

**EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA CONVENCIONALIDAD: EL CASO GARCÍA RODRÍGUEZ VS MÉXICO**

**THE TEST OF PROPORTIONALITY IN THE RESTRICTION OF HUMAN RIGHTS IN ACCORDANCE WITH THE CONVENTION: THE CASE OF GARCÍA RODRÍGUEZ VS MEXICO**

**O TESTE DE PROPORCIONALIDADE NA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SEGUNDO A CONVENÇÃO: O CASO DE GARCÍA RODRÍGUEZ VS MÉXICO**

**Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria <sup>1</sup>**

Submissão: 12/07/2023

Aprovação: 09/09/2023

**RESUMEN:**

De acuerdo con la operatividad de las restricciones al ejercicio de los Derechos Humanos en el Estado Mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de los expedientes varios 293/11 y 1396/11 han determinado que el Derecho Convencional es inaplicable en el caso de que dichas restricciones se encuentren en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de forma expresa. Incluso, el tema de las restricciones a los Derechos Humanos va más allá, pues utilizando la propia Constitución Mexicana, la Suprema Corte de México ha determinado extenderlas a través de su propia jurisprudencia, lo que implica que ni siquiera es necesario que las mismas se encuentren de forma expresa a nivel constitucional, sino que, a través de la Jurisprudencia, pueden restringir cualquier Derecho Humano, incluso,

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Posdoctora por el CONACYT para investigadores de alto nivel académico, Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Dogmática Penal y Procesal Penal de la George August Universität en Gottigën, Alemania, Estancia de Investigación en Sevilla, España, Estancia de Investigación en Valencia, España, Estancia de investigación en Lecce, Italia, Maestranda en Derecho Administrativo y Políticas Públicas por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora de Carrera Titular "A", Definitiva en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México. E-mail: padilla\_liz\_2@hotmail.com - **Ark:/80372/2596/v12/008**

aquellos que por mandato convencional y constitucional no se pueden restringir ni suspender en términos de lo que disponen los artículos 29, párrafo segundo y 27, párrafo segundo, el primero de ellos de la Constitución Mexicana y el segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo anterior ha traído la violación sistemática de Derechos Humanos, respaldada por la legalidad mexicana, que a todas luces violenta los derechos humanos de las personas, sobre todo en el ámbito del derecho punitivo, como lo son el derecho penal, fiscal, administrativo, disciplinario y laboral.

Ante ese panorama, era eminente la llegada de casos mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como los casos Tzompaxtle Tecpile, así como García Rodríguez, ambos contra el Estado Mexicano; los cuales evidencian las violaciones a los Derechos Humanos por diversas autoridades mexicanas hacia las personas.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos Humanos. Restricción a los Derechos Humanos. Convencionalidad. Test de proporcionalidad.

**ABSTRACT:**

In accordance with the operability of the restrictions on the exercise of human rights in the Mexican State, the Supreme Court of Justice of the Nation, through the cases of several 293/11 and 1396/11 has determined that Conventional Law is inapplicable in the event that these restrictions are found in the Political Constitution of the United Mexican States in an express manner. Even the issue of restrictions on human rights goes beyond, since using the Mexican Constitution itself, the Supreme Court of Mexico has determined to extend them through its own jurisprudence, which implies that it is not even necessary for them to be expressly found at the constitutional level, but through Jurisprudence may restrict any human rights, even those which, by conventional and constitutional mandate, cannot be restricted or suspended in terms of what is provided for in articles 29, second paragraph and 27, second paragraph, of the Mexican Constitution and the second paragraph of the American Convention on Human Rights.

The above has brought about the systematic violation of human rights, backed by Mexican legality, which clearly violent human rights of individuals, especially in the field of punitive law, such as criminal, fiscal, administrative, disciplinary and labour law.

In the light of this scenario, the arrival of Mexican cases before the Inter-American Court of Human Rights, such as the Tzompaxtle Tecpile cases, as well as García Rodríguez, both

against the Mexican State; they demonstrate the violations of human rights by various Mexican authority towards persons.

**KEYWORDS:** Human Rights. Restriction of Human Rights. Convencionalidad. Proportionality Test.

## I. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE LAS “RESTRICCIONES LEGALES” EN EL DERECHO MEXICANO

En todo Estado que forme parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir, que haya ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, la operatividad de sus derechos domésticos deben adecuarse o ir acorde a los consagrados por la convencionalidad, así lo señalan los artículos 1 y 2 de dicha Convención:

### *PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS*

#### *CAPITULO I - ENUMERACION DE DEBERES*

##### *ARTÍCULO 1.*

###### *Obligación de Respetar los Derechos*

*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

*2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*

*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

Bajo ese tenor, no debería haber ninguna duda sobre la operatividad de los Derechos Humanos, pues cada Estado debería adecuar su legislación doméstica al respecto.

Sin embargo, no es así, pues de acuerdo a los temas políticos, económicos y en general sociales, las autoridades de los Estados, en específico México, han creado diversos mecanismos legales (los cuales pueden ser legítimos o ilegítimos) para restringir los Derechos Humanos.

En el caso del Estado Mexicano, los derechos humanos no solamente se restringen específicamente desde la propia constitución, sino que, el método más usual y, además más efectivo es la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual determina su obligatoriedad en la propia Constitución Mexicana y en la Ley de Amparo, como se señala a continuación:

*Artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:*

*La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción*

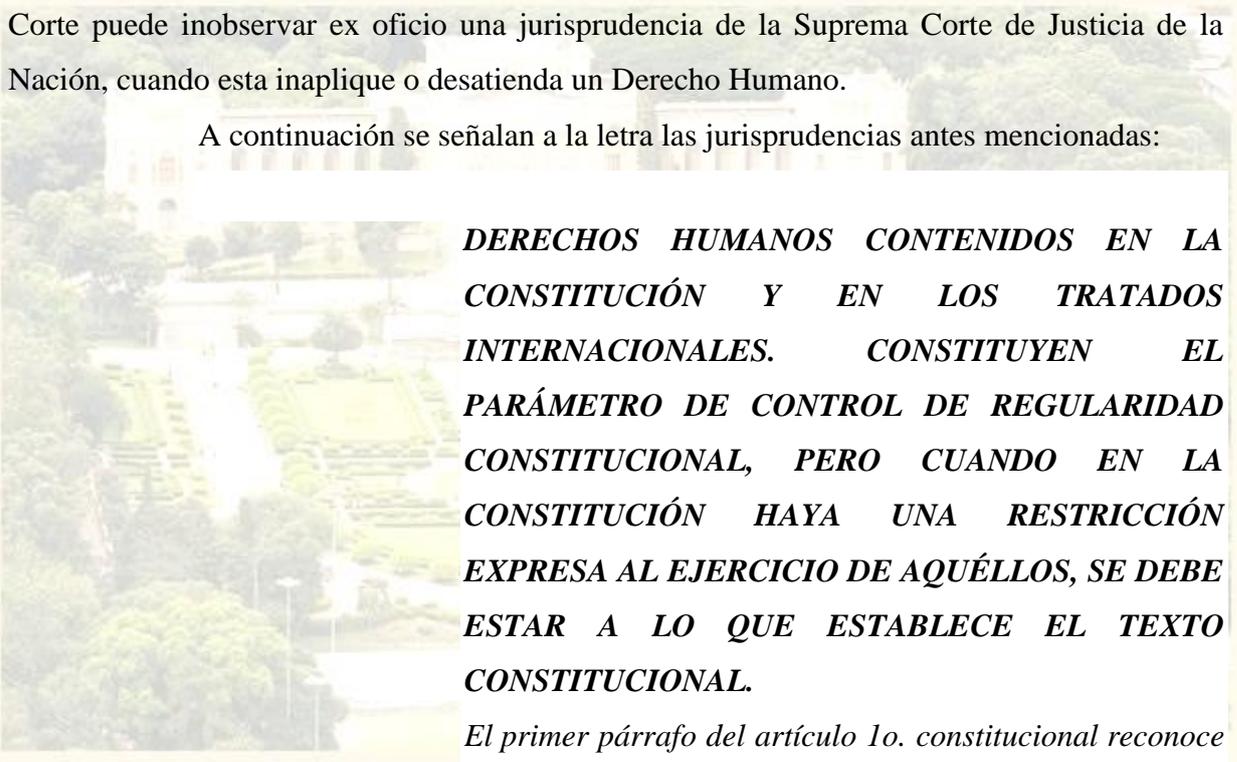
*Artículo 217 de la Ley de Amparo:*

*La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, con excepción de la propia Suprema Corte.*

Es así como la jurisprudencia de la Corte Mexicana encuentra justificación para su obligatoriedad con respecto a su observación por parte de todas las autoridades por debajo de la misma.

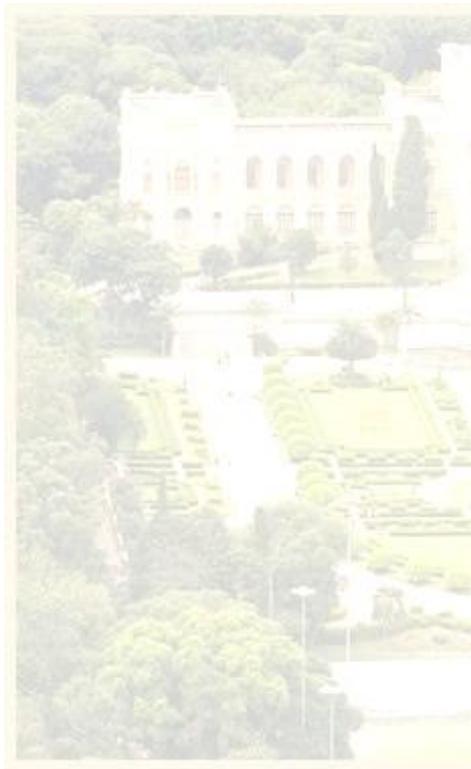
Ante tal situación, la Corte Mexicana ha emitido en especial, dos jurisprudencias, marcadas con los números de registro digital 2006224 y 2008148, en la cual la primera de ellas, básicamente señala que cuando en la Constitución Mexicana exista la restricción de un Derecho Humano, las autoridades deben estar a lo que señala la Constitución, sin tomar en consideración el Derecho Humano contenido en la Convencionalidad; por su parte, la segunda señala que ninguna autoridad por debajo de la Corte puede inobservar ex officio una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando esta inaplique o desatienda un Derecho Humano.

A continuación se señalan a la letra las jurisprudencias antes mencionadas:



***DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.***

*El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o.,*



*cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.*

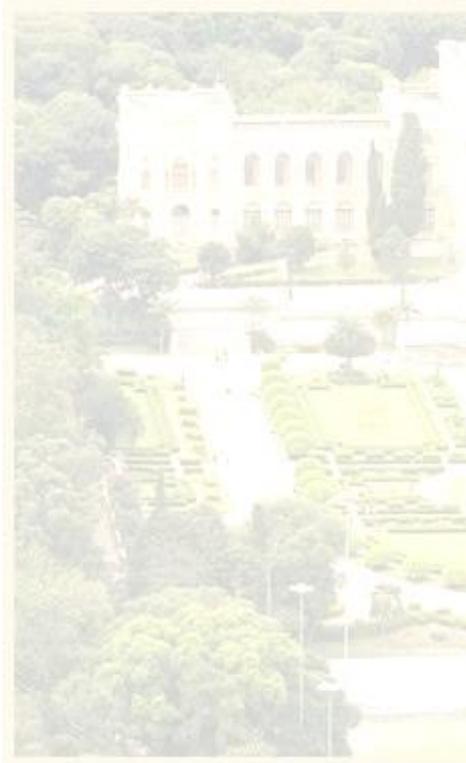
*Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que*

*formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.*

*Tesis y/o criterios contendientes:*

*Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente:*

**"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO."** y **"TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."**; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del



*Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente:*

**"DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUELLOS."** y

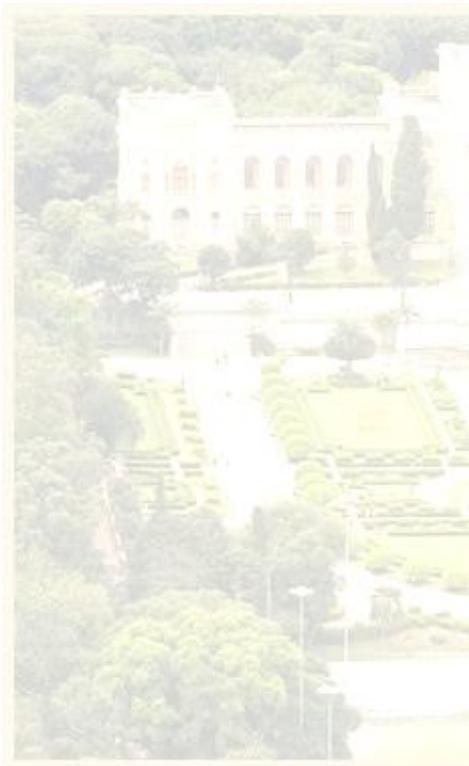
**"JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."**; aprobadas por el Séptimo

*Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.*

*El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.*

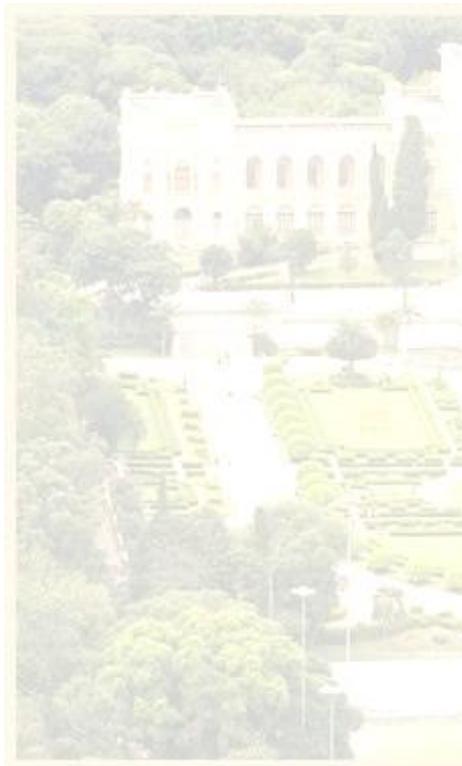
*Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 09:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.*

**JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR**



## **ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.**

*La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucionalestablece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de*



*obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.*

*Contradicción de tesis 299/2013. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito. 14 de octubre de 2014. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alberto Pérez Dayán; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea votó contra consideraciones; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Ausentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alfonso Francisco Trenado Ríos.*

*Tesis y/o criterios contendientes:*

*El sustentado por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, al resolver el amparo directo 122/2013, y el diverso sustentado por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, al resolver el amparo directo 210/2013.*

*El Tribunal Pleno, el primero de diciembre en curso, aprobó, con el número 64/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a primero de diciembre de dos mil catorce.*

Cómo se puede observar de dichos documentos, la Suprema Corte Mexicana tiene todos los elementos jurídicos para restringir el Derecho Humano que considere mediante

la emisión de una jurisprudencia; o los demás Poderes de la Unión, tales como el Legislativo y Ejecutivo, mediante una reforma a la Constitución Mexicana.

