

The background is a dark green with a halftone dot pattern. It features several horizontal lines representing clotheslines. Numerous banknotes, each with a dollar sign (\$) and a small number '5', are clipped to these lines with wooden clothespins. In the lower-left corner, there is a bucket filled with more money, including stacks of coins and folded banknotes. Some coins and banknotes are scattered on the ground around the bucket. The overall theme is the 'washing' of money.

Revista

ISSN 2007-4700

Real

MÉXICO

Número 23

julio - diciembre 2023

La estructura de la ponderación convencionalizada. Criterios para el control judicial de la prisión preventiva oficiosa

Arnulfo Daniel Mateos Durán*

*Doctor en Derecho por la Universidad
Ruprechts-Karl Heidelberg, Alemania
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2874-5288>*

RESUMEN: Este artículo pretende ofrecer posibles soluciones dentro del entramado constitucional mexicano a los problemas derivados de figuras como la prisión preventiva oficiosa y su incompatibilidad con los derechos fundamentales internacionales. Con el fin de alcanzar este objetivo, este artículo analiza y cuestiona criterios como el principio pro persona y el criterio jurisprudencial establecido por la CT 293/2011. Finalmente, se ofrecerá un modelo dogmático como base de la ponderación convencionalizada y sus efectos en la prisión preventiva oficiosa.

PALABRAS CLAVE: control de convencionalidad, ponderación, pro persona, principios formales, restricciones.

ABSTRACT: This article aims to offer possible solutions within the Mexican constitutional framework to the problems derived from concepts as the mandatory pre-trial detention and its incompatibility with international fundamental rights. To achieve this objective, this article analyzes and criticizes criteria such as the pro homine principle and the judicial precedent established by the CT 293/2011. Finally, a dogmatic model is offered as a basis for the conventionalized balancing and its effects on mandatory pre-trial detention.

KEYWORDS: control of conventionality, balancing, pro homine, formal principles, restrictions.

* Doctor en Derecho por la Universidad Ruprechts-Karl Heidelberg en Alemania. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestría en Derecho en la Universidad Ruprechts-Karl Heidelberg. Agradezco al Dr. Alejandro Nava Tovar por la revisión a este texto. Asimismo, agradezco al Prof. Martín Borowski por sus comentarios y críticas a las ideas presentadas en este trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los derechos fundamentales como derechos morales positivizados. 3. La estructura del examen de los derechos fundamentales nacionales e internacionales. 4. Los límites del principio pro persona o pro homine. 5. Los modelos dogmáticos para explicar la relación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales. 5.1. El modelo de prelación o preferencial. 5.2. El modelo del derecho fundamental híbrido. 5.3. El modelo del examen paralelo de los derechos fundamentales. 5.4. El modelo dogmático a elegir. 6. La ponderación convencionalizada. 6.1. La estructura de la ponderación entre derechos fundamentales nacionales. 6.2. La vinculación de las decisiones del legislador democrático nacional. 6.3. La vinculación de los precedentes internacionales. 6.4. La reconstrucción del margen de discrecionalidad del legislador y el efecto de la jurisprudencia internacional a través de los principios formales. 6.5. La estructura de la ponderación convencionalizada. 7. La ponderación convencionalizada en el caso de la prisión preventiva oficiosa. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. Introducción

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del caso *García Rodríguez y otros vs. México*¹ constituye un hito para el sistema constitucional mexicano debido a que el cumplimiento de este fallo exige una restructuración del sistema constitucional mexicano, ya sea a partir de una reforma constitucional o la necesaria modificación de los criterios jurisprudenciales actuales, puesto que trata una cuestión de gran relevancia para la política criminal y constitucional de la actual y las anteriores administraciones del gobierno. En otras palabras: la figura de la prisión preventiva oficiosa. Situación que dificultará los consensos políticos necesarios para llevar a cabo la necesaria reforma constitucional y que abre la puerta a otras formas de cumplimiento ofrecidas por la Constitución mexicana.

