

La primacía de las restricciones constitucionales expresas sobre los derechos humanos en la doctrina de la Suprema Corte: ¿hacia la retractación jurisprudencial en la era del populismo?

The primacy of express constitutional restrictions on human rights in the doctrine of the Supreme Court: towards jurisprudential retraction in the era of populism?

FERNANDO SILVA GARCÍA*

Resumen

En este texto se analiza la relación que existe entre las restricciones jurídicas expresas y la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

Palabras clave: restricciones constitucionales expresas; derechos humanos; retractación jurisprudencial; populismo.

Abstract

This text analyzes the relationship between the express legal restrictions and the resolution of the Plenary of the Supreme Court of Justice of the Nation in the contradiction of thesis 293/2011.

* Doctor en Derecho Público, Carlos III Madrid.

Keywords: express constitutional restrictions; human rights; jurisprudential retraction; populism.

1. El contexto histórico de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas: ¿qué resolvió el Pleno de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011?¹

Desde cierta óptica, la doctrina de las restricciones constitucionales expresas elaborada por una mayoría de jueces constitucionales en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) puede entenderse como la creación o el reconocimiento judicial de una facultad a cargo de la clase política dominante para emitir actos o crear normas que prevalecen sobre los derechos humanos. Se trata materialmente de una facultad para crear zonas de no-derechos, con inmunidad judicial, por parte de las ramas representativas coyunturales, lo que en otros foros hemos descrito como una manifestación del neoautoritarismo o autoritarismo selectivo de nuestros días.² Como suele suceder en diversas latitudes, y a través de la influencia de la política de combate al terrorismo en Estados Unidos de América, la propaganda gubernamental expandió la necesidad de implementar una serie de normas y medidas de orden público, en clave de restricciones de derechos/libertades, para el combate a la delincuencia organizada y a la corrupción: sacrificaremos "parte" de nuestros derechos y libertades para protegerlos en forma eficaz en beneficio de la colectividad y de la estabilidad económica frente a las amenazas del narcotráfico y la delincuencia organizada. Desde esa perspectiva, la doctrina de las restricciones constitucionales expresas implica un retroceso hacia la noción consistente en que basta con la existencia de una finalidad legítima para suprimir derechos y libertades en términos absolutos, siempre que ello se cristalice en una regla de carácter constitucional.³

¹ Véase, en general, Silva García (2014), también Silva García (2016 y 2019).

² Seminario Independencia Judicial y Populismo, 25 de noviembre, 2021, Pompeu Fabra, Barcelona.

³ Como podrá advertir el lector, esta idea de suyo implica un retroceso de decenas de años en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, antagónica al principio de proporcionalidad y a muchos otros avances que vamos a ir mencionando en el presente estudio.

Debemos recordar que el Pleno de la SCJN resolvió en definitiva la contradicción de tesis 293/2011 en septiembre de 2013, durante el regreso del Partido Revolucionario Institucional (PRI) al gobierno, compartido en gran medida en el Congreso por el Partido Acción Nacional (PAN), en la época del llamado neoliberalismo económico, de la denominada "guerra contra el narcotráfico", y de la militarización de la seguridad pública. De manera que, en esa época, el poder político construyó o continuó diseñando una serie de zonas de no-derechos con la intención de resultar inmunes al control judicial, a través de la introducción en la Constitución y en las leyes de figuras esencialmente autoritarias, de interés gubernamental, denominadas por el Alto Tribunal como "restricciones constitucionales expresas", como el arraigo penal (detener a una persona para después investigarla); la prisión preventiva oficiosa (la imposición automática de dicha medida cautelar en el proceso penal de acuerdo al tipo abstracto del delito respectivo);⁴ la militarización de la seguridad pública; la baja de policías sin acceso al derecho a la tutela judicial efectiva (las resoluciones de baja de policías aunque sean decretadas inválidas no aparejan la restitución en el cargo respectivo), entre otras.⁵

Para 2013 existe una Suprema Corte con nuevos integrantes apoyados en su reciente llegada precisamente por esa clase política. Quizás algunos de esos integrantes leyeron que debían continuar la línea de las restricciones constitucionales expresas del interés gubernamental; mientras que otros juzgadores comprendieron que la institucionalidad de los jueces debe operar en modo división de poderes e independencia judicial, y no en clave de deferencia a la política coyuntural. En ese sentido, desde hace algunos años hemos señalado que resulta complejo interpretar el alcance de la decisión de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, porque el consenso que generó su aprobación produjo que contenga dos filosofías simultáneas-antagónicas: por un lado, aquella que apuesta a la prevalencia de los derechos sobre las restricciones y a la ponderación judicial en caso de conflicto; por otro lado, aquella noción que propone

⁴ Véase García Ramírez (2021).

⁵ En esa lógica, el gobierno ha intentado inmunizar el control judicial de la figura de la extinción de dominio, y el congelamiento de cuentas.

que las restricciones prevalecen en términos categóricos sobre los derechos humanos (sin posibilidad ponderativa alguna). Reconociendo ese hecho, hemos propuesto que la SCJN resolvió cinco aspectos centrales, según el esquema siguiente:

Esquema 1. Aspectos que resolvió la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011^A

1) Derechos humanos de fuente nacional e internacional. Conforman el parámetro de validez de la actuación pública de todos los órdenes jurídicos.

2) Tratados internacionales sobre derechos humanos. Tienen rango constitucional. La jurisprudencia de la Corte IDH tiene carácter vinculante, en los términos del sistema del cual emana.

3) Principio *pro persona* (dimensión normativa). Por regla general, los operadores jurídicos deben elegir la norma más favorable a los DH en caso de conflicto. Por excepción, los jueces tienen prohibido desaplicar restricciones constitucionales expresas.

4) Principio *pro persona* (dimensión interpretativa). Por regla general, los jueces y operadores jurídicos deben interpretar todo el sistema jurídico nacional e internacional de la manera más favorable a los derechos humanos. Excepcionalmente, las restricciones constitucionales expresas deben interpretarse conforme a los derechos y garantías constitucionales que la rodean (dada la votación dividida en ese aspecto, el Pleno no aclaró en ese momento si las restricciones debían interpretarse también conforme a los tratados internacionales).

5) Control judicial integral tratándose de leyes secundarias de desarrollo y actos de aplicación de las restricciones constitucionales expresas. En congruencia con el punto 1), los actos de aplicación y las leyes secundarias de desarrollo de las restricciones constitucionales expresas, están sujetas al control judicial integral (máxime que así lo establece el artículo 103 constitucional), a la luz de los DH de fuente nacional e internacional.

^APropusimos el esquema desde 2014.
Fuente: Silva García (2014).

2. Los intentos de maximizar el voto conservador: la bandera de las restricciones constitucionales expresas en el contexto del neoliberalismo "prianista"

Los ministros del bloque conservador cedieron en la idea consistente en que los derechos humanos de fuente internacional tienen eficacia constitucional, y conforman, junto con los derechos humanos de fuente nacional, el parámetro de validez de toda la actuación pública, que desde luego deben respetar todos los jueces y operadores jurídicos del país en forma obligatoria. En cambio, los ministros del bloque progresista cedieron en la idea consistente en que los juzgadores y operadores jurídicos no deben desaplicar las restricciones constitucionales expresas, con independencia de que resulte más favorable para la persona alguna norma sobre derechos humanos de fuente internacional. Como hemos expuesto en el esquema 1, a nuestro juicio, una lectura congruente del consenso implicaría que los derechos humanos de fuente constitucional e internacional conforman el parámetro de validez de toda la actuación pública, sin que ello implique facultades para desaplicar las restricciones constitucionales expresas; las cuales, sin embargo, deben interpretarse en clave *pro persona* y conforme a los derechos humanos de fuente constitucional.