Lo anterior, coarta cualquier posibilidad de realizar un control de convencionalidad, utilizando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con respecto a una restricción a los mismos, ya sea vía jurisprudencial o constitucional, es decir, no se pudo hacer uso del principio por persona para poder inaplicar una restricción al ejercicio de los Derechos Humanos.

Esto ha traído como consecuencia la violación sistemática de los Derechos Humanos de las personas, ya sea, por vía penal, administrativa, laboral, disciplinaria o fiscal, pues el argumento más sencillo que tiene la autoridad y que no requiere, en términos prácticos, de una validez sustantiva, es la restricción a los derechos humanos mediante la jurisprudencia de la Corte y la Constitución mexicana.

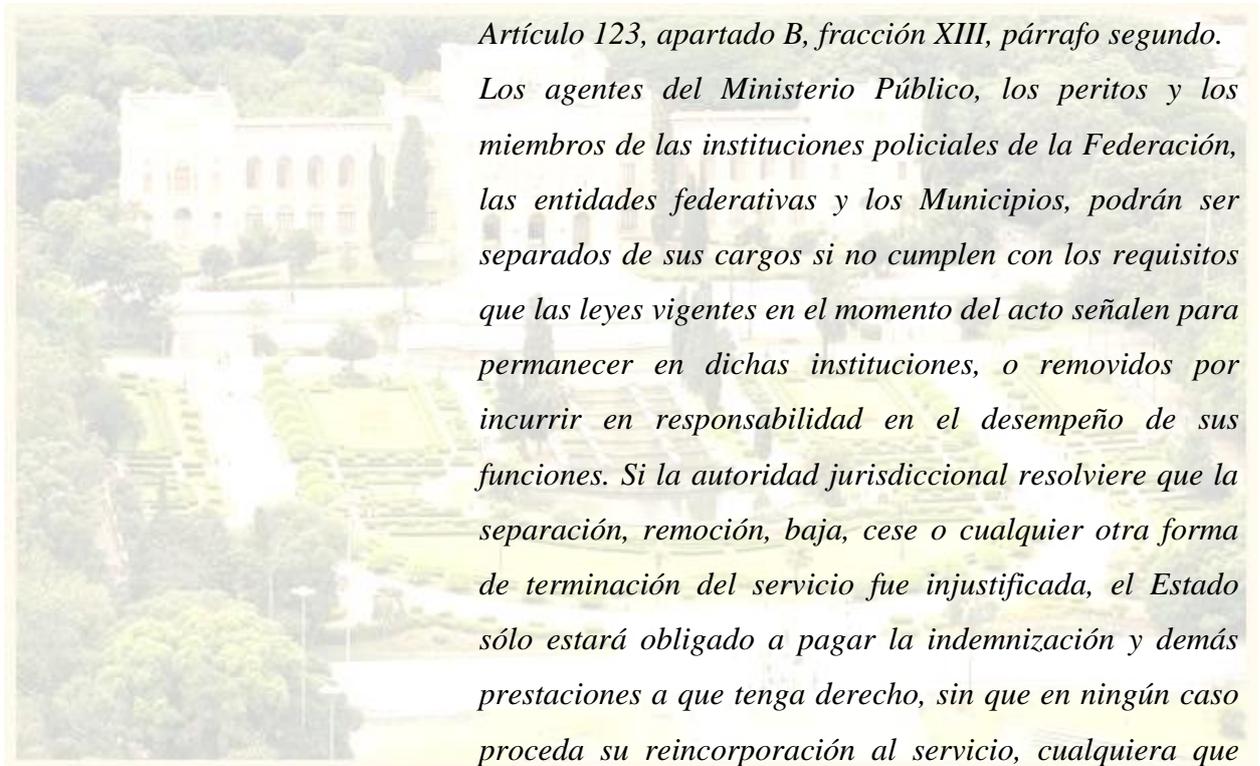
Lo que determina a las autoridades a no hacer uso de los Derechos Humanos contenidos en la Convencionalidad y, por ende, del llamado control de Convencionalidad, ni mucho menos aplicar los test de proporcionalidad, que junto con la presunción de inocencia, le dan razón jurídica con su aplicación al Debido Proceso contenido en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Algunos ejemplos de la violación de los Derechos Humanos desde el ámbito constitucional mexicano los encontramos en los temas de la “Prisión Preventiva Oficiosa” y en “la restricción para reincorporar al empleo a los Policías, Peritos Públicos o Ministerios Públicos”, aún en caso de que ganen el procedimiento administrativo o laboral que determinó su separación del cargo, los cuales encontramos de forma expresa en los artículos 19, párrafo segundo y 123, apartado B, fracción XIII, párrafo segundo, ambos de la Constitución Mexicana:

*Artículo 19 Constitucional.*

*El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus*

*modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.*



*Artículo 123, apartado B, fracción XIII, párrafo segundo. Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.*

Es así como, en el caso de las restricciones a los Derechos Humanos desde la vía jurisprudencial y constitucional, es nula toda posibilidad de acudir a un control de convencionalidad para determinar, mediante el principio pro persona, si existe en dichas restricciones la violación de un derecho humano.

Lo anterior implica, que la convencionalidad, a diferencia de lo que se pretende con el derecho internacional de los derechos humanos, es nula o inexistente en el caso de las

restricciones domésticas a los Derechos Humanos, es decir, el Estado Mexicano se encuentra bajo una dictadura respaldada por su propia Constitución y por su Tribunal Constitucional, pues basta la emisión de una jurisprudencia por la Corte Mexicana o una reforma a su Constitución General para que el Derecho Humano determinado a nivel convencional no tenga validez o ni siquiera sea existente para los ciudadanos mexicanos.

