfrentamiento de dos formas distintas de entender el derecho: uno según el cual los derechos humanos contenidos en el texto constitucional serían los únicos que se ubicarían en la cúspide de nuestro sistema normativo; y otro que entiende que la protección de los derechos de las personas no depende de las características del instrumento normativo que los reconoce y que sostiene que, desde el punto de vista material, puede haber normas constitucionales fuera del documento al que formalmente denominamos “Constitución”.

Como puede advertirse, una discusión como ésta exigía un debate robusto y abierto, en el que todos los integrantes del máximo órgano jurisdiccional del país expusiéramos nuestras posturas. En esta línea, para nadie es un secreto que los miembros de un órgano colegiado suelen tener opiniones y puntos de vista distintos en relación con los asuntos que son puestos a su consideración. De hecho, las

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

diferencias ideológicas son un rasgo característico de la integración de las altas cortes en todo el mundo. Sin embargo, el pluralismo ideológico no puede servir de justificación para la parálisis, mucho menos cuando el órgano colegiado del que se trata es un tribunal constitucional.

En nuestro caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene una conformación plural, tanto desde el punto de vista ideológico como profesional. No obstante, el punto en común entre los miembros que la integran es que se trata de once juristas cuya designación como Ministros supuso un reconocimiento a sus intachables trayectorias profesionales. De esta manera, es de esperarse que cada uno de los miembros del Pleno tenga sus propias concepciones sobre el derecho y las defienda con vigor. Sin embargo, estaríamos muy equivocados si creyéramos que las decisiones jurisdiccionales de órganos colegiados son el resultado de una votación donde simplemente una postura resulta vencedora y las demás visiones son derrotadas. Las cosas son mucho más complejas que eso. Una sentencia de la Suprema Corte debe entenderse como el resultado de la deliberación de un cuerpo colegiado que intenta construir una postura compartida, enriquecida por los diversos matices y posicionamientos de los Ministros que conforman la mayoría que la aprueba, que también debe hacerse cargo de los argumentos formulados por quienes sostienen opiniones contrarias.

En relación con este tema, Gustavo Zagrebelsky ha destacado la importancia del consenso en sede de justicia constitucional. Para el ex Presidente de la Corte Constitucional italiana, si bien en principio podría caracterizarse a la legislación como el ámbito de aquello “sobre lo que se vota”, mientras que la justicia constitucional sería el ámbito de aquello sobre lo que “no se vota” porque es *res pública*, es

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTENTE CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

indiscutible que las decisiones *sobre el contenido de la Constitución* también son objeto de votación. En orden de ideas, el constitucionalista italiano señala lo siguiente:

En estos casos, es natural buscar *la solución más compartida*. La unanimidad sería el *optimum*. Si no se puede alcanzar, se trabaja al menos para *lograr el máximo consenso posible*. El recurso al voto de mayoría es solo el remedio extremo a un defecto: *la incapacidad para crear consenso sobre los argumentos propios y la indisponibilidad a dejarse convencer por los demás*. Las decisiones de cinco contra cuatro o, en nuestra Corte constitucional, de ocho contra siete dejan siempre un sentimiento de insatisfacción, como el que se tiene frente a un deber no cumplido a plenitud. Con este tipo de decisiones, las Cortes constitucionales se exponen a la crítica política, es decir, a la de haber actuado arbitrariamente como pequeños parlamentos, en los que el conflicto mayoría-minoría es fisiológico ³ (énfasis añadido).

En estos términos, celebro que el 3 de septiembre de 2013, diez Ministras y Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hayamos llegado a un *consenso histórico* en relación con el rango constitucional de todos y cada uno de los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano. Lo celebro porque ese día se hizo historia, al adoptar una “decisión de Corte”, mediante la cual los integrantes de esta Alto Tribunal dejamos de lado nuestras divergencias para privilegiar nuestras coincidencias, en aras de dar un paso firme hacia una efectiva protección de los derechos humanos de todas las personas, al reconocerlos, sin distinciones, como parte de nuestra Constitución.

Quiero destacar que diez Ministros de esta Suprema Corte entendimos que la función de un juez constitucional está más allá de la visión que cada uno de nosotros tengamos sobre el derecho. Al

³ La cita está tomada de un discurso pronunciado por el también profesor de la Universidad de Turín con motivo del cincuenta aniversario de la Corte Constitucional italiana. Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-IIJ, 2007, p.102.