Del esquema antes expuesto, podemos apreciar que, lógicamente, la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 dejó, en cierta medida, diversos temas abiertos, entre otros, los siguientes: ¿las restricciones constitucionales expresas son interpretables conforme al principio *pro persona*, a la Constitución y a los tratados internacionales? ¿En qué medida y bajo qué tipo de escrutinio los actos de aplicación y las leyes secundarias de desarrollo de las restricciones constitucionales expresas están sujetas al control judicial? ¿Es posible o no desaplicar una restricción constitucional expresa con base en una jurisprudencia o una sentencia interamericana de derechos humanos referida a México?⁶

Ahora bien, en la época en que se aprobó la contradicción de tesis, me parece que el bloque conservador intentó maximizar los efectos de las restricciones

⁶ Una síntesis, en Silva García (2019).

constitucionales expresas, a través de cuatro directrices principales: 1) la Constitución prevé también restricciones constitucionales implícitas; 2) las restricciones constitucionales expresas de ninguna manera deben ser interpretables en clave de ponderación, por lo que deben aplicarse categóricamente en sus términos literales; 3) las restricciones constitucionales expresas prevalecen frente a cualquier derecho humano constitucional e internacional, en caso de antinomia (de allí que deban prevalecer frente a cualquier sentencia o jurisprudencia internacional); 4) las restricciones constitucionales expresas deben prevalecer en forma categórica, en donde quiera que se encuentren, sea en la Constitución, sea que se repliquen en una ley secundaria de desarrollo o en un acto de aplicación, por lo que deben prevalecer en términos absolutos; de manera que el contenido de la restricción constitucional replicado en alguna ley secundaria o acto de aplicación también debe garantizar su inmunidad frente al control judicial. Así, por ejemplo, el ministro Alberto Pérez Dayán, en sesión del 3 de septiembre de 2013, sostuvo lo siguiente:

SEÑOR MINISTRO PÉREZ DAYÁN: Gracias señor Ministro Presidente. Simplemente es para agradecer al señor Ministro ponente el que me haya atendido la súplica de eliminar los dos párrafos que le pedí así lo hiciera que están previos al que incorporó, y en debida información al resto de los integrantes de este Tribunal lo hice precisamente, porque esos dos párrafos que se eliminan consideraban que en caso de la atención a las antinomias se atendería a los juicios de ponderación sobre la aplicación del principio pro persona cuando el siguiente párrafo pues es concluyente en el sentido de que ante las antinomias se debe estar a lo que indica la norma constitucional expresa; esto es, a la restricción, por eso –de verdad– quiero agradecer al señor Ministro que haya quitado estos dos párrafos que –a mi juicio– darían lugar a una posible confusión en la medida en que el último párrafo que se incluye, es categórico en ese sentido. Hay antinomia, hay aplicación categórica de la Constitución. Gracias señor Ministro Presidente.

La adopción de esa postura maximalista del bloque conservador hubiera implicado, básicamente, dejar sin efectos toda la teoría académica y jurisprudencial sobre interpretación constitucional, cuya idea central parte de la premisa consistente en que la norma suprema debe interpretarse como sistema dotado de unidad de sentido, a través de los métodos interpretativos histórico, sistemático, teleológico, progresivo, etcétera. El bloque conservador olvidó que ha quedado

muy atrás la noción consistente en que las normas constitucionales pueden interpretarse en forma literal, aislada y categórica, y pasó por alto que la restricción no podría ubicarse como norma metaconstitucional, por encima del resto de normas constitucionales (derechos, garantías, principio *pro persona*, etcétera). Asimismo, la adopción de la postura conservadora maximalista implicaría dejar de lado toda manifestación (interpretativa y normativa) del principio *pro persona* y desconocer su categoría lógica como norma especial de resolución de conflictos, e inclusive dejar sin efectos los derechos humanos de fuente nacional e internacional, toda vez que serían las restricciones constitucionales expresas el parámetro de validez de la actuación pública, en lugar de los derechos y libertades constitucional e internacionalmente reconocidos.

La gran paradoja que encierra la postura del bloque conservador consiste en que, por un lado, en el corazón de su argumentación propone que se destierre toda posibilidad de desaplicar una norma (restricción) constitucional por virtud del principio de supremacía constitucional, y, por otro lado, termina desaplicando el artículo 1º constitucional (principios de interpretación conforme, *pro persona* y apertura internacional) como norma especial de resolución de conflictos. En ese sentido, la postura conservadora revela que ya no es tanto la supremacía constitucional la que se pretende defender, sino la restricción propiamente dicha (la voluntad política coyuntural de incorporar la zona de no-derechos). Desde esa óptica, el voto conservador puede entenderse como una contrarreforma al núcleo esencial de la reforma constitucional de 2011.

Por otro lado, la maximización del voto conservador llevaría a estimar que la restricción constitucional expresa prevalece frente a cualquier norma de derechos humanos en donde quiera que se encuentre individualizada, sea en una ley secundaria de desarrollo o en un acto concreto de aplicación. Como veremos, esta idea fue la que llevó al Pleno de la SCJN, por mayoría, a declarar la validez del arraigo penal previsto en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales que desarrolla y replica la figura del arraigo penal contenida en el artículo 16 constitucional. Lógicamente, esa postura llevaría a desplazar el artículo 103 de la Constitución que establece que las leyes secundarias y los actos de autoridad (es decir, toda manifestación de los órdenes jurídicos

parciales) deben respetar los derechos humanos y las garantías reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales.

Asimismo, contrario al voto conservador, las restricciones constitucionales expresas son interpretables y están sujetas al método de ponderación, necesariamente, porque cualquier norma contenida en la Constitución lo es, por su grado de indeterminación, por contener en algunas dimensiones enunciados deónticos formulados (no sólo como reglas sino) como principios, y por implicar decisiones morales, sociales, políticas, culturales, económicas, a la luz de los métodos sistemático, teleológico, progresista, entre otros; al tiempo que, de acuerdo con la propia jurisprudencia de la SCJN, desde la Novena Época, toda restricción y límites a los derechos humanos (entonces llamadas garantías individuales) deben respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados (jurisprudencia 130/2007).