## **II. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE CAMBIA EL PARADIGMA DE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: EL CASO GARCÍA RODRÍGUEZ VS MÉXICO**

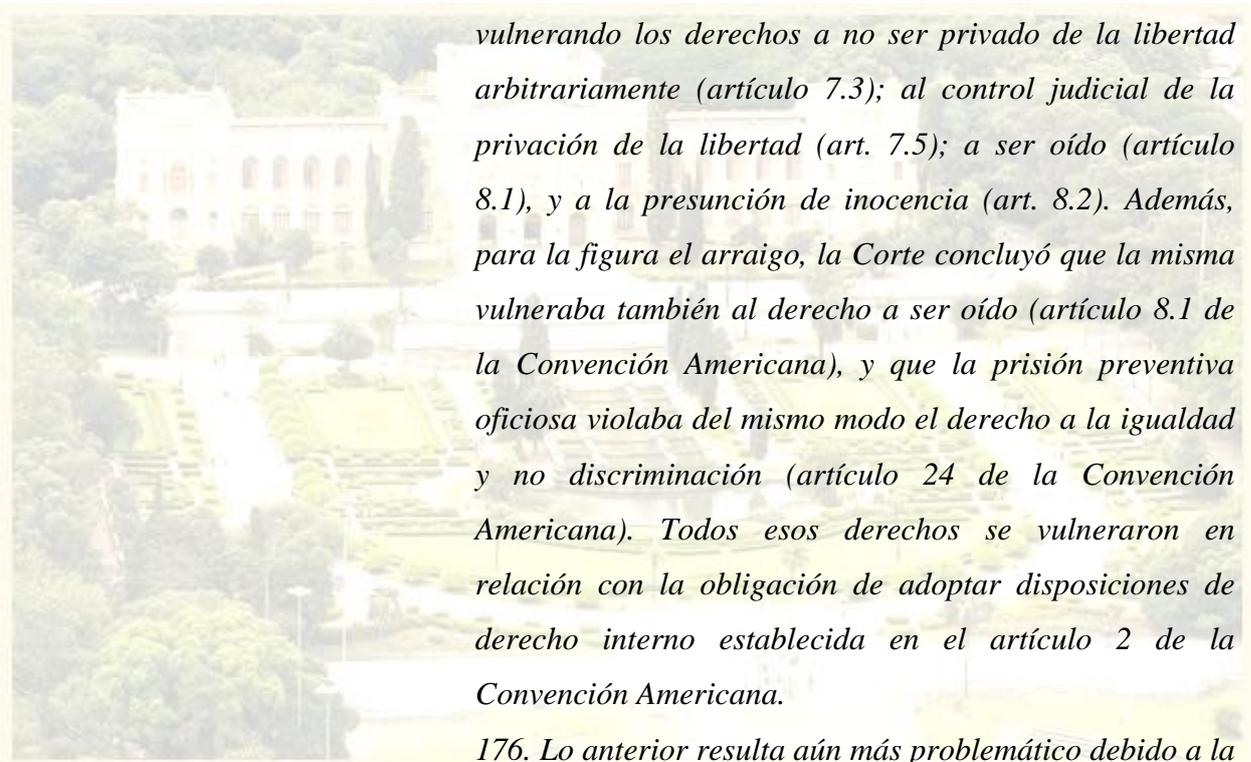
Ante el panorama desolador que se observa en México en materia de Derechos Humanos, sobre todo con respecto a la operatividad de sus restricciones, hace 18 años llegó ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el caso de los señores García Rodríguez y Reyes Alpizar, los cuales se encontraban privados de su libertad sin haber recibido una sentencia y cuyos argumentos de la autoridad para justificar dicho hecho fueron precisamente dos instrumentos de restricción a los Derechos Humanos: La prisión preventiva y el arraigo.

La prisión preventiva sin una justificación previa por el Ministerio Público, es decir, sin justificar la necesidad de cautela, la pertinencia, la idoneidad y necesidad de la misma, y muchos menos, mediante un debate ante un control judicial que le permitiera a defensa el principio del contradictorio y, por ende, el derecho a la defensa.

En el caso del arraigo, una detención sin justificación antes de permitírseles siquiera el derecho a la defensa, sólo por simple sospecha, en un lugar no determinado para detenciones y con posterioridad, judicializar el asunto ante un juez penal, quien decretó, en ese entonces, el auto formal prisión y su detención arbitraria.

Bajo ese tenor y después de haber analizado el caso en concreto y escuchando a las partes en audiencia pública, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó condenar al Estado Mexicano. Cabe señalar que una de las defensas del Estado fueron precisamente las restricciones a los Derechos Humanos, invocando el expediente varios 293/11 y 1396/11; sin embargo, la CoIDH fue contundente y determinó la operatividad de

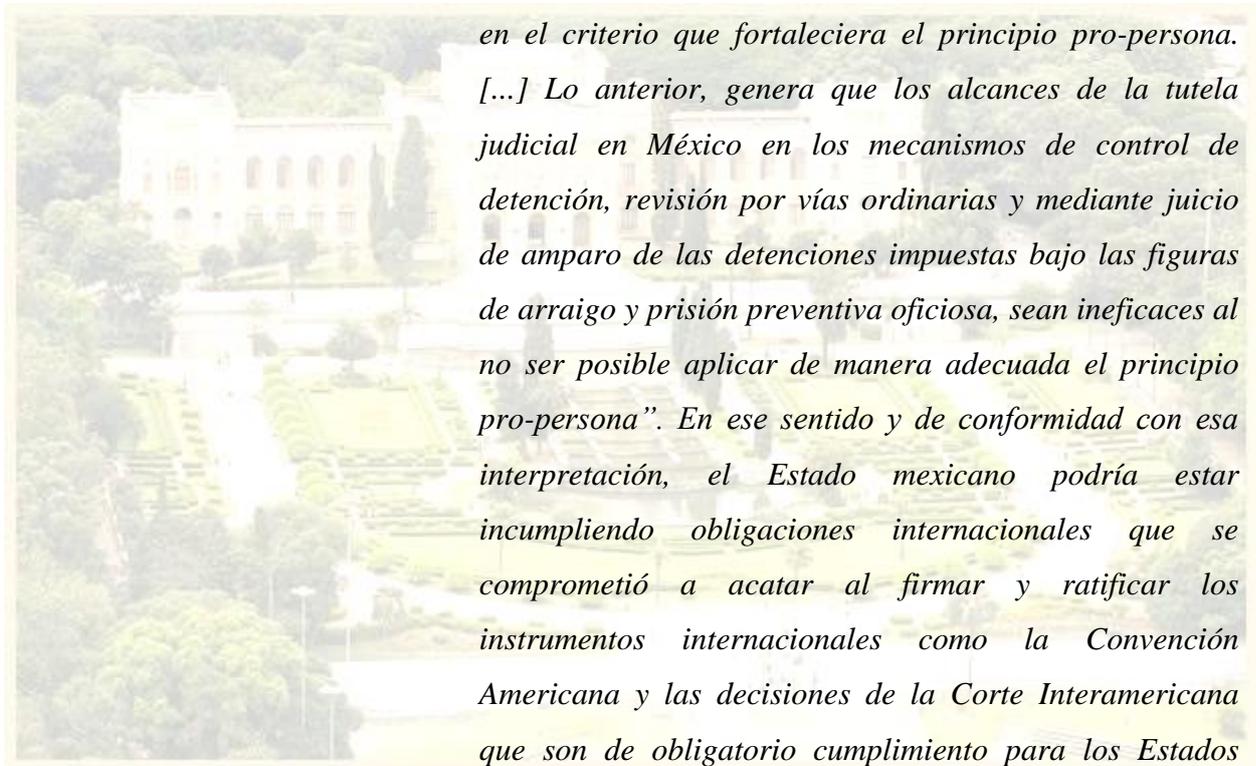
dichas restricciones bajo los siguientes rubros, de acuerdo a los puntos 175, 176, 177 de dicha sentencia:



*175. En los acápites anteriores, el Tribunal determinó que tanto la figura del arraigo contenida en el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 2000 como la de la prisión preventiva contenida en el artículo 319 del mismo Código y 19 de la Constitución de acuerdo a su texto reformado en el año 2008, resultaban contrarias a la Convención Americana vulnerando los derechos a no ser privado de la libertad arbitrariamente (artículo 7.3); al control judicial de la privación de la libertad (art. 7.5); a ser oído (artículo 8.1), y a la presunción de inocencia (art. 8.2). Además, para la figura el arraigo, la Corte concluyó que la misma vulneraba también al derecho a ser oído (artículo 8.1 de la Convención Americana), y que la prisión preventiva oficiosa violaba del mismo modo el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 24 de la Convención Americana). Todos esos derechos se vulneraron en relación con la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana.*