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

respecto, recientemente se ha recordado la forma en la que John Roberts, *Chief Justice* en la actual integración de la Corte Suprema estadounidense, define una virtud indispensable en la construcción jurisprudencial del derecho: el temperamento judicial. De acuerdo con Roberts, se trata de la disposición del juez para tomar distancia de sus propias convicciones sobre la manera correcta de aproximarse a los problemas jurídicos y tener la capacidad de evaluar su visión del derecho a la luz de su función como juez.⁴ En este sentido, de acuerdo también con Roberts, la diferencia entre un buen juez y un académico consiste precisamente en que, a diferencia del segundo, el primero puede suprimir su agenda ideológica o su deseo de protagonismo con la finalidad de lograr los consensos y la estabilidad que requiere la función institucional que desempeña un alto tribunal.⁵

Desde mi punto de vista, esta amplitud de miras prevaleció entre los Ministros que aprobamos el criterio sobre el primer punto de la contradicción de tesis. Al respecto, es oportuno recordar que en mi calidad de Ponente sometí a la consideración del Pleno de esta Suprema Corte un proyecto de resolución que contenía mi propia visión sobre los dos temas de la contradicción de tesis. Con todo, como suele ocurrir con el trabajo jurisdiccional en un órgano colegiado, dicha propuesta únicamente fue el punto de partida para la construcción de una postura compartida por la mayoría de mis compañeros Ministros.

En esta línea, hay que tener en cuenta que durante las primeras sesiones de la discusión pública de este asunto, las intervenciones de los integrantes del Pleno se centraron en dos problemas: el debate sobre la jerarquía de los derechos humanos de fuente internacional; y

⁴ Rosen, Jeffrey, *The Supreme Court: The Personalities and Rivalries that Defined America*, Nueva York, Times Books, 2007, p. 7.

⁵ *Ídem*.

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

la forma en la que deben operar las restricciones expresas al ejercicio de los derechos humanos que se encuentran contenidas en el texto constitucional. En relación con el primer tema, la consulta tenía una postura muy clara: establecía la jerarquía constitucional de los derechos humanos, independientemente de que su fuente de reconocimiento fuera un tratado internacional. En relación con el segundo aspecto, el proyecto original no abordaba el tema de las restricciones expresas al ejercicio de los derechos humanos en el texto constitucional porque no era parte de la contradicción de tesis.

Así, tal como lo proponía la consulta, una mayoría de los integrantes del Pleno sostuvimos que los derechos humanos contemplados en tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano tienen rango constitucional. Por otro lado, a pesar de que no formaba parte de la contradicción de tesis, una mayoría de Ministros decidió que debía abordarse el tema de las restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos humanos. Sobre este punto, la mayoría de mis compañeros se pronunciaron a favor del criterio de que cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se debería estar a lo que indica el texto constitucional.

En este escenario, entendí que era necesario hacer un esfuerzo por acercar mi posición a la de mis compañeros Ministros, con la intención de llegar a un punto de encuentro que nos condujera a establecer un criterio que consolidara la vigencia de un catálogo constitucional de derechos como parámetro de control de la regularidad de todas las leyes y actos jurídicos, y a la vez brindara certeza a los operadores jurídicos. Por esa razón, tomé la decisión de

**VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTENTE
CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011**

modificar el proyecto, pero sin desvirtuar el sentido de la propuesta original.

En esta línea, la nueva propuesta consistió en mantener el reconocimiento del rango constitucional de los derechos humanos, independientemente de que su fuente de reconocimiento fuera un tratado internacional, al tiempo que se introdujo una cláusula que establece que “cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”. Por lo demás, con la finalidad de evitar desacuerdos adicionales, no se incorporó ninguna justificación o explicación de dicha cláusula, de tal manera que los cambios al proyecto fueron en realidad mínimos.

Es de la mayor relevancia precisar que lo alcanzado no constituyó un “simple acuerdo”, pues no se adoptó una postura que sumara la ideología de cada Ministro en lo individual, ni se trató de una “negociación” en la que los miembros del Alto Tribunal nos hiciéramos recíprocas concesiones. Ninguna de las señoras y señores Ministros comprometimos nuestras convicciones personales en la construcción de este amplio consenso.