Como lo evidencia dicha jurisprudencia, desde la Novena Época, en forma explícita la SCJN ha reconocido que las restricciones a los derechos humanos son válidas siempre que respeten su contenido esencial, lo que tiende a comprobarse a través del principio de proporcionalidad. Dicha concepción ha sido replicada en decenas de tesis posteriores en las épocas Décima y Undécima, lo que ha sido reconocido incluso por el bloque conservador, que en la contradicción de tesis 293/2011 estimó que las restricciones constitucionales son

categorías y absolutas. Al respecto, durante la discusión de la contradicción de tesis 293/2011, el ministro presidente Juan N. Silva Meza, en sesión del 3 de septiembre de 2013, afirmó lo siguiente:

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE JUAN N. SILVA MEZA: Yo también me pronunciaría por estar de acuerdo con el sentido, pero en otro entendimiento, también, en un entendimiento en donde sí nos lleva a la ponderación necesariamente del caso por caso, a partir de la consideración de que las restricciones no son absolutas, y este Tribunal Pleno ha determinado, lo hemos determinado, lo determinamos en las Salas, en el Pleno, que ningún derecho es absoluto, las restricciones tampoco, y junto a las restricciones siempre hay garantías y ¿quién lo tiene que resolver? El juzgador, el intérprete tiene que hacer ese ejercicio de ponderación a través de las reglas constitucionales que establece el 1º, para algunos como para mí, ¿cuál es esta interpretación que hay que hacer cuando hay una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos? Se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, para mí, nos conduce en forma directa al sistema de interpretación establecido por el 1º constitucional, ésa es la lectura –desde mi percepción– y esto nos lleva necesariamente a llegar a esos ejercicios del caso por caso, de la ponderación, de la proporcionalidad, y entrar al sistema interpretativo diseñado por el artículo 1º constitucional, en el esquema de estar siempre para privilegiar la mejor protección de las personas, la más amplia, (...) esta ponderación la tienen que hacer los juzgadores al resolver los casos concretos, en una percepción de interpretación del sistema en su integridad, sin soslayar –insisto– la importancia del principio pro homine, siempre como criterio de ponderación, pues toda restricción –y con esto cerraría mi intervención– o limitación a un derecho humano es: 1) Por principio, excepcional. 2) Se acompaña de una garantía, esto es fundamental, y 3) Parte de la base de que la prevalencia de un derecho sobre otro, es siempre y cuando se garantice una mayor protección (...) Esto me llevará a mí, en principio, a estar de acuerdo con la propuesta modificada que ahora se hace, en tanto rescata el rango constitucional de los derechos humanos en tratados internacionales, y segundo, el entendimiento –que desde mi perspectiva– se da a este tratamiento de las restricciones con base en la Constitución, ¿dónde? En principio, en el 1º constitucional, y de ahí a donde den, porque sí sabemos que hay otras restricciones constitucionales, pero siempre se deberán de ponderar: El arraigo, se tendrá que ponderar con otros derechos. El cateo, se tendrá que ponderar con otros derechos, y lo que ofrezca mayor protección a los derechos de las personas, tendrá que ser el criterio imperante.⁷

⁷ Véase Silva García (2012).

3. El *after* de la contradicción de tesis 293/2011: ¿constitucionalismo líquido? El doble mensaje jurisprudencial

Desde cierta óptica, el complicado consenso de jueces progresistas y conservadores contenido en la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 generó que cada bloque de ministros emitiera en forma posterior toda una serie de criterios aclaratorios, modulaciones y matices de acuerdo ya con su propio entendimiento de los alcances del consenso jurisprudencial. De manera que tanto jueces progresistas como conservadores emitieron criterios de forma posterior que contradijeron el consenso esencial de la resolución, lo que produjo –para simplificarlo– dos bloques identificables de doctrina contradictorios: uno de los bloques jurisprudenciales (progresista-garantista) dirigido a enviar un mensaje en el sentido de que el derecho ha cambiado y que ahora debe aplicarse e interpretarse de acuerdo con el principio *pro persona* y conforme a la jurisprudencia internacional, y el otro bloque jurisprudencial (conservador-formalista) dirigido a informar que el principio *pro persona* de ninguna manera ha transformado el derecho, que debe continuar aplicándose en los mismos términos de toda la vida, y que la jurisprudencia internacional sólo debe observarse a falta de normas nacionales capaces de resolver los casos concretos.

Como es obvio, ha prevalecido hasta el momento la doctrina conservadora; lógicamente es más fácil y cómodo mantener el *statu quo* que transformar la cultura judicial: el mensaje de "nada ha cambiado" representa hoy 99% de la forma en que se aplica el derecho judicial en México, por una serie de razones que hemos tratado en otras participaciones (Silva García, 2021).

En el centenario de la Constitución de 1917, celebrado en la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona, los días 4 y 5 de mayo de 2017, expusimos que, desde cierta óptica, las reinterpretaciones y modulaciones hechas por la SCJN (bloque conservador) a la reforma constitucional de derechos humanos han generado diversas paradojas transversales que afectan la claridad y la certeza de las relaciones que aquí analizamos. Es verdad que resulta comprensible un mínimo grado de imprecisión en la uniformidad de la jurisprudencia, sobre todo ante

una reforma novedosa; sin embargo, cuando coexisten posturas jurisprudenciales diametralmente opuestas existe el peligro de relativizar el valor y la eficacia que tienen los derechos humanos dentro del Estado constitucional. En ese orden, en el seminario afirmamos: "Como hemos visto, tenemos una Constitución que es pro persona y al mismo tiempo tenemos una Constitución que es pro restricciones a los DH, lo que podría dar lugar a una especie de constitucionalismo líquido en el terreno de los derechos humanos, tomando prestadas las aportaciones de Bauman".⁸

Así, por ejemplo, en México es común encontrarnos con una sentencia de amparo que en un caso dudoso de procedencia del juicio aplica el principio *pro persona* y *pro actione* contenido en la jurisprudencia de la SCJN y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para dar entrada a la acción de la parte promovente, y otras sentencias en que los jueces desechan la demanda de amparo en el mismo supuesto dudoso de procedencia del juicio, con base en otras jurisprudencias constitucionales que afirman que el principio *pro persona* de ninguna manera tiene el alcance de inobservar los presupuestos procesales. Ambas sentencias son "válidas" en el derecho constitucional mexicano, porque las dos se fundamentan en jurisprudencias vigentes antagónicas-simultáneas.⁹

4. Nadie sabe para quién trabaja. El cambio de significado de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas en la transición del neoliberalismo al populismo: ¡qué hicimos!

Como hemos dicho, la doctrina de las restricciones constitucionales expresas elaborada por una mayoría de jueces constitucionales en la SCJN puede entenderse como la creación o reconocimiento judicial de una facultad a cargo de la clase política coyuntural para emitir actos o crear normas que prevalecen sobre

⁸ La transmisión del seminario se puede consultar en Universidad Pompeu Fabra (2017); años después en Silva García (2019).

⁹ Hemos expuesto diversos ejemplos prácticos, en otros foros, véase, por ejemplo, SCJN (2021).

los derechos humanos. ¿Es lo mismo ceder la facultad para crear zonas de no-derechos en el neoliberalismo que en el contexto del populismo? La postura del bloque conservador en la contradicción de tesis 293/2011 en el contexto del neoliberalismo rodeada de un halo aparente de "prudencia judicial" en México; resultaba equivalente –paradójicamente– a las resistencias de algunos Estados miembros (como Venezuela) a la eficacia del sistema interamericano de derechos humanos. Como hemos dicho, el voto del bloque conservador no podría maximizarse sin romper la lógica elemental del constitucionalismo contemporáneo. La aparente prudencia de los jueces conservadores fue en realidad una apuesta por maximizar los poderes políticos y de policía del Estado sobre el Estado de derecho y los derechos humanos de las personas. Imaginamos que, desde el prisma del voto conservador, no es lo mismo ceder esos poderes a los políticos de cuello blanco en el contexto del neoliberalismo¹⁰ que cederlos a la hegemonía política de un líder populista. En ese sentido, la creación judicial de una facultad a cargo del poder político para crear zonas de no-derechos fue una actuación judicial imprudente.