Esta sentencia es el producto de una serie de tensiones existentes entre la configuración del sistema constitucional mexicano y el sistema interamericano de derechos humanos fundado en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por un lado, la jurisprudencia de la CIDH se caracteriza por establecer criterios de cumplimiento estrictos para los Estados miembros a la Convención (Vasel, 2017: 159); por el otro, los criterios jurisprudenciales establecidos por las decisiones jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como la Contradicción de Tesis 293/2011 crean nichos de tensión y contra-

dicción entre las dos esferas de protección de los derechos fundamentales. En este sentido, los fallos de la CIDH son el producto de una contradicción respecto del alcance y efecto de los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional. Dicha tensión no se circunscribe solo a la interpretación de los derechos, sino también a las diferencias existentes en las restricciones de los derechos fundamentales previstas en los catálogos nacionales e internacionales.

No obstante, los problemas subyacentes al cumplimiento para el Estado mexicano no constituyen un fenómeno aislado en el sistema mexicano, ni en el sistema interamericano, ni mucho menos a nivel internacional. Lo anterior, porque contradicciones entre derecho nacional e internacional son situaciones que suceden en todo ordenamiento jurídico que incorpora tratados internacionales o que reconozca la aplicación directa de principios internacionales a nivel nacional. Tal tipo de contradicciones son resueltas, en la mayoría de los casos, a partir de las reglas de solución de antinomias tales como el *principio lex superior derogat legi inferiori* o *lex posterior derogat legi priori*. Sin embargo, un caso particular puede observarse en las contradicciones entre normas que protegen derechos fundamentales.

Lo anterior se debe en gran medida a las libertades y bienes jurídicos que garantizan estas normas, cuya protección es de mayor importancia para los individuos que detentan tales derechos. Aunque en los inicios del derecho internacional moderno los individuos dentro de los Estados nacionales no eran reconocidos como sujetos de derecho internacional, después de la Segunda Guerra Mundial —y debido las atrocidades

¹ CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

cometidas por los gobiernos fascistas— fue necesario el reconocimiento de su protección y el establecimiento de instrumentos jurídicos internacionales para dicho fin (Kälin/Künzli, 2019: 16; Grabenwarter/Pabel, 2021: 1). Esto se materializó con la creación de una gran cantidad de tratados y pactos internacionales para la protección de las libertades y bienes de las personas. Aunque los derechos contenidos en los tratados internacionales deberían recibir el mismo trato que otras normas del derecho internacional, muchas veces el ordenamiento nacional concede una prioridad a estas normas que no sucede con otras normas internacionales que regulan otros ámbitos.

Además, los instrumentos internacionales que cuentan con un órgano de vigilancia, ya sea un órgano internacional (como en el caso de la OMS o la OMC) o un tribunal internacional (como la Corte de Justicia Internacional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos), tienen generalmente un mayor impacto a nivel nacional a través de las decisiones que emiten, pues su efectividad es superior en comparación a otros instrumentos internacionales que no cuentan dichos órganos de vigilancia (Kälin/Künzli, 2019: 231-235). Esto es debido a que las posibles recomendaciones, decisiones o fallos de estos organismos internacionales pueden tener repercusiones políticas y económicas internacionales para los Estados; lo cual es el caso de los llamados sistemas regionales de derechos humanos, como los sistemas establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El estudio de las tensiones entre la esfera nacional e internacional de los derechos por lo general se enfoca las tensiones entre las cortes constitucionales y los tribunales internacionales. No obstante, hay una cuestión que su estudio pormenorizado puede también resultar interesante y que consiste en la exigencia del ordenamiento constitucional para todas las autoridades y operadores jurídicos de ofrecer resultados congruentes con la Constitución. ¿Qué quiere decir esto? En otras palabras, las autoridades y los jueces nacionales, al momento de aplicar los derechos fundamentales emanados de los tratados, tienen la obligación de ofrecer resultados que sean congruentes con todo el entramado jurídico que forma parte del parámetro de control de la Constitución mexicana (Mateos Durán, 2023: 259).