Ahora bien, a pesar de que personalmente no comparto el contenido de la citada modificación, por las razones que expondré detalladamente en mi voto concurrente, quiero destacar claramente cuáles fueron los avances con esta decisión que resulta obligatoria para todos los tribunales del país.

En primer lugar, se amplió el catálogo de derechos humanos con rango constitucional, quedando claro que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales firmados y ratificados por

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

el Estado mexicano *son Constitución*. Segundo, dicho “bloque de constitucionalidad” constituye el parámetro de control de validez de todas las normas generales y actos jurídicos dentro del orden jurídico mexicano, de forma que si éstas lo contrarían devienen inconstitucionales. Tercero, al establecerse la vinculatoriedad de todos los precedentes de la Corte Interamericana, incluyendo aquéllos donde el Estado mexicano no fue parte y siempre que éstos favorezcan a las personas la protección más amplia, se extendió de manera importante el ámbito protector de los derechos humanos. Consecuentemente, esta decisión fortaleció contundentemente la protección y la garantía de los derechos humanos en México, lo cual constituye un avance de la mayor envergadura dentro de la historia del constitucionalismo mexicano.

Asimismo, es importante destacar también la trascendencia de esta determinación en términos prudenciales y estratégicos. Al respecto, no debe perderse de vista que el aspecto medular del debate se centró en determinar si todos los derechos humanos, independientemente de que su fuente de reconocimiento hubiera sido un tratado internacional, tienen jerarquía constitucional, de modo que el mensaje que debía enviar el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación requería claridad y contundencia, tenía que confirmar que, a pesar de las discrepancias ideológicas entre los Ministros, no existe ninguna duda sobre un punto: todos los derechos humanos tienen rango constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El resto de discusiones conexas puede continuar desarrollándose paulatinamente, como tradicionalmente ha ocurrido con muchos otros temas.

Si bien hubo que aceptar incluir la cláusula que establece que “cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio

**VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES
CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011**

de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”, la decisión adoptada fue *la mejor posible* si tiene en cuenta el contexto en el que ésta se tomó. Primero, había que darle a los operadores jurídicos un criterio claro que pudiera servir para la resolución de los conflictos que se están presentando en distintas instancias jurisdiccionales sobre este tema. Segundo, de sostenerse mi proyecto original y aguardar a que otro Ministro elaborara uno nuevo habría resultado inútil, pues su discusión difícilmente habría arrojado un resultado diverso. Tercero, no podía postergarse el debate y esperar una nueva integración del Pleno, lo cual nos hubiera llevado a volver a discutir la problemática más allá del 2015, además de que nada garantizaba que con una nueva integración se hubiera llegado al consenso de sostener el rango constitucional de todos los derechos humanos. Consecuentemente, aposté por el consenso, desde una ética de la responsabilidad y de la convicción, a efecto de adoptar una determinación que permitiera a esta Suprema Corte seguir construyendo una sólida doctrina jurisprudencial en materia de derechos humanos y emitir un criterio claro para que el resto de los tribunales mexicanos pudiera resolver los asuntos de su competencia en relación con este tema.

En resumen, considero que la Suprema Corte de Justicia de la Nación actuó responsablemente el 3 de septiembre de 2013, pues adoptó una postura constitucional consensuada que refleja la posición ampliamente mayoritaria entre los Ministros, sin postergar la adopción de una determinación que permitiera la consolidación de las reformas constitucionales de 2011. Ésta era una deuda que nuestro Alto Tribunal había contraído con el resto de los tribunales mexicanos, con el propio Poder Reformador, con los justiciables y con la historia constitucional de México. La sociedad civil y los actores políticos nacionales han realizado muchos esfuerzos para fortalecer la

**VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTENTE
CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011**

protección de los derechos humanos en nuestro país. Por lo que toca al tema que nos ocupa, puedo decir con satisfacción que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha cumplido con su parte.