En el presente momento histórico, no podemos ocultar que con la llegada del Partido Morena al poder en 2018, con carro completo (poder de reforma), una diversidad de comentaristas y académicos han sugerido el riesgo de afectación de la independencia judicial y del Estado de derecho en México (García Ramírez, 2021). Al respecto, resulta irónico e importante agregar que esa fragilidad del Poder Judicial estaba ya dispuesta por causa de la construcción de una red jurisprudencial mayoritaria (con honrosas minorías) que –antes de la llegada de Andrés Manuel López Obrador a la presidencia– estaba muy atenta a la línea política coyuntural prianista. De modo que los criterios de la Corte en su mayoría formalistas conservadores dejaron al nuevo gobierno populistas "de izquierdas" un importante legado jurídico constitucional que le supone mayor

¹⁰ La extrema desigualdad económica y la insaciable búsqueda de la riqueza –a toda costa– en nuestra cultura conforma el contexto del llamado "ciclo de la corrupción" que ha supuesto que mientras alguna parte del capital privado busca al gobierno para captar favores y la asignación de recursos públicos, algunos gobernantes corruptos persiguen al capital para hacer negocios, ganar elecciones y encubrir el desfalco de las arcas públicas; de esa forma la corrupción se ha interiorizado a la lógica operativa de las elecciones y del funcionamiento de los gobiernos. Véanse Redacción Aristegui Noticias (2020) y Cervantes (2019).

libertad de acción para implementar políticas públicas muy riesgosas para el Estado de derecho y la democracia. Nadie sabe para quién trabaja; los criterios conservadores en la era prianista crearon un sistema de control judicial descafeinado que hoy viene como anillo al dedo al nuevo régimen populista para impulsar sus políticas de concentración del poder sin ataduras preexistentes del Poder Judicial.

Por ejemplo, el voto conservador sostuvo en forma implacable la causa de improcedencia genérica y amplificada del juicio de amparo frente a reformas constitucionales¹¹ y su retroactividad, lo que hoy servirá para que un nuevo gobierno –con mayorías y débil oposición– pueda introducir cualquier sistema ideológico, político, social, económico y jurídico en la Constitución (incluidas figuras autoritarias, como la militarización en tiempos de paz).¹² Siguiendo con los ejemplos, el desmantelamiento en clave de modulaciones del control de convencionalidad en la jurisprudencia conservadora, antes de López Obrador, ha dejado la mesa puesta para que las restricciones constitucionales expresas¹³ –introducidas en el pasado neoliberal y por el nuevo gobierno de la denominada 4T (cuarta transformación)– prevalezcan sobre los derechos humanos.¹⁴

Para muchos, era obvio que el Poder Judicial nunca debió ceder a la clase política la facultad para diseñar zonas de no-derechos. Desde esa perspectiva, el poder de reforma constitucional, la militarización de una diversidad de funciones civiles, la prisión preventiva oficiosa, el arraigo penal, la extinción de dominio, el congelamiento de cuentas por el Poder Ejecutivo, la captura de datos personales asociados a los números de telefonía celular, entre otras, son medidas dotadas de una cierta inmunidad judicial por causa de la jurisprudencia conservadora diseñada en la época del neoliberalismo. Todas esas medidas hoy han

¹¹ Parte de la doctrina académica ha defendido la procedencia del juicio de amparo inclusive frente a reformas constitucionales, a fin de garantizar el principio democrático (Alterio y Niembro, 2014).

¹² Véase el *Informe del Centro Prodh sobre la Guardia Nacional y los riesgos de perpetuar la militarización* (2021).

¹³ Véase Silva Meza (2019; 2016).

¹⁴ Sobre la manera en que, por mayorías, la SCJN antes de López Obrador privilegió el control político sobre los derechos humanos, véase Silva García (2019).

adquirido quizás una significación diferente para el voto conservador en la era de la hegemonía política de un líder populista. Quizás hoy, en el nuevo contexto político, el voto conservador se encuentre en proceso de redefinición, en la dirección de la jurisprudencia constitucional *pro persona*. Probablemente el populismo vino a develar las virtudes del garantismo judicial. Quizás muy pronto presenciemos una retractación frontal, o al menos indirecta, de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas. Ojalá no sea demasiado tarde.

5. ¿Las restricciones constitucionales expresas en realidad prevalecen sobre los derechos humanos?

No es sencillo establecer si las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos son excepciones a la regla general del principio *pro persona*, o bien si el principio *pro homine* es la excepción a la regla de las restricciones constitucionales expresas contenidas en la Norma Suprema, máxime que ambas normas están plasmadas en el artículo 1º constitucional en un mismo momento Constituyente. Asimismo, podríamos establecer que existe un principio en diversas latitudes que justifica la modulación del control judicial de la obra del legislador democrático, a través de distintas técnicas (centralización absoluta y relativa, principio de interpretación conforme, relativización de los efectos de las sentencias, entre otros), lo cual resulta de mayor justificación cuando son las normas constitucionales las que son materia de control judicial.

También se ha pensado que sería muy grave que un juez (poder constituido) desaplique una norma (restricción) constitucional expresa (diseñada por los representantes populares de todo el Estado mediante votación calificada), a partir de su propio criterio interpretativo de las normas internacionales sobre derechos humanos (autorizadas por el Senado por mayoría simple), especialmente considerando el carácter indeterminado de aquéllas y particularmente cuando es inexistente algún criterio jurisprudencial convencional a esos efectos.

Es también sorprendente que sea factible constitucionalizar el autoritarismo, y que la Constitución se "utilice" como continente de una voluntad que en forma

autoevidente resulta antagónica a los intereses de la persona humana, del Estado de derecho y de la democracia (sustantiva), a pesar de que en esa tarea intervengan las ramas representativas del Estado (democracia formal), particularmente en momentos en que la partidocracia, el *lobbying* en esquemas de hipercorrupción y el populismo iliberal constituyen un riesgo latente dentro del Estado contemporáneo. A ese respecto, se ha afirmado que si no hay democracia (en las pulsiones del autoritarismo) difícilmente se puede ser contramayoritario.¹⁵ Al tiempo que, en todo caso, no debemos olvidar que la eficacia de los tratados sobre derechos humanos aprobados por mayoría simple por el Senado ha sido reforzada por el principio *pro persona* y la apertura constitucional al derecho internacional introducida (por el poder de reforma) en el artículo 1º de la Constitución.

Es muy claro que la Constitución contempla diversas restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos. Tanto estas restricciones como los derechos humanos y el principio *pro persona* están reconocidos en la Constitución, lo que exige un particular balance interpretativo para su mutua coexistencia. A final de cuentas siempre es vital un equilibrio adecuado entre democracia formal y democracia sustantiva. Las restricciones constitucionales expresas no desaparecen a partir de la introducción del principio *pro homine* en la Norma Suprema; sin embargo, esas restricciones no son absolutas, es decir, no constituyen figuras metaconstitucionales.