A primera vista se consideraría que el argumento anterior conduciría a un criterio similar al de la CT 293/2011, en el cual las restricciones de la Constitución prevalecerían sobre la protección ofrecida por los derechos contenidos en los tratados internacionales, *pero este no es el caso*. Primero, hay que recordar que, si bien los instrumentos jurídicos como la CADH tienen su origen en una fuente internacional, después de la firma y ratificación del instrumento por parte del Estado mexicano este instrumento constituye derecho nacional y debe ser aplicado por todas las autoridades y órganos del Estado. Segundo, en el caso de los tratados que contengan derechos, estos cuentan con un rango constitucional conforme al artículo 1, párr. 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); lo que diferencia su aplicación respecto de otras normas internacionales incorporadas es que cuentan con un rango supralegal, pero infraconstitucional. Tercero, la necesaria armonización de los derechos fundamentales nacionales e internacionales en casos de colisiones no carece de un sustento constitucional, pues el mismo artículo 1, párr. 1 CPEUM establece: “... cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. Dicha exigencia es solo posible al interpretarse los derechos internacionales incorporados como derechos constitucionales nacionales y, por ello, que sean susceptibles de aplicación de las herramientas de adjudicación disponibles en el ordenamiento constitucional mexicano cuando existan colisiones —en particular, el test de proporcionalidad—. ²

El criterio anterior conduce necesariamente a las siguientes preguntas: ¿en qué se diferencia el control judicial de las colisiones entre derechos nacionales e internacionales con aquel entre los derechos originarios³ de la Constitución? ¿Pueden resolverse tales colisiones con el “principio *pro persona*”? ¿Existe algún modelo dogmático que pueda explicar la relación entre derechos nacionales e internacionales y sobre todo armonizar las restricciones? ¿Son estas colisiones susceptibles de ser resueltas con el test de pro-

² En este sentido, cuando hablamos de parámetro constitucional nos referimos a todos los derechos y bienes jurídicos con rango jurídico, incluidos los derechos fundamentales internacionales.

³ El uso del concepto “originario” en esta pregunta es solamente para diferenciar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución respecto de aquellos contenidos en los catálogos internacionales.

porcionalidad, en especial, la grada de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación? ¿Existe una ponderación convencionalizada? ¿Qué papel juega el legislador nacional dentro de esta ponderación? ¿Qué efecto tiene la jurisprudencia internacional dentro esta ponderación?

El objetivo de este trabajo consiste en explicar a grandes rasgos un primer acercamiento para la solución de las posibles colisiones entre los derechos fundamentales de la Constitución con los derechos contenidos en otros tratados internacionales, en particular, los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Todo esto, con la finalidad de ofrecer una respuesta a fallos como la sentencia *García Rodríguez y otros vs. México* con base en el entramado constitucional actual. Independientemente de si el fallo de la CIDH conduce a una posterior reforma y derogación de la “prisión preventiva oficiosa”, es ineludible la existencia de contradicciones entre derechos fundamentales dentro de los textos de los catálogos de derechos y en la jurisprudencia nacional o internacional.

Es así que el presente estudio tendrá la siguiente estructura. 1. Comenzará con una posible explicación sobre por qué existen diferencias entre la esfera nacional e internacional al momento de positivizar e interpretar los mismos derechos. 2. Se establecerán las bases del examen de control de constitucionalidad para abordar las colisiones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales. 3. Se analizarán los límites del principio *pro persona* y por qué es una herramienta inadecuada para la solución de colisiones entre derechos fundamentales. 4. Se ofrecerán diversos modelos dogmáticos y se elegirá uno como base para la ponderación. 5. Se analizará la estructura de la ponderación entre derechos nacionales. VI. Se delinearán las características de la ponderación convencionalizada. VI. Finalmente, se ofrecerán criterios de solución para los problemas derivados de la prisión preventiva oficiosa.

2. Los derechos fundamentales como derechos morales positivizados

Una primera cuestión que debe ser resuelta es explicar por qué existen diferencias entre los derechos protegidos a nivel nacional e internacional. Se podría argumentar que los culpables son los órganos de control

judicial nacional e internacional, los cuales interpretan de manera distinta los mismos derechos. No obstante, es posible ver diferencias dentro los catálogos no solo en el listado de derechos que protegen, sino también en las restricciones constitucionales que limitan el disfrute de ciertos derechos; por ejemplo, la prohibición al voto pasivo de los ministros de culto contenida en el artículo 130 inciso d) CPEUM y que es un rasgo de la estricta separación entre el Estado e Iglesia que caracteriza al sistema constitucional mexicano. Una posible explicación a esta cuestión la ofrece la teoría de la transformación de los derechos humanos —como derechos morales— en derechos fundamentales postulada por Robert Alexy (1998). Conforme a esta teoría, los derechos humanos son derechos morales. Como derechos morales, estos son válidos *por sí mismos*, lo que implica que la validez de estas normas no requiere de los criterios de eficacia social y correcta institucionalización (Borowski, 2022: 371-372). Los derechos humanos cuentan con las siguientes características: 1) son derechos morales; 2) son derechos universales respecto a sus portadores y destinatarios; 3) protegen bienes fundamentales; 4) tienen prioridad respecto del derecho, y 5) poseen un alto nivel de abstracción (Borowski, 2022: 375-379). Los derechos humanos como derechos morales presentan de problemas en cuanto a su implementación puesto que, al ser todos los individuos portadores y destinatarios de estos, por su carácter *erga omnes*, tienen una baja efectividad (Borowski, 2022: 373).