II. VOTO CONCURRENTENTE en relación con las consideraciones que hacen referencia a la forma en que operan las restricciones constitucionales

El consenso histórico que se construyó para adoptar una “decisión de Corte” en el presente asunto dio lugar al criterio recogido en la primera de las tesis de la presente contradicción. Por un lado, en dicho criterio se estableció el rango constitucional de todos los derechos humanos, independientemente de que su fuente de reconocimiento fuera un tratado internacional. Y por otro lado, se introdujo una cláusula donde se señaló con toda claridad que “cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”. En este sentido, en el presente voto expondré las razones por las cuales no comparto esta segunda parte del criterio adoptado en la contradicción de tesis 293/2011.

En primer lugar, no deben confundirse las “restricciones” al ejercicio de los derechos humanos con los “límites”, “modalidades” o “configuraciones” que éstos pueden adoptar de conformidad con la Constitución. No obstante, estos conceptos no serán desarrollados en este lugar, toda vez que su explicación excede con mucho los propósitos del presente voto concurrente. En este orden de ideas, es preciso señalar que los términos “restringirse” o “restringir” se utilizan

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

en el texto constitucional de diferentes formas en contextos relacionados con derechos humanos.

Un primer ejemplo de cómo es utilizado este término lo encontramos en el artículo 29 constitucional, el cual establece que el ejercicio de los derechos humanos sólo podría “restringirse” 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”, es decir, en el supuesto de un estado de excepción.⁶

Por otro lado, en el texto constitucional también se utiliza el término “restringir” en supuestos distintos a los que hace referencia el artículo 29 constitucional, lo cual pone en evidencia la ambigüedad de la que se ha venido hablado. Así, por ejemplo, se establece la prohibición de “restringir” el derecho a difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio (artículo 7) o la posibilidad de “restringir” las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros (artículo 18).

Ahora bien, con independencia de la ambigüedad que afecta al término “restricciones”, en la teoría constitucional resulta pacífico sostener que los derechos humanos *no son absolutos*. Así lo ha reconocido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que “salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos

⁶ Al respecto, coincido con Pedro Salazar en el sentido de que el objetivo legítimo de dichas situaciones excepcionales no es la protección del Estado como fin en sí mismo –lo cual sería, acorde con perspectivas comunitaristas, utilitaristas o estatalistas–, sino de aquellas instituciones que brindan garantía a los derechos fundamentales. *Cfr.* Salazar, Pedro, “Del Estado de excepción a la suspensión constitucionalizada”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM-IIJ, 2012, p. 276.

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTENTE CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

humanos no son absolutos”.⁷ En relación con este punto, puede surgir válidamente la siguiente pregunta: ¿es legítimo que una Constitución establezca restricciones al ejercicio de algunos derechos humanos?

En mi opinión, la respuesta es afirmativa: tanto el Constituyente como el Poder Revisor de la Constitución son legisladores democráticos que pueden restringir legítimamente el ejercicio de los derechos humanos. En efecto, el reconocimiento del rango constitucional de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte no implica descartar que su ejercicio sea susceptible de restringirse. Con todo, el problema central no se ubica en la discusión de la legitimidad de la existencia de dichas restricciones, sino más bien en la valoración caso por caso de cada una de éstas a la luz de las exigencias que impone la vigencia de un Estado democrático y constitucional de derecho.

Lo que no puedo compartir bajo ningún punto de vista es que el reconocimiento de que los derechos humanos no son absolutos nos lleve al extremo o absurdo de interpretar las restricciones al ejercicio de esos derechos en el sentido de hacerlos nugatorios o vaciarlos totalmente de contenido. No debe perderse de vista que los derechos humanos constituyen “cartas de triunfo” frente a las decisiones mayoritarias,⁸ de tal manera que configuran ese reducto al que se ha hecho alusión con expresiones como la “esfera de lo indecible”⁹, el

⁷ Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184, párrafo 174.

⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 37.