Hemos afirmado en otros foros, desde 2014,¹⁶ que todas las restricciones constitucionales, inclusive en nuestra particular democracia, están rodeadas de garantías y derechos que deben observarse para que la aplicación de aquéllas resulte válida. Por ejemplo, la orden de cateo será válida solamente si está fundada y motivada y su objeto es delimitado por la autoridad competente (inconstitucionalidad de la orden genérica); la expropiación será válida si respeta el

¹⁵ Si no hay democracia (en el autoritarismo) difícilmente se puede ser contramayoritario. El control judicial es un sistema enfocado en los derechos y libertades, más que en la participación; un sistema que trata de minimizar la tiranía, más que de maximizar la participación (Brown, 1998).

¹⁶ Véase Silva García (2014).

derecho de audiencia previa; del mismo modo el arraigo penal será válido si respeta las garantías de fundamentación y motivación a la luz del principio de presunción de inocencia en una medida suficiente; la separación de policías sin posibilidad de reinstalación requiere de la existencia de una orden escrita (no verbal) de autoridad existente y competente, entre otras. En ese sentido, resulta claro que el alcance de las restricciones constitucionales expresas debe definirse en forma casuística, sistemáticamente y a la luz de los derechos y garantías que condicionan la validez de su aplicación en los casos concretos; esto último (el casuismo) es una cuestión fáctica, más allá de cualquier prescripción jurídica, ante la imposibilidad de predeterminar la validez de todos los futuros actos concretos de aplicación de las respectivas restricciones constitucionales expresas.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que las restricciones constitucionales expresas no desaparecen a partir del principio *pro homine*; tampoco podríamos señalar que los jueces deban desaplicarlas a la luz de su propio criterio interpretativo. Sin embargo, el principio *pro persona* sí orillará a los juzgadores a exigir que los actos de aplicación de las restricciones constitucionales expresas observen las condiciones de validez (legales, internacionales y constitucionales) exigidas a esos efectos, so pena de que tales actos de aplicación (decreto expropiatorio, orden de cateo, orden de arraigo, prisión preventiva oficiosa, etcétera) sean declarados inválidos en los casos concretos respectivos.

Desde esa óptica, podríamos afirmar que "el consenso" del Pleno en la contradicción de tesis 293/2011 vendría a significar que la dimensión interpretativa del principio *pro persona* o el deber de exclusión de interpretaciones que restrinjan injustificadamente derechos humanos es aplicable a todos los órdenes jurídicos (constitucional, federal, local, distrito federal y municipal) respecto de la actuación de todos los poderes públicos (incluida la Constitución misma y las restricciones constitucionales expresas). Ahora bien, la opinión conjunta de los ministros en la época en que se resolvió la contradicción de tesis 293/2011 revelaba dudas sobre la cuestión relativa a si las restricciones constitucionales expresas deben o no interpretarse a la luz de la Constitución, de los tratados y del principio *pro persona*. Algunos ministros (de la mayoría) no aceptaban que las restricciones constitucionales expresas pudieran interpretarse, para ellos, su

aplicación resultaba categórica; sin embargo, otros (también de la mayoría) opinaron que inclusive las restricciones constitucionales expresas debían interpretarse de una manera sistemática, progresiva, teleológica e incluso favorable a la persona humana a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales, dado que dichas restricciones están insertas en un contexto democrático constitucional, dentro de un sistema en el que tales restricciones coexisten y están delimitadas por diversos derechos y garantías. Desde hace tiempo destacamos que una posible interpretación del consenso podría consistir en que las restricciones constitucionales expresas deben interpretarse –si no se admitiera que a la luz de los tratados internacionales dada la votación– cuando menos a partir de los derechos y garantías constitucionales que la rodean.

Por su parte, la dimensión normativa del principio *pro homine* o deber de desaplicación de normas contrarias a derechos humanos es predicable frente a todos los órdenes jurídicos (constitucional, federal, local, distrito federal y municipal) respecto de prácticamente casi toda la actuación de todos los poderes públicos, excepto frente a las restricciones constitucionales expresas del Constituyente y del poder de reforma, ya que los operadores jurídicos, por regla general, no estarían en posibilidad de desaplicarlas en los casos de su conocimiento. De manera que solamente el juez internacional podría –no desaplicar la restricción constitucional expresa– aunque sí declarar los actos del Estado que la han establecido contrarios a los derechos humanos de producción externa aplicables, momento en el cual el poder de reforma y todos los poderes públicos implicados habrían de actuar en consecuencia. Es en este momento en que, por excepción, la vertiente normativa (desaplicación de la norma constitucional por el juez nacional) del principio *pro homine* podría actualizarse tratándose de restricciones constitucionales expresas. En otras palabras, excepcionalmente, el juez nacional podría desaplicar una restricción constitucional expresa ante la existencia de una sentencia condenatoria de la Corte IDH contra el Estado mexicano que declare la inconvencionalidad de dicha restricción constitucional expresa; o bien ante la existencia y aplicabilidad de jurisprudencia interamericana (vinculante) a esos efectos. Desde ese punto de vista podríamos afirmar que el deber de adecuar la Constitución nacional a la Convención Americana de Derechos Humanos no ha quedado descartado, aunque se ha centralizado, de alguna

manera, pues la desaplicación por parte del juez nacional de la norma (restricción) constitucional expresa podría fundamentarse exclusivamente en el enjuiciamiento previo realizado por la Corte IDH en una sentencia condenatoria contra el Estado mexicano.

6. El principio *pro persona* como mecanismo de control judicial de la Constitución:¹⁷ ¿hacia la retractación de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas?

A pesar de que alguna jurisprudencia de la SCJN ha privilegiado las restricciones constitucionales sobre las normas convencionales, lo cierto es que, como se ha expuesto, por un lado, cuando no hay una restricción constitucional expresa el operador judicial debe resolver los asuntos de su conocimiento haciendo realidad el control de convencionalidad a la luz del principio *pro persona*; por otro lado, como veremos, en el terreno de las restricciones constitucionales expresas, la Segunda Sala de la SCJN en 2015 se retractó ligeramente de su entendimiento original (aquella concepción de las restricciones como imperativo categórico), para reconocer que el operador jurídico debe interpretarlas de la manera más favorable a las personas.

Parte de la doctrina académica se ha preguntado si es posible constitucionalizar figuras autoritarias. Cuando una figura autoritaria se introduce en la Constitución, ¿qué garantías judiciales ofrece el sistema? Asimismo, hemos dicho también que el bloque conservador intentó maximizar el valor de las restricciones constitucionales, al grado de entender que las leyes secundarias y actos de aplicación que repliquen su contenido tienen la misma inmunidad judicial que la norma constitucional de la cual derivan.

Por ejemplo, el Pleno de la SCJN resolvió en sesión del 14 de abril de 2015, por mayoría de seis votos, el juicio de amparo directo en revisión 1250/2012, en

¹⁷ Véase Silva García (2018).

el que determinó que es válido el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales que desarrolla y replica la figura del arraigo penal prevista en el artículo 16 constitucional. El Pleno de la SCJN, dejando de lado el principio *pro persona* del artículo 1º constitucional y el artículo 29 del Pacto de San José, partió de la premisa consistente en que las restricciones constitucionales expresas prevalecen sobre los derechos humanos de fuente internacional, a partir de lo cual declaró la validez de dicha norma legal. Como hemos dicho, esa postura llevaría a desplazar el artículo 103 de la Constitución que establece que las leyes secundarias y los actos de autoridad (es decir, toda manifestación de los órdenes jurídicos parciales) deben respetar los derechos humanos y las garantías reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales.