*176. Lo anterior resulta aún más problemático debido a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México en la contradicción de tesis 293/2011208, por medio de la cual aceptó que las restricciones expresas contenidas en la Constitución Nacional desplazaban a las normas internacionales, entre las cuales se encuentra las de la Convención Americana y las demás integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese sentido, según indicó el perito José Ramón Cossío Díaz, “los jueces y magistrados del Poder Judicial de la*

*Federación están obligados a acatar lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 y en el expediente varios 1396/2011, so pena de ser sancionados, sin que puedan plantear su desavenencia o cuestionar los criterios del Pleno o las salas de la propia Suprema Corte”. Además, según ese perito, al aceptarse que las restricciones constitucionales prevalecen frente a los derechos de fuente convencional y a la jurisprudencia y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “se hace nugatoria la posibilidad de avanzar en el criterio que fortaleciera el principio pro-persona. [...] Lo anterior, genera que los alcances de la tutela judicial en México en los mecanismos de control de detención, revisión por vías ordinarias y mediante juicio de amparo de las detenciones impuestas bajo las figuras de arraigo y prisión preventiva oficiosa, sean ineficaces al no ser posible aplicar de manera adecuada el principio pro-persona”. En ese sentido y de conformidad con esa interpretación, el Estado mexicano podría estar incumpliendo obligaciones internacionales que se comprometió a acatar al firmar y ratificar los instrumentos internacionales como la Convención Americana y las decisiones de la Corte Interamericana que son de obligatorio cumplimiento para los Estados Parte.*



*177. En cuanto a lo anterior, corresponde recordar que este Tribunal ha señalado de forma constante que las distintas autoridades estatales tienen en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Para llevar a cabo esa tarea, las autoridades internas deben tener*

*cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte, como última intérprete última de la Convención.*

Es sumamente enriquecedor, y es precisamente el punto álgido que ha otorgado este cambio de paradigma en la operatividad de las restricciones a los Derechos Humanos en México y en todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, e incluso para todos los Estados que forman parte del mismo, y hasta para el Sistema Universal de Derechos Humanos que la Corte Interamericana haya señalado de forma expresa los expedientes varios en México 293/11 y 1396/11, así como la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, determinando que no son las autoridades mexicanas las que pueden indicar si se acude a la convencionalidad o no, ni tampoco serán estas las últimas interpretes de los Derechos Humanos, sino que será la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Señalándole al Estado Mexicano, que toda su normatividad, así como prácticas jurídicas (jurisprudencia) debe pasar por el análisis del control de convencionalidad.

Lo anterior implica que las autoridades mexicanas, aún en caso de que exista una restricción expresa al ejercicio de los Derechos Humanos, sea vía convencional o constitucional, esta se debe someter a un control de convencionalidad ex officio por cualquier autoridad pública, es decir, no solamente las judiciales, sino que también las administrativas y legislativas.

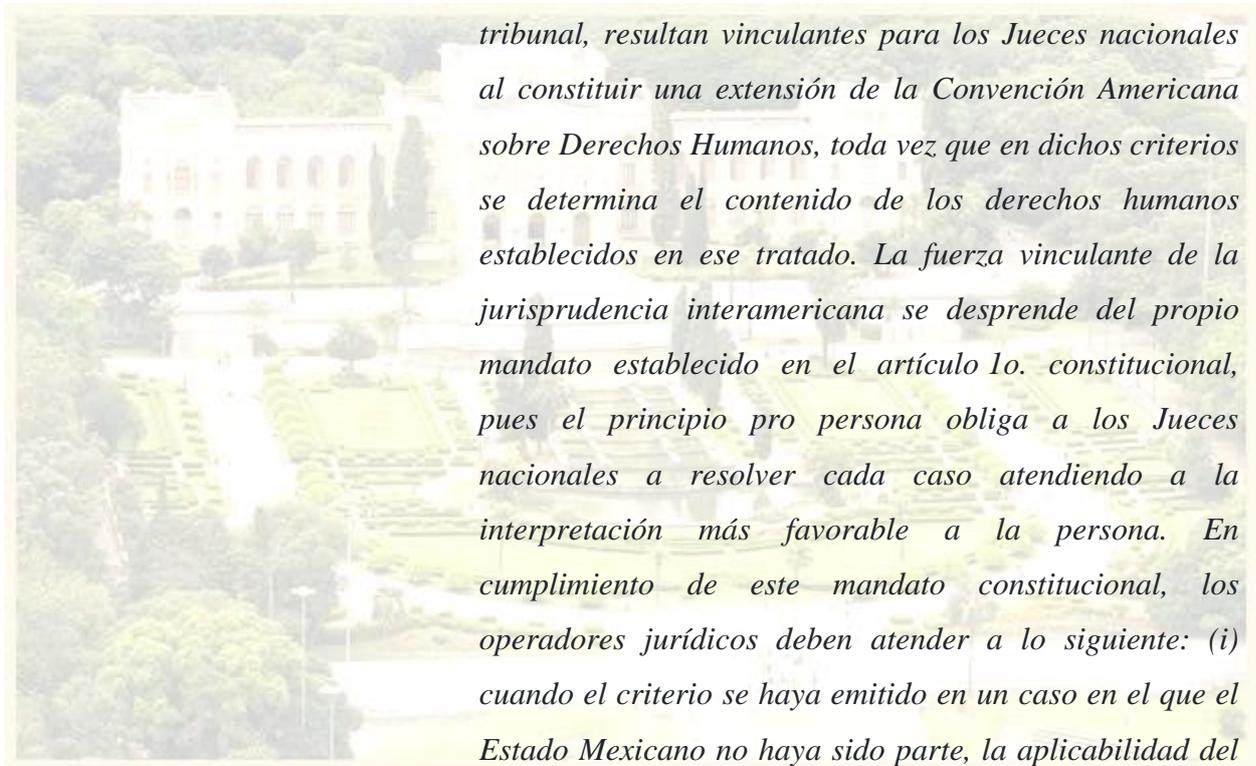
Es importante señalar que, bajo este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no señala como requisito *sine qua non* la reforma constitucional que elimine la figura de la prisión preventiva o el arraigo, sino que señala de forma contundente que aún y cuando no exista dicha reforma y tales figuras se encuentren en la constitución, o incluso, en una jurisprudencia, deberá realizarse un control de convencionalidad con respecto a las mismas, bajo el principio *pro persona*.

Cabe señalar, que desde la propia jurisprudencia de la Corte Mexicana, las sentencias y jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para todos los jueces mexicanos y, por consecuencia, para todas las autoridades mexicanas, sean administrativas, judiciales o legislativas; y caso de que las prácticas jurídicas mexicanas (leyes, constitución o jurisprudencia) no sean acordes a dichas sentencias, se tendrán que aplicar la que favorezca con mayor amplitud a la persona, lo anterior con base en el principio *pro personae*.