⁹ Esta expresión ha sido acuñada por Luigi Ferrajoli, quien apunta que su concepto se distingue del “territorio inviolable” de Norberto Bobbio y del “coto vedado” de Garzón Valdés en el sentido de que la “esfera de lo indecible” constituye una categoría jurídica, mientras que los otros dos conceptos hacen referencia a categorías filosóficas-políticas. Para este autor, las constituciones han sometido a la política a esa “esfera de lo indecible”. Al respecto, véase

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

“territorio inviolable”¹⁰ o el “coto vedado”¹¹ para las mayorías. En este sentido, el filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés ha señalado recientemente lo siguiente:

Los derechos humanos o fundamentales (civiles, políticos, sociales) – que incluyo en los que he llamado “coto vedado” a las decisiones mayoritarias– forman parte esencial de un diseño constitucional adecuado para lograr la concreción de las exigencias del respeto a la dignidad humana. Cuando estos derechos tienen vigencia, queda bloqueada la posibilidad de tratar a una persona como medio. Su otorgamiento y respeto no es un acto de benevolencia por parte de quien o quienes detentan el poder, sino una exigencia básica en toda sociedad que pretenda ser decente. Por ello, la concesión de estos derechos no se suplica sino que se exige [...].¹²

Desde mi punto de vista, el nuevo paradigma constitucional obliga a reinterpretar todo el texto de la Constitución a la luz del contenido del artículo 1º, el cual fue reformado primeramente en el año 2000 para introducir la prohibición de no discriminación y el principio de dignidad personal y, posteriormente, en 2011 al incorporar con rango constitucional los derechos humanos cuya fuente de reconocimiento son los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

En esta línea, a lo largo de mi trayectoria como Ministro de este Alto Tribunal, he adoptado consistentemente una metodología coherente con el nuevo paradigma constitucional. Así, los derechos humanos deben ser interpretados de forma armónica y *conforme a*

Ferrajoli, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, en *Estudios Constitucionales*, año 6, no. 1, 2008, pp. 337-343.

¹⁰ Bobbio, Norberto, “La regla de la mayoría: límites y aporías”, en Fernández Santillán, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 268-269.

¹¹ Respecto al “coto vedado”, el filósofo argentino ha señalado que los derechos incluidos en dicho concepto son aquéllos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Al respecto, véase Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa*, no. 6, 1989, pp. 209-213.

¹² Garzón Valdés, Ernesto, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, p. 99.

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

todos los contenidos constitucionales,¹³ procurando siempre *maximizar* su ámbito protector y *minimizar* las posibles restricciones a su ejercicio. Por lo demás, esta metodología debe apoyarse en los principios de no discriminación, pro persona, interpretación conforme, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, contenidos todos en el artículo 1º constitucional.¹⁴

Esta aproximación tiene el efecto de que en algunos casos las restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos humanos se desdibujen o desvanezcan y, en otros casos, se apliquen cabalmente, por ejemplo, cuando la propia la restricción protege derechos humanos de terceros o garantiza la igualdad material entre las personas, en el entendido de que se trata de una cuestión que habrá que examinar caso por caso.

Por ello, desde antes de las reformas constitucionales de junio de 2011, he señalado que los derechos humanos deben interpretarse de forma armónica con el resto de contenidos constitucionales. Así lo propuse durante la discusión de la **acción de inconstitucionalidad 48/2009**,¹⁵ donde sostuve que a pesar de que el artículo 32 constitucional aparentemente autoriza al Congreso de la Unión para legislar en materia de doble nacionalidad y establecer diferencias entre

¹³ Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor, la “cláusula de interpretación conforme” constituye una “técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *op. cit.*, p. 358.

¹⁴ En relación con este tema, me gustaría destacar las importantes aportaciones metodológicas contenidas en el libro de Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013

¹⁵ Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sentencia de 14 de abril de 2011, bajo la ponencia del Ministro Sergio A. Valls Hernández.

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

mexicanos por nacimiento y por naturalización,¹⁶ dicha facultad constitucional debía entenderse acotada, interpretándola de acuerdo con la cláusula de interpretación conforme, el principio pro persona y, por tanto, atendiendo a la prohibición de discriminación contenida en el último párrafo del artículo 1º constitucional.

Una vez reformada la Constitución en junio de 2011, he seguido insistiendo en la necesidad de armonizar los contenidos constitucionales, de forma que las normas relativas a los derechos humanos, incluyendo las que restrinjan su ejercicio, se interpreten *conforme* al contenido de los derechos humanos, independientemente de que su fuente sea un tratado internacional, y siempre favoreciendo en todo tiempo la *protección más amplia* a las personas como lo ordena la propia Constitución.