Sin embargo, posteriormente, como una bocanada de aire fresco, la Segunda Sala de la SCJN, en 2015, bajo la ponencia del propio ministro Pérez Dayán, determinó que las restricciones constitucionales expresas deben ser interpretadas de la manera más favorable a las personas, según se advierte en la tesis 2a. CXXI/2015 (10a.), de rubro "RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES".

En ese orden de ideas, podríamos pensar que, llegado el caso de que una figura autoritaria se introduzca en la Constitución, los principios *pro persona* y de interpretación conforme del artículo 1º constitucional, de acuerdo además con el artículo 29 de la Convención, podrían operar como una especie de control judicial (interpretativo) del propio orden jurídico constitucional (Silva García, 2018).

Los derechos humanos de fuente convencional y constitucional ya han comenzado a operar como límites de las restricciones constitucionales expresas en clave de control judicial interpretativo. Por ejemplo, en 2020 algunos tribunales

colegiados en materia laboral¹⁸ comenzaron a resolver que el despido injustificado de una trabajadora de confianza en estado de embarazo da lugar a su reinstalación, a pesar de la restricción constitucional expresa que excluye la reinstalación de esa clase de trabajadores. Para definir ese tema, en el tribunal colegiado, por mayoría de votos,¹⁹ debatimos que las restricciones constitucionales expresas no son absolutas ni están exentas de interpretación, de acuerdo con lo expuesto.

Como hemos visto, el valor normativo de las llamadas restricciones constitucionales radica en que, por un lado, son normas que están contenidas en la Constitución y gozan de su jerarquía, por otro lado, "porque constituyen normas configuradas como reglas en alguna de sus dimensiones" (Silva Meza y Silva García, 2019), que son el resultado de ponderaciones que ha realizado el Constituyente o el poder revisor; asimismo, porque el Pleno de la SCJN ha establecido que en caso de conflicto entre normas convencionales y aquellas restricciones se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Sin embargo, el Constituyente y el poder revisor, por un lado, han incorporado excepciones normativas a las restricciones constitucionales, y, por otro lado, han desarrollado toda una serie de derechos y principios constitucionales que rodean y condicionan el contenido de esas restricciones constitucionales incluso a pesar de que se encuentren configuradas como reglas en algunas de sus dimensiones normativas; asimismo, la jurisprudencia del Pleno señala que en caso de conflicto el juzgador se debe estar a lo que establece el texto constitucional (a toda la Constitución y no sólo a la regla-restricción).

Desde esa perspectiva, en relación con el tema particular en comento, es necesario destacar que el derecho a conservar el empleo de mujeres embarazadas es una categoría distinta del derecho a la estabilidad en el empleo; el derecho a la conservación es un derecho diferente a la estabilidad es una regla (artículo

¹⁸ El sustentado por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al resolver los amparos directos 224/2019 y 825/2019, y el diverso sustentado por el Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 18/2019.

¹⁹ Véanse los amparos directos 224/2019 y 825/2019.

123, fracción V constitucional) redactada en términos de universalidad (no distingue por tipo de trabajadoras, sino que es una norma incluyente que comprende a todas las mujeres embarazadas). Por tratarse de un derecho humano distinto, las restricciones previstas al derecho a la estabilidad en el empleo (la no-reinstalación de trabajadores de confianza) le resultan inaplicables al diverso derecho al fuero materno. En el lenguaje conservador-formalista podríamos explicar que es un límite a la restricción constitucional. De manera que el fuero materno es un derecho fundamental (que contiene tanto una regla –conservación del empleo– como un principio constitucional –protección reforzada de la mujer y del *nasciturus*–) que no está comprendido en el ámbito de regulación ni en las razones justificantes para denegar la reinstalación a los trabajadores respectivos por pérdida de confianza.

En esa dirección, sobre dicho tema, en la contradicción de tesis 34/2019, resuelta el 22 marzo de 2021, el Pleno en materia de trabajo del Primer Circuito resolvió que si bien es cierto que las trabajadoras de confianza carecen de estabilidad en el empleo (restricción constitucional expresa), también lo es que la propia norma fundamental establece una excepción a esa regla general para el caso de trabajadoras que se encuentren embarazadas (derecho humano-fuero materno), pues en ese supuesto no distingue su calidad de base o de confianza, sino que únicamente importa el hecho de encontrarse en ese estado para percibir su salario íntegro, conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo, atento a lo dispuesto por el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso c, constitucional. Ello porque la circunstancia de que se contenga una restricción constitucional en el goce y ejercicio de los derechos y libertades no impide que se realice una lectura de la misma de la manera más favorable a las personas, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados. Así, el Pleno en materia de trabajo del Primer Circuito emitió el criterio jurisprudencial siguiente:

Registro digital: 2023113. Instancia: Plenos de Circuito. Undécima Época. Materia(s): Laboral. Tesis: PC.I.L. J/76 L (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, Mayo de 2021, Tomo II, página 2201. Tipo: Jurisprudencia.

MUJERES TRABAJADORAS DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO QUE HUBIEREN SIDO DESPEDIDAS CON MOTIVO DE SU ESTADO DE EMBARAZO O DURANTE EL PERIODO DE POSTPARTO O LACTANCIA. ES PROCEDENTE SU REINSTALACIÓN EN EL EMPLEO Y EL PAGO DE SALARIOS CAÍDOS. Hechos: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes coincidieron en que la separación del empleo de una mujer durante su embarazo actualiza una forma de discriminación proscrita por la Norma Fundamental, pero discreparon en torno a la procedencia o improcedencia de la reinstalación de las trabajadoras en ese tipo de casos, ya que mientras que para uno de ellos no es posible, por virtud de lo dispuesto en las fracciones IX, XIII y XIV del apartado B de su artículo 123, al tratarse de una trabajadora de confianza al servicio del Estado, para el otro sí lo es, porque si bien existe una restricción constitucional, la misma tenía que ser entendida en sus límites adecuados de pérdida de confianza y no actualizarla cuando la baja del servicio o despido se da por motivos discriminatorios, pues el derecho del Estado a dar de baja o separar del empleo a sus trabajadores de confianza sin necesidad de justificar su decisión no cede o se atenúa frente al derecho humano a la no discriminación.

Criterio jurídico: El Pleno en Materia de Trabajo del Primer Circuito determina que las trabajadoras de confianza al servicio del Estado que hubieren sido despedidas con motivo de su estado de embarazo o durante el periodo de postparto o lactancia, tienen derecho a ser reinstaladas en el empleo y al pago de salarios caídos.

Justificación: Es incuestionable que la estabilidad en el empleo, en su aspecto de reinstalación o reincorporación ante la separación del empleo, no les corresponde a los trabajadores de confianza por existir una restricción constitucional expresa en la fracción XIV del apartado B del artículo 123 constitucional. No obstante lo anterior, el propio artículo 123, apartado B, en su fracción XI, inciso c), estatuye una excepción a ese principio para las mujeres embarazadas y en el periodo pre y postnatal, ya que en dicho dispositivo el Constituyente estableció las bases mínimas de seguridad social, precisando como presupuesto que en este periodo la mujer debe percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubiere adquirido por la relación de trabajo, sin distinguir la calidad de base o de confianza. Lo anterior es acorde con el disfrute del derecho a la no discriminación que es reconocido para todas las personas, lo que guarda relación con la condición especial de la mujer embarazada y de su dignidad humana, que es la base fundamental de los derechos humanos. Ante ello, cuando una mujer trabajadora de confianza al servicio del Estado es despedida con motivo de su estado de gravidez o durante el periodo de postparto o lactancia, tiene derecho a su reinstalación en el empleo y al pago de salarios caídos (contradicción de tesis 34/2019).