De acuerdo con la teoría de la transformación, los derechos humanos exigen moralmente una efectiva protección, por lo que es necesaria su transformación en derecho positivo (Borowski, 2019: 27). Los derechos humanos, como derechos morales, al ser transformados en derecho positivo reciben el nombre de “derechos fundamentales”. Los derechos fundamentales cuentan con las siguientes características: 1) son derechos jurídicos; 2) son derechos frente al Estado; 3) son derechos individuales; 4) protegen bienes fundamentales; 5) tienen prioridad dentro del ordenamiento jurídico; 6) son derechos abstractos (Borowski, 2019: 30-34). A diferencia de los derechos humanos, los derechos fundamentales garantizan pretensiones y posiciones jurídicas a sus portadores, las cuales son oponibles al Estado a través de los órganos jurisdiccionales. A diferencia de los derechos humanos, los derechos fundamentales cuentan con la

coacción del Estado para su efectiva implementación. Los derechos fundamentales poseen generalmente prioridad frente a otras normas del ordenamiento jurídico, lo que se refleja comúnmente en su rango constitucional. No obstante, ciertos rasgos prevalecen de su carácter originario como derechos humanos, tales como su fundamentalidad y abstracción; sin embargo, estas características ya no pueden ser abordadas desde un ámbito moral, sino desde el derecho. En este sentido, los derechos fundamentales como normas jurídicas están sometidos a todas las herramientas de interpretación y aplicación del derecho positivo.

Gracias a la teoría de la transformación se puede explicar por qué existen diferentes intentos de positivización del mismo derecho moral (Mateos Durán, 2023: 101-102). La transformación de los derechos humanos puede tener lugar a nivel nacional, internacional y supranacional. Esto quiere decir que a nivel nacional e internacional existen intentos de transformar el mismo derecho moral —por ejemplo, la libertad de expresión— en derecho positivo, lo que da origen a diferencias en el contenido de las dos normas que protegen el mismo derecho humano (Borowski, 2022: 375). Si bien pueden existir transformaciones que se consideren mejor que otras, una transformación deficiente no crea una relación de prelación respecto de otros intentos de transformación.⁴

Asimismo, esta teoría justifica el carácter moral intrínseco de los derechos fundamentales, el cual se funda en la dimensión del peso y abre la puerta a su ponderación en casos de colisión. La dimensión del peso tiene importantes repercusiones para el caso objeto de estudio de este trabajo. Algunos ordenamientos jurídicos pueden otorgar un mayor peso a otros derechos dentro del *orden objetivo de valores*⁵ que establece la Constitución o el tratado internacional. Esta importancia también se materializa en las restricciones que cada catálogo de derechos dispone para ciertos derechos. Por ejemplo, la mencionada prohibición al voto pasivo de los ministros de culto (conforme a art. 130 inciso d CPEUM) es producto de la moral positivizada en la Constitución mexicana. El peso otorgado a ciertos derechos y sus restricciones juegan un pa-

pel importante al momento de colisionar los derechos fundamentales nacionales e internacionales.

Con el fin de evitar confusiones con el concepto de “derecho humano” típicamente empleado para denominar a los derechos contenidos en los tratados internacionales, se empleará en adelante el concepto de “derecho fundamental internacional”. El uso de esta denominación atiende al hecho de que entre los derechos positivizados a nivel nacional e internacional no existen diferencias estructurales, sino solamente se diferencian en su fuente; por lo que se puede hablar de derechos fundamentales nacionales, internacionales y supranacionales (Borowski, 2022: 375).