En congruencia con los criterios metodológicos antes señalados, mantuve una posición similar durante la discusión de varios asuntos posteriores a las reformas constitucionales de junio de 2011, entre los que destaco el **amparo en revisión 151/2011**,¹⁷ resuelto por el Pleno de esta Suprema Corte. En dicho caso se analizó si el traslado de reos lejos del lugar de su domicilio constituía o no una violación a algún derecho humano. En esa ocasión manifesté que el artículo 18 constitucional reconocía el derecho fundamental de todo reo a estar privado de su libertad en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio,¹⁸ salvo en los casos de delincuencia organizada, sin que

¹⁶ **Artículo 32.** La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

[...]

¹⁷ Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sentencia de 12 de enero de 2012, bajo la ponencia del Ministro Sergio A. Valls Hernández.

¹⁸ **Artículo 18.** [...]

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTENTE CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

dicha restricción pudiera interpretarse en el sentido de otorgar una facultad discrecional al legislador ordinario que hiciera nugatorio ese derecho, anulando o menoscabando su “contenido esencial”.

Sin embargo, existen casos en los que no es posible lograr la armonización de los contenidos constitucionales (debido a que dos o más normas constitucionales regulan de forma diferenciada el contenido de un mismo derecho), por lo que en un segundo momento he considerado que debe aplicarse el principio pro persona en su vertiente de *criterio de preferencia de normas*, de tal manera que se prefiera la norma que favorezca en todo momento la protección más amplia a las personas, tal y como lo ha sostenido reiteradamente la Primera Sala de esta Suprema Corte en varios asuntos.¹⁹

Desde mi punto de vista, un caso emblemático que estaba mencionado en el proyecto original y que ejemplifica el supuesto antes

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

¹⁹ **PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.** De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano (énfasis añadido) [Tesis 1ª./J. 107/2012. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, octubre de 2012, tomo 2, párrafo 799].

**VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTENTE
CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011**

descrito es la **acción de inconstitucionalidad 155/2007**,²⁰ resuelta por el Pleno de este Alto Tribunal. En ese asunto consideré que debía preferirse la norma de fuente internacional que regulaba el derecho humano al libre ejercicio del trabajo (Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, que sólo faculta a las autoridades judiciales para sancionar con trabajo a favor de la comunidad),²¹ sobre la norma que regulaba el mismo derecho en el texto constitucional (cuarto párrafo del artículo 21 constitucional que faculta a las autoridades administrativas para sancionar a las personas con trabajo a favor de la comunidad en el caso en que infrinjan los reglamentos gubernativos o de policía),²² partiendo de la premisa de que ambas formaban parte de un mismo parámetro de control de regularidad constitucional de las demás normas del sistema jurídico y de la consideración de que la norma de fuente internacional era más protectora de la persona que la derivada del texto constitucional.

Al respecto, en la discusión de este asunto en el Pleno sostuve que el artículo 1° constitucional reformado en junio de 2011 “prevé y privilegia el contenido de los derechos frente a una cuestión de jerarquía”, y aduje que teníamos que abandonar “nuestros criterios tradicionales interpretativos donde todo lo vemos de una forma piramidal”, además de que el problema planteado no se trataba de que

²⁰ Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sentencia de 7 de febrero de 2012, bajo la ponencia del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano (encargado del engrose: Ministro José Ramón Cossío Díaz).

²¹ **2.** Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión "trabajo forzoso u obligatorio" no comprende:

[...]

c) Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

[...] (Subrayado en este voto).

²² **Artículo 21.-** [...] Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas [...] (Subrayado en este voto).

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTENTE CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

“un tratado internacional invalide una norma constitucional”, sino de que “la propia Constitución nos establece que en esta amalgama de derechos, de normas, se prefiera siempre aquella que beneficie más a la persona”, independientemente de que la norma que regule un derecho humano esté contenida en el texto constitucional y sea más restrictiva.

Por lo demás, quiero destacar que esta metodología interpretativa no es ajena a otros sistemas jurídicos. En su resolución a la **controversia C-251/97**, el Tribunal Constitucional colombiano reconoció el carácter constitucional y vinculante de la “cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos”, según la cual “en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos”²³.