Dicha tendencia se encuentra reflejada también en la jurisprudencia de la propia Segunda Sala de la SCJN, de la que podemos apreciar una ligera retractación al entendimiento inicial de las restricciones constitucionales expresas –aquí interpretables y delimitadas por diversas normas constitucionales y convencionales–, según es posible leer del criterio siguiente:

Registro digital: 2023733. Instancia: Segunda Sala. Undécima Época. Materia(s): Constitucional, Laboral. Tesis: 2a. II/2021 (11a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 6, Octubre de 2021, Tomo II, página 2134. Tipo: Aislada.

TRABAJADORAS DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. ES PROCEDENTE SU REINSTALACIÓN CUANDO HUBIERAN SIDO DESPEDIDAS POR SU CONDICIÓN DE EMBARAZO O DURANTE EL PERIODO DE LICENCIA POSTNATAL. Hechos: En el juicio laboral de origen una trabajadora acreditó que fue despedida por su condición de embarazo y, por ende, que tal despido fue injustificado. Sin embargo, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje estimó que no era procedente su reinstalación, toda vez que la trabajadora realizaba una labor de confianza. Esa decisión fue reclamada en amparo directo en donde el Tribunal Colegiado de Circuito consideró que, al realizar una labor de confianza, no era posible que fuera reinstalada en su labor, ya que existe una restricción constitucional en ese sentido. Inconforme con esa decisión, la quejosa interpuso recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Criterio jurídico: La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que las mujeres trabajadoras de confianza que sean despedidas por su condición de embarazo o durante el periodo de licencia postnatal, cuentan con el derecho a la reinstalación.

Justificación: El hecho de que la mujer embarazada realice un trabajo de confianza, en nada impide su reinstalación en el puesto que venía desempeñando, ya que el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución General, al establecer el derecho de la mujer a "conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo", no condiciona a que se trate de una labor de base y, por ende, dicha protección constitucional establece una excepción a la falta de estabilidad en el empleo de las trabajadoras de confianza. De esta forma, es claro que la mujer trabajadora tiene derecho a conservar su empleo por estar en condición de embarazo o en periodo de licencia postnatal por gozar de estabilidad en el empleo, independientemente de su calidad de base o de confianza. Consideración que además es reforzada por los artículos

11, numeral 2, inciso b), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que protegen a la mujer contra los despidos atinentes a la maternidad y establecen el deber estatal de garantizar que, ante su violación por parte de autoridades o particulares, se salvaguarde la conservación de su trabajo, así como los derechos que hubieren adquirido por esta relación laboral (amparo directo en revisión 1035/2021).

En ese orden de ideas, el principio *pro persona* tiene la virtud de operar, en ocasiones, como un mecanismo de control judicial (horizontal) de la propia Constitución; cuando esa actividad interpretativa sustrae de la restricción constitucional expresa, en buena medida, los elementos de arbitrariedad que su aplicación categórica y aislada actualizaría en el caso concreto, dotando de eficacia el contenido normativo de los derechos humanos aplicables.

7. Poder vs. derecho: ¿relevo y cambio de estafeta de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas en la Undécima Época de la Suprema Corte?

Una de las manifestaciones más recientes e importantes sobre el alcance de las restricciones constitucionales expresas tuvo lugar en el Pleno de la SCJN, en la sesión del 25 de octubre de 2021, en que se discutió un proyecto de sentencia del ministro José Fernando Franco González Salas, en las acciones de inconstitucionalidad 130/2019 y 136/2019, sobre la invalidez del artículo 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, y del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El debate versó, de alguna manera, sobre la interpretación de la llamada prisión preventiva oficiosa prevista en el artículo 19 de la Constitución, es decir, sobre una de las restricciones constitucionales expresas emblemáticas en el Estado mexicano, que (se ha entendido) implica la facultad-deber judicial dirigida a imponer, en forma automática, dicha medida cautelar en el proceso penal de acuerdo con el tipo abstracto del delito respectivo. En efecto, dicho precepto constitucional prevé un catálogo de delitos graves (violación, violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, etcétera) con

respecto a los cuales "el juez ordenará prisión preventiva oficiosa". Asimismo, el propio artículo 19 constitucional señala que la prisión preventiva oficiosa debe emitirse respecto de los "delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación". Este fraseo y delegación constitucional sirvió de base para que el legislador secundario incorporara (dentro de dicha categoría abierta) a los delitos de contrabando calificado, defraudación fiscal y su equiparable, así como delitos relacionados con la emisión de facturas falsas, dentro del catálogo de crímenes que "afectan la seguridad nacional" y que deben aparejar prisión preventiva oficiosa, precisamente, a través de los artículos 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, y artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El proyecto de sentencia propuso declarar la validez de las normas legales, centralmente, bajo la consideración consistente en que el legislador secundario tiene un amplio margen de configuración para diseñar tipos penales, y que la decisión de incorporar a esa clase de delitos fiscales como tipos penales que deben acarrear prisión preventiva oficiosa persigue una finalidad legítima, por constituir conductas que podrían llegar a afectar la seguridad nacional. El proyecto del ministro Franco obtuvo solamente dos votos, de las ministras recién nombradas durante el gobierno del presidente López Obrador, que apostaron a la posibilidad de que el legislador secundario bien puede adicionar delitos fiscales (cuando impliquen conductas en cuantías relevantes –en cifras aproximadas de más de 8 millones de pesos– previstas por el legislador) al catálogo de tipos penales graves que deben actualizar prisión preventiva oficiosa; es decir, compartieron la idea consistente en que el legislador secundario cuenta con atribuciones para ensanchar y maximizar una restricción constitucional expresa –la prisión preventiva oficiosa– sin hacer referencia alguna –en dicha sesión– a los derechos humanos implicados.

El proyecto fue desechado por una mayoría de ocho votos del Pleno de la SCJN. Cada uno de los jueces constitucionales de la mayoría emitió una opinión individual con distintas particularidades y aristas (algunos bajo la consideración de que la seguridad nacional no se ve afectada por conductas delictivas en materia fiscal; otros bajo la idea de que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional;

otras propusieron formular un escrutinio judicial estricto de las leyes de desarrollo que impacten la libertad personal en el proceso penal, y otros sobre la interpretación *pro persona* de las restricciones constitucionales). Sin embargo, me parece que el común denominador al que llegó la mayoría –por distintos caminos– para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales consistió en una interpretación estricta de la restricción constitucional expresa (del parámetro de validez de las leyes cuestionadas). De manera que una nueva mayoría, desde cierto ángulo, envió un mensaje constitucional que implicaría, desde mi punto de vista, que la prisión preventiva oficiosa del artículo 19 constitucional tiene un alcance delimitado por los derechos y garantías aplicables en materia penal que rodean a dicha figura procesal, que el legislador secundario no debe desbordar.²⁰

Hasta aquí podríamos concluir el presente trabajo con optimismo, una hipótesis en el sentido de que de 2013 a 2021 hay una tendencia hacia la retractación de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas, a partir del reconocimiento por parte de una nueva mayoría en el Pleno que apunta a que 1) las restricciones deben admitir una lectura estricta, delimitada por las diversas normas, derechos y principios que rodean su ámbito de aplicación; 2) las restricciones admiten una ponderación en el caso concreto; 3) las restricciones admiten una interpretación conforme a los derechos humanos y al principio *pro persona*, de fuente nacional e internacional, y 4) si bien las restricciones constitucionales expresas no deben desaplicarse por los jueces, las leyes secundarias o los actos de aplicación de desarrollo de aquéllas sí admiten un control judicial reforzado a través de las vías jurisdiccionales respectivas. Esos cuatro giros interpretativos están presentes, de una u otra forma, en el voto de dicha nueva mayoría de jueces de la SCJN en la actualidad.