3. La estructura del examen de los derechos fundamentales nacionales e internacionales

Al reconocerse que los derechos fundamentales nacionales e internacionales cuentan con la misma estructura y su única diferencia radica en la fuente en donde se llevó a cabo su transformación en derecho, es entonces posible establecer un examen de constitucionalidad aplicable a los dos. Por esta razón, en este trabajo se empleará el esquema de Intervención-Restricción para el estudio de la constitucionalidad de una norma o acto de autoridad.⁶ Este examen parte de la idea de que existe una diferencia entre lo que protege *prima facie* un derecho respecto de las razones que justifican su restricción.⁷ Este examen de control de la constitucionalidad cuenta con la ventaja de incorporar de manera adecuada el test de proporcionalidad como último eslabón de la etapa final. Este examen se divide generalmente en tres etapas: ámbito de protección, intervención y justificación constitucional.

Cada una de estas etapas tiene por finalidad revisar el caso concreto a luz de los derechos fundamentales en la Constitución. De este modo, en cada etapa se realiza una pregunta. En caso de que la respuesta sea afirmativa, se sigue con la siguiente etapa; si no, se da por concluido el examen y se declara la constitucionalidad de la ley o acto de autoridad. La racionalidad detrás de este examen consiste en que, aunque la Constitución ofrezca una protección *prima facie* a un derecho o una situación jurídica del afectado, la lesión ocasionada por la ley o el acto de autoridad pue-

⁴ En palabras de Martin Borowski: “Los derechos fundamentales son intentos de transformar los derechos humanos en derecho, pero estos no pierden su carácter como derechos fundamentales si tal intento falla” (Borowski, 2022: 375).

⁵ Sobre el concepto de *orden objetivo de valores*, véase, Mora-Sifuentes, 2021: 216-225.

⁶ Un desarrollo exhaustivo del esquema Intervención-Restricción puede verse en Borowski, 2022: 81-126.

⁷ Relativo a las teorías externas e internas de los derechos fundamentales, véase, Mateos Durán, 2019: 281-292.

La estructura de la ponderación convencionalizada. Criterios para el control judicial de la prisión preventiva oficiosa

de tener una justificación constitucional (restricción). A continuación, se describirá cada una de las etapas:

- a. **Ámbito de protección.** Por ámbito de protección se entiende lo que el derecho fundamental protege *prima facie*. En esta etapa se realizan las preguntas ¿quién? y ¿respecto a qué?, es decir, quién es el titular del derecho fundamental afectado y qué es lo que protege dicho derecho (Borowski, 2022: 82-90). La primera pregunta se refiere al ámbito de protección personal, mientras la segunda al ámbito de protección material.
- b. **Intervención.** Por intervención se refiere a la afectación o lesión ocasionada por la norma o acto de autoridad al derecho fundamental en cuestión. En esta etapa se comprueba si existe una afectación fáctica a los bienes o situaciones jurídicas protegidas por el derecho, o bien, dependiendo del sistema jurídico en cuestión, si la afectación cumple con ciertos requisitos para ser considerado como una intervención al derecho constitucional (Borowski, 2022: 90-91). Un elemento importante de la intervención recae en la intensidad de la lesión, es decir, entre mayor sea el grado de afectación al derecho fundamental del titular, mayor debe ser la justificación por parte del Estado y la certidumbre de la consecución del fin legítimo perseguido por la ley o acto de autoridad (Mateos Durán, 2021: 158-160). En este sentido, las afectaciones graves a los derechos fundamentales requieren una justificación, incluso cuando la intervención esté justificada por una reserva de ley.
- c. **Justificación constitucional (restricciones).** Cada afectación o lesión a los derechos fundamentales debe tener una justificación constitucional. Por restricción se entiende aquellas razones o justificaciones que niegan la protección constitucional a situaciones o bienes que son protegidos *prima facie* por el derecho en cuestión (Mateos Durán, 2020: 90). Las restricciones a los derechos fundamentales solo son posibles a través de normas constitucionales o normas secundarias que tengan un sustento constitucional. Aunque no existe una clasificación exhaustiva de las restricciones, generalmente las restricciones a los derechos

fundamentales están justificadas a través de una reserva de ley —que faculta al legislador a establecer un límite a ciertos derechos— o por la colisión con otros derechos o bienes constitucionales a través del test de proporcionalidad (Borowski, 2022: 94-100). En esta etapa del examen se realiza el test de proporcionalidad, ya que es aquí donde se examina si el legislador, al limitar el derecho fundamental a través de la ley buscó perseguir un fin legítimo que