En esta línea, un ejemplo de aplicación por la Corte Constitucional colombiana de esta la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos lo constituye la sentencia de **tutela T-646/11**, donde dicho tribunal prefirió la norma constitucional porque garantizaba de forma más favorable a las personas el derecho de acceso a la educación (al prever la gratuidad de la educación básica primaria y media), mientras la norma contenida en el tratado internacional sólo garantizaba la gratuidad de la educación primaria (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 28 de la Convención de los Derechos del Niño). Así, en dicho caso, la Corte Constitucional colombiana estableció que “según la jurisprudencia constitucional, la contradicción entre una

²³ La sentencia del 28 de mayo de 1997 (ponente: Alejandro Martínez Caballero) puede ser consultada en la página de Internet de la Corte Constitucional Colombiana: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-251-97.htm>.

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

norma constitucional y una norma internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad se debe resolver de acuerdo con el *principio pro homine* bajo el cual ‘*el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos*’, en este caso la norma constitucional”.²⁴

Ahora bien, si bien he expuesto mi visión en torno a la forma en la que considero deben operar las restricciones a los derechos humanos en el marco del nuevo paradigma constitucional, un problema distinto es *cómo debe interpretarse* la cláusula introducida en la primera tesis de la contradicción donde se señala que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional” y qué *justificación* se pueda dar a ésta.

En mi opinión, los alcances precisos de dicha cláusula también tendrán que precisarse caso por caso, no sólo porque la técnica legislativa utilizada en la Constitución para establecer restricciones expresas al ejercicio de los derechos es muy variada, sino porque es previsible que existan desacuerdos en cada caso concreto en relación a si la disposición normativa a la que nos enfrentamos constituye en realidad una “restricción expresa” de las que habla el criterio.

Por las razones anteriores, no estimo conveniente ni posible adelantar mi posición sobre la forma en la que debe interpretarse esta parte de la tesis. Sin embargo, ello no me impide sostener que al afirmarse que “se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”, ello incluye al artículo 1º constitucional y los principios que éste contiene a efecto de interpretar las restricciones expresas al ejercicio

²⁴ La sentencia del 1º de septiembre de 2011 (ponente: Magistrado Humberto Antonio Serra Porto) puede ser consultada en la página de Internet de la Corte Constitucional Colombiana: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-646-11.htm>. Actualmente, el magistrado ponente es el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

de los derechos humanos de forma restrictiva, maximándose el ámbito protector del derecho humano en cuestión.

En cambio, sí considero oportuno exponer mi postura sobre cuál puede ser la justificación de la cláusula que se introdujo a la tesis con el apoyo de una amplia mayoría de los miembros del Pleno. Al respecto, algunos Ministros han expresado el punto de vista de que la razón por la que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional” es en realidad porque esas “restricciones expresas” son normas constitucionales que siguen estando jerárquicamente por encima de los derechos humanos contemplados en tratados internacionales.

De acuerdo con este punto de vista, la cláusula en cuestión sería una expresión del principio de supremacía constitucional, toda vez que es una muestra de que la Constitución sigue estando en la cúspide del sistema normativo, incluso por encima de las normas de tratados internacionales que establecen derechos humanos. En mi opinión, hay buenas razones para rechazar esta visión y ofrecer, en cambio, una justificación alternativa del funcionamiento de las restricciones expresas a los derechos, que por lo demás es la misma justificación que se utilizaba en el marco del anterior paradigma constitucional cuando se aplicaba una restricción constitucional expresa.

En primer lugar, si las cosas fueran como lo sostiene esta postura, no tendría sentido decir que los derechos humanos establecidos en tratados internacionales tienen jerarquía constitucional, como se sostiene en la primera tesis de la contradicción. En este sentido, si se asume dicha postura, el consenso

**VOTO ACLARATORIO Y CONCURRENTES
CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011**

histórico sobre el rango constitucional de todos los derechos humanos quedaría reducido a letra muerta.

Sin embargo, no hay necesidad de recurrir al criterio jerárquico para explicar que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”. Las restricciones expresas previstas en la Constitución han operado tradicionalmente como *reglas especiales* o *excepciones*, donde la regla general está constituida por el contenido del derecho humano.

Así las cosas, considero que la justificación del criterio introducido en la primera tesis de la contradicción para resolver el problema de las restricciones debe ser la misma que operaba en el marco del anterior paradigma constitucional: el criterio de especialidad de la norma.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS

RAFAEL COELLO CETINA