No obstante, sucede algo cuando las conclusiones de un breve ensayo académico terminan en forma optimista; una incrédula incomodidad, que debemos cuestionar.

²⁰ Sobre la prisión preventiva oficiosa y el nuevo sistema de justicia penal, véanse Caballero Juárez (2019); Silva Meza y Silva García (2021).

Comenzamos este breve estudio destacando la postura inflexible del voto conservador que abanderó la doctrina de las restricciones constitucionales expresas en 2013: ¿qué ha cambiado? Ese voto inflexible ha comenzado un proceso de retractación derivado de radicales transformaciones políticas –quizá más que de replanteamientos jurídicos–, pero en ese proceso –derivado de la lectura del voto minoritario en las acciones de inconstitucionalidad antes referidas– es posible observar que, nuevamente, la doctrina de las restricciones constitucionales podría comenzar a abanderarse –actualmente– por un voto nuevo, recién llegado, sobre todo por una interpretación constitucional cuya "institucionalidad" nuevamente se ha entendido vinculada estrechamente con los objetivos de la política coyuntural, más que en modo-división de poderes e independencia judicial.

Fuentes

Libros y artículos

Brown, R. L. (1998), "Accountability, liberty, and the Constitution", *Columbia Law Review*, vol. 98, núm. 3.

García Ramírez, S. (2021), "Comentario sobre derechos humanos y justicia penal en la Constitución, a diez años de la reforma de 2011", en Sepúlveda, R. et al. (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, Tirant Lo Blanch.

Silva García, F. (2012), "El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconveniencia", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*.

Silva García, F. (2014), *Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. Interpretación del pasado? (Comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)*, Cuestiones Constitucionales.

Silva García, F. (2016), *Principio pro homine vs. Restricciones constitucionales: ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?*, México, Porrúa.

Silva García, F. (2018), "El principio pro persona como mecanismo de control judicial de la Constitución", en Caballero Ochoa, J. L. y Sánchez Gil, R., *Derechos constitucionales e internacionales: Perspectivas, retos y debates*, Tirant Lo Blanch.

Silva García, F. (2019), "Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, disponible en <https://www.semanticscholar.org/paper/Control-de-convencionalidad-en-México%3A-y-desaf%C3%ADos-Garcia/4e7f1c209285c02fef497c15bbf2161a43f3f79b>.

Silva García, F. (2021), "Involución y evolución del juicio de amparo como única constante: perspectiva de un insider", en Sepúlveda, R. et al. (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, Tirant Lo Blanch.

Silva Meza, J. N. y Silva García, F. (2019), *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, 3.^a ed., México, Porrúa.

Páginas de internet

Alterio, M. y Niembro, R. (2014), "¿Por qué la Corte debería declarar inconstitucional la reforma energética?", *Nexos*, 27 de enero, disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3536>.

Caballero Juárez, J. A. (2019), "La prisión preventiva oficiosa", disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=cr19Wgk30ks>.

Centro Prodh (2021), *Informe del Centro Prodh sobre la Guardia Nacional y los riesgos de perpetuar la militarización*, disponible en <https://centroprodh.org.mx/2021/07/01/presentamos-informe-sobre-la-guardia-nacional-y-los-riesgos-de-perpetuar-la-militarizacion/>.

Cervantes, J. (2019), "Emilio Lozoya, el trampolín de corrupción de Odebrecht para el mundo", *Proceso*, 14 de septiembre, disponible en <https://www.proceso.com.mx/599786/emilio-lozoya-el-trampolin-de-corrupcion-de-odebrecht-para-el-mundo>.

García Ramírez, S. (2021), <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/07/12/politica/llama-garcia-ramirez-a-luchar-por-un-estado-de-derecho-para-todos/>.

Redacción Aristegui Noticias (2020), "Lozoya y el ciclo de la corrupción", 16 de febrero, disponible en <https://aristeguinoticias.com/1602/opinion/lozoya-y-el-ciclo-de-la-corrupcion>.

Silva García, F. (2021), Seminario Independencia Judicial y Populismo, 25 noviembre, Pompeu Fabra, Barcelona, disponible en <https://youtu.be/B89zCdcMiAo>.

Silva Meza, J. N. y Silva García, F. (2021), "El impacto de la reforma en materia de derechos humanos en el sistema penal acusatorio", disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=yQdUWgMmmXY>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2021), La Reforma Constitucional de Derechos Humanos y Amparo, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ptCyw4I74HI>.

Universidad Pompeu Fabra (2017), El constitucionalismo latinoamericano en el centenario de la Constitución mexicana, 4 y 5 de mayo, Barcelona, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=DOyaDE0YsWk>.

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo directo en revisión 1035/2021. 14 de julio de 2021. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Luis María Aguilar Morales, José Fernando Franco González Salas, Javier Laynez Potisek y Yasmín Esquivel Mossa; votaron con reservas José Fernando Franco González Salas y Yasmín Esquivel Mossa,

quienes manifestaron que formularían voto concurrente. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo.

Sentencia de Pleno de Circuito en Materia de Trabajo

Contradicción de tesis 34/2019. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Cuarto y Décimo Sexto, ambos en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Pleno en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 22 de marzo de 2021. Unanimidad de diecisiete votos de los Magistrados Herlinda Flores Irene, Rosa María Galván Zárate, Arturo Cedillo Orozco, Osiris Ramón Cedeño Muñoz, María Eugenia Olascuaga García, Roberto Ruiz Martínez, Laura Serrano Alderete, Edna Lorena Hernández Granados (quien formula voto concurrente), Emilio González Santander, Tomás Martínez Tejeda, Ángel Ponce Peña, Víctor Aucencio Romero Hernández, José Manuel Hernández Saldaña, Fernando Silva García, Juan Alfonso Patiño Chávez (quien formula voto concurrente), Armando Ismael Maitret Hernández (quien formula voto concurrente) y Alicia Rodríguez Cruz. Ponente: Ángel Ponce Peña. Secretaria: Alma Nashiely Castro Cruz.

Sentencias de Tribunales Colegiados de Circuito

Sentencias recaídas a los amparos directos 224/2019 y 825/2019, por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

Sentencia recaída en el amparo directo 18/2019, por el Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

Tesis de Pleno y Salas de la SCJN

Tesis 2a. CXXI/2015 (10a.), RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES, Décima Época. Registro: 2010287. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada.

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II. Materia(s): Común. Página: 2096. Amparo directo en revisión 583/2015. 9 de septiembre de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretarios: Jorge Jannu Lizárraga Delgado y Jorge Antonio Medina Gaona.