Así los señala la jurisprudencia numero de registro digital 2002225:

***JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.***

*Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y **(iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.** (Énfasis añadido por la autora)*



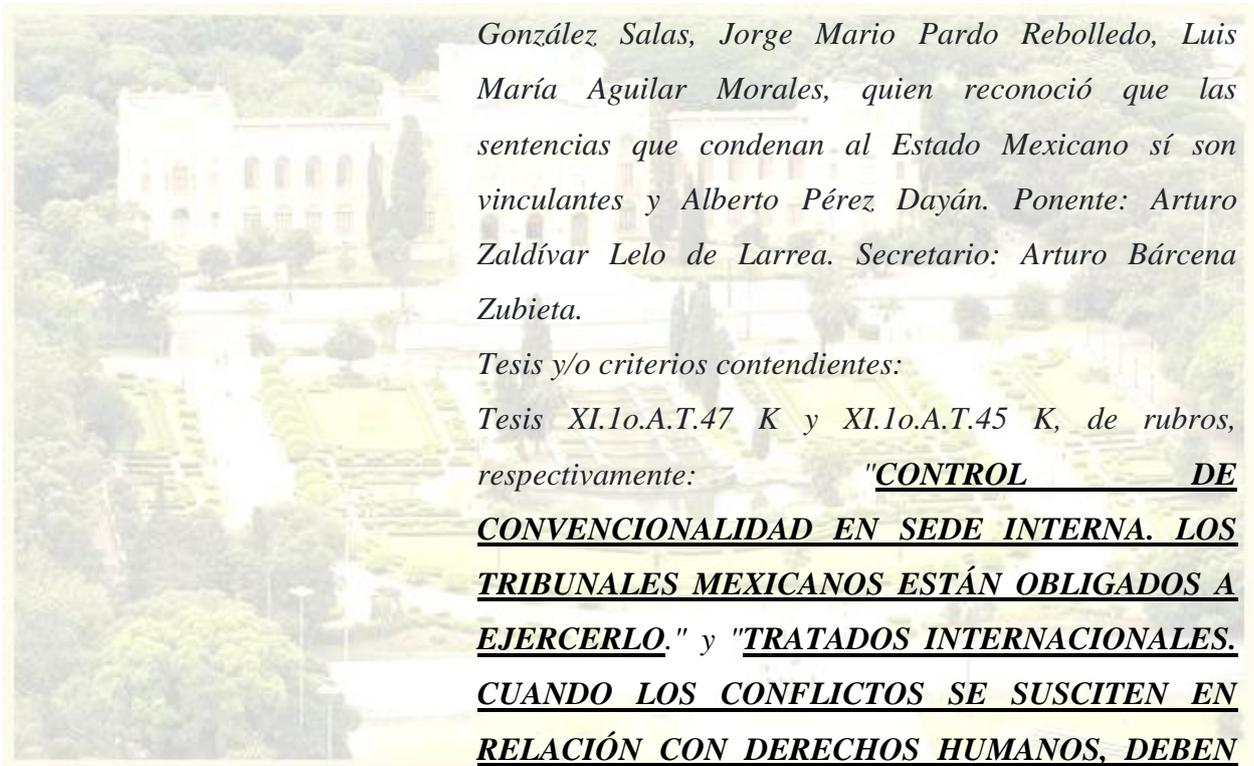
*Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de seis votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza; votaron en contra: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, quien reconoció que las sentencias que condenan al Estado Mexicano sí son vinculantes y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.*

*Tesis y/o criterios contendientes:*

*Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente:*

**"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO."** y **"TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."**;

*aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: **"DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE***



**INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.** y **"JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."**;

*aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.*

*El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 21/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.*

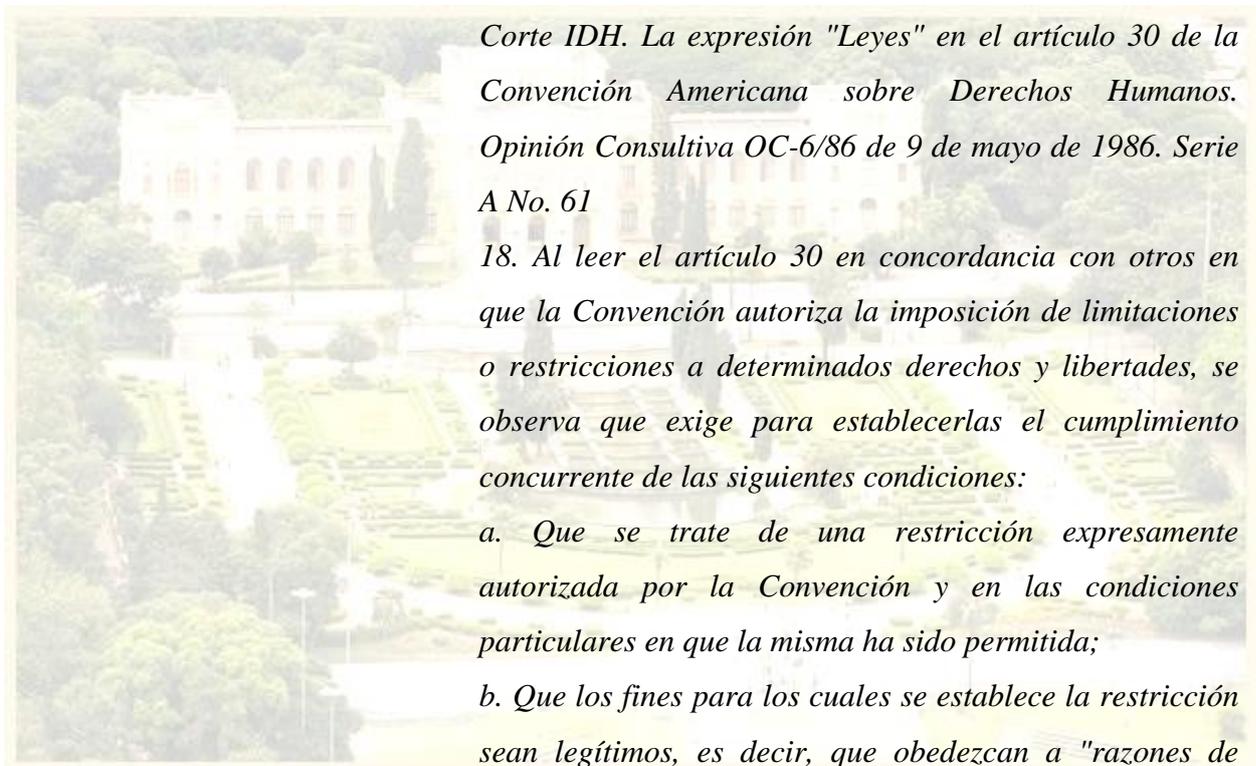
Un dato importante en este punto es que dicha jurisprudencia también deviene del expediente varios 293/11 mediante el cual las autoridades mexicanas pretenden restringir los Derechos Humanos.

En ese tenor es en el que las autoridades mexicanas se encuentran en problemas jurídicos, ya sea por ignorancia de la convencionalidad y de la propia sentencia en análisis, o por temor a ser reprimidos, denunciados o investigados ante sus autoridades lo que trae como resultado la violación de derechos humanos de personas, muchas de ellas privadas de la libertad bajo los puntos antes citados. En esa perspectiva, me parece que el instrumento idóneo para determina y operar una restricción al ejercicio de los Derechos Humanos es el test de proporcionalidad.

### **III.LA OPERATIVIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE EL TEST DE PROPORCIONALIDAD A NIVEL CONVENCIONAL Y LOCAL**

A nivel convencional la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre los lineamientos que se requieren a efecto de la posibilidad de restringir un Derecho Humano (al respecto es necesario señalar que el tema de la restricción no es aplicable a todos los derechos, sino que existen algunos que no se pueden restringir ni suspender, ello en términos de los que prescribe el artículo 27, párrafo segundo de la Convención en comento, y que, además, se encuentra en la Constitución Mexicana en el artículo 29, párrafo segundo).

Al respecto en la opinión consultiva 6/86, la CoIDH ha señalado en cuanto al test de restricción de un Derecho Humano:



*Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 61*

*18. Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:*

*a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;*

*b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" "y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y*

*c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.*

*35. En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente*

*elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.*

Es decir, no permite la convencionalidad la restricción de un Derecho Humano de facto por ninguna autoridad pública y bajo el derecho doméstico, sino que se debe hacer con base en el contexto convencional, es decir, de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de su jurisprudencia.

De acuerdo a lo anterior, la restricción de los Derechos Humanos en México bajo la jurisprudencia y las normas constitucionales a toda luces viola la convencionalidad, entendidas estas prácticas como contrarias a los derechos a ser oído (artículo 8.1), y a la presunción de inocencia (art. 8.2) y el derecho a la igualdad, no discriminación y al acceso a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Convención Americana).

Por tanto, el test de proporcionalidad a nivel convencional determina los siguientes puntos:

- a) La restricción debe estar autorizada bajo los rangos de la convencionalidad y de acuerdo a casos similares en que fueron aprobadas.
- b) Que el fin de la restricción sea legítimo, entiéndase este punto como los argumentos, datos de pruebas, necesidad y pertinencia social para que dicha restricción sea operativa.
- c) Que se cumpla con los dos principios anteriores más el principio de legalidad en el derecho doméstico.

Y tal y como lo señala la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando no pueda haber una conciliación jurídica entre la jurisprudencia o ley nacional con la convencional, se determinará la aplicación de la norma que proteja con mayor amplitud al sujeto.

El Dr. Daniel Vázquez señala al respecto:

*Para Nash, la proporcionalidad en estricto supone que la restricción no solo logre el objetivo buscado coma sino que, lo consiga afectando en la menor medida posible el goce o ejercicio del derecho restringido coma de tal forma que si hay una alternativa menos gravosa, debe aplicarse dicha alternativa. Si bien este criterio se parece mucho al de necesidad, se trata de un criterio distinto. Mientras en el criterio de necesidad se debe verificar que la restricción del derecho sea necesaria para el objetivo buscado, que no haya otra alternativa. Una vez que esto ha quedado claro, no hay otra alternativa, el principio de proporcionalidad en sentido estricto supondría mirar si el derecho restringido puede ser menos afectado de lo que, en principio se está proponiendo. De esta forma, la proporcionalidad en sentido estricto, en esta propuesta, es un problema que gira en torno al grado de las restricción.<sup>2</sup>*

Por tanto, el test de proporcionalidad convencional estará por encima de cualquier test de proporcionalidad a nivel local, tal y como lo señalamos en los puntos 175, 176 y 177 del Caso García Rodríguez vs México.

Rubén Sánchez Gil nos señala:

*El principio de proporcionalidad y las exigencias de sus subprincipios, expresan un conjunto calidad que toda medida también tiene un nexo con el contenido de la deliberación política, convirtiéndose entonces en un límite constitucional a la actuación del legislador que éste debe respetar. Impone realizar un fino examen, frecuentemente profundo y sutilísimo, sobre la relación entre un*

---

<sup>2</sup> Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 64

*determinado interés público u otro principio — no sólo tutelado sino exigido constitucionalmente— que incidiría en un derecho fundamental y la efectividad de este último y plantea argumentos que obligan a ir mucho más allá de la indudable legitimidad constitucional de aquel.*<sup>3</sup>

Es así como cualquier norma jurídica que restrinja Derechos Humanos, aún y cuando se encuentre en la propia Constitución, o Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, aún y cuando sea obligatoria para todas la autoridades, deben ser analizada por las autoridades públicas mediante un control de convencionalidad, bajo las reglas que determina la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como última interprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como todos sus instrumentos jurídicos, incluido también el Sistema Universal de Derechos Humanos.

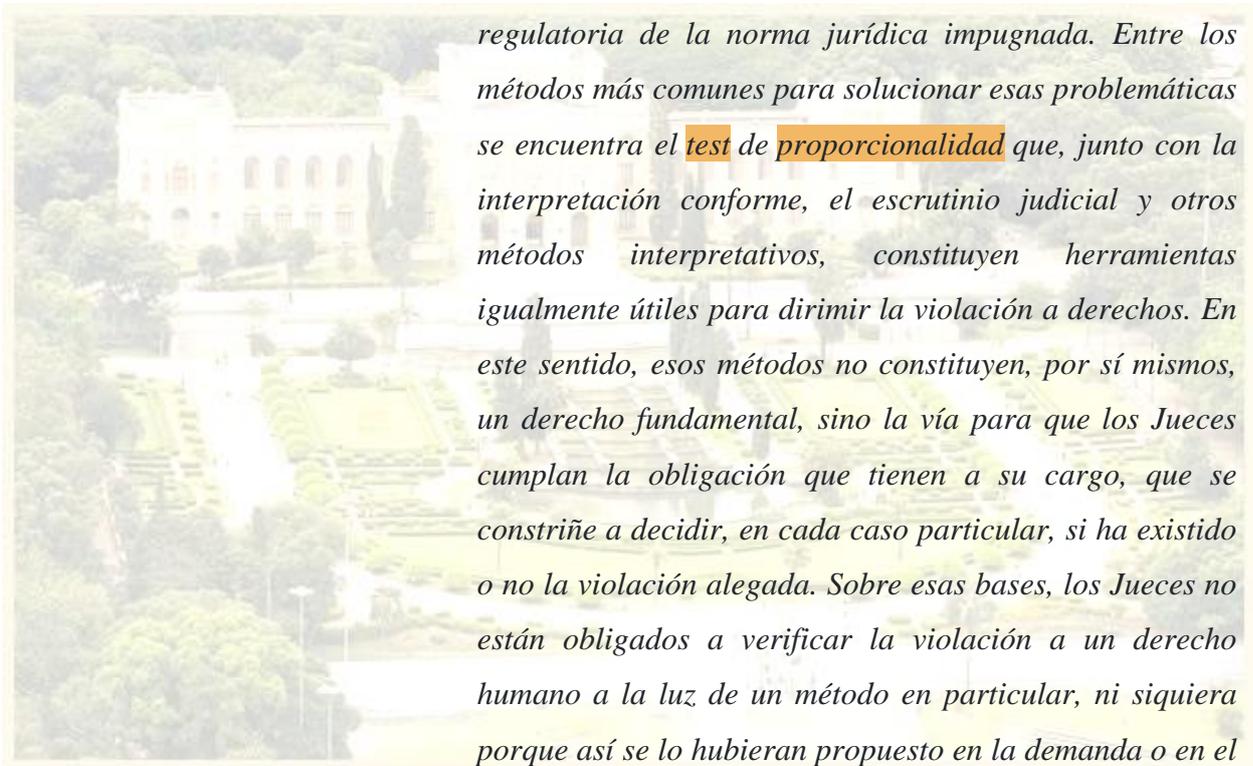
Sin embargo, la Jurisprudencia mexicana demerita la operatividad del test de proporcionalidad, y al enfrentarlo con las jurisprudencias que restringe derechos humanos, no lo aplican en el área de dichas restricciones, así lo señala el máximo tribunal mexicano:

**TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL.**

*Para verificar si algún derecho humano reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte se ha transgredido, el juzgador puede emplear diversos métodos o herramientas argumentativas que lo ayuden a constatar si existe o no la violación*

<sup>3</sup> Sánchez, Gil Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020, p. 39

*alegada, estando facultado para decidir cuál es, en su opinión, el más adecuado para resolver el asunto sometido a su conocimiento a partir de la valoración de los siguientes factores, entre otros: a) el derecho o principio constitucional que se alegue violado; b) si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho, o si es una verdadera restricción o impedimento en su disfrute; c) el tipo de intereses que se encuentran en juego; d) la intensidad de la violación alegada; y e) la naturaleza jurídica y regulatoria de la norma jurídica impugnada. Entre los métodos más comunes para solucionar esas problemáticas se encuentra el **test de proporcionalidad** que, junto con la interpretación conforme, el escrutinio judicial y otros métodos interpretativos, constituyen herramientas igualmente útiles para dirimir la violación a derechos. En este sentido, esos métodos no constituyen, por sí mismos, un derecho fundamental, sino la vía para que los Jueces cumplan la obligación que tienen a su cargo, que se constriñe a decidir, en cada caso particular, si ha existido o no la violación alegada. Sobre esas bases, los Jueces no están obligados a verificar la violación a un derecho humano a la luz de un método en particular, ni siquiera porque así se lo hubieran propuesto en la demanda o en el recurso, máxime que no existe exigencia constitucional, ni siquiera jurisprudencial, para emprender el **test de proporcionalidad** o alguno de los otros métodos cuando se alegue violación a un derecho humano.*



De acuerdo a lo anterior, en mi obra “La Metodología Geométrica para la operatividad dogmática y procesal del Derecho Punitivo: Especial referencia al Derecho Disciplinario” señalo:

*Cualquier norma de rango constitucional o secundaria y/o documento emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que contravengan los estándares mínimos de Derechos Humanos que prevé el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos debe ser inaplicada de oficio por las propias autoridades y/o a petición de parte; lo anterior, toda vez que las mismas están obligadas a la protección y garantía de los mismos.<sup>4</sup>*

Bajo esa perspectiva, la norma jurídica restrictiva debe ser operada mediante el método deductivo, es decir, primero debe pasar por el análisis del test de proporcionalidad a nivel convencional, posteriormente los contenidos en la norma doméstica.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Primera. Existen determinados Derechos Humanos que se pueden restringir y suspender, a excepción de los contenidos en los artículos 29, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 27, párrafo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Segunda. Los Derechos Humanos no se pueden restringir de plano, ni aunque se encuentre dicha restricción expresa en la Constituciones de los Estados que conforman al Sistema Interamericano, ni tampoco en su Jurisprudencia.

Tercera. Los Derechos Humanos sólo podrán restringirse cuando cumplan con estándares de convencionalidad de protección multinivel de Derechos Humanos mediante un test de proporcionalidad.

Cuarta. El test de proporcionalidad básico para restringir los Derechos Humanos es el contenido en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, posteriormente, se podrán aplicar los test de proporcionalidad contenidos en la legislación doméstica del Estado que se trate.

---

<sup>4</sup> Padilla, Sanabria Lizbeth Xóchitl, *La Metodología Geométrica para la operatividad dogmática y procesal del derecho punitivo: Especial referencia al Derecho Disciplinario*, 2022, p. 48

### Referencias bibliográficas

Padilla, Sanabria Lizbeth Xóchitl, *La Metodología Geométrica para la operatividad dogmática y procesal del derecho punitivo: Especial referencia al Derecho Disciplinario*, 2022.

Sánchez, Gil Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020.

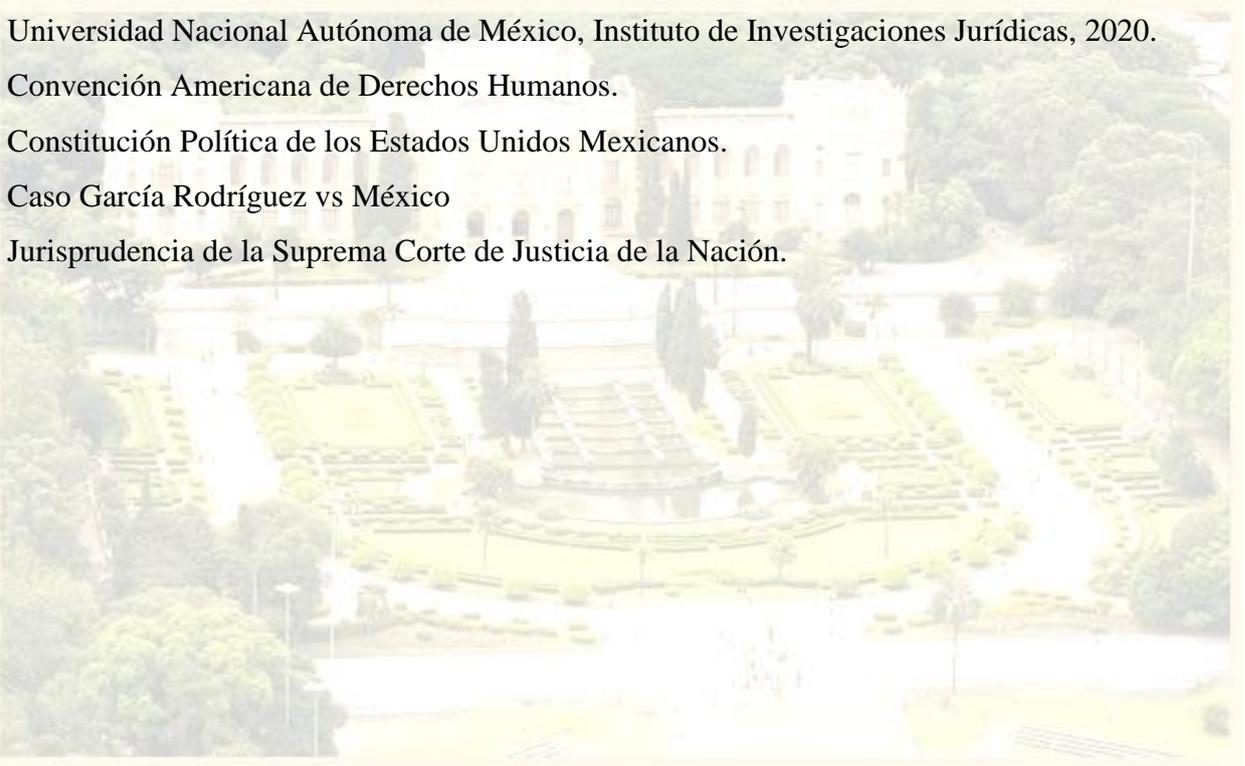
Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Caso García Rodríguez vs México

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

ISSN da versão impressa: 2236-5796

ISSN da versão digital: 2596-111X

[academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br](mailto:academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br)

[www.apd.org.br](http://www.apd.org.br)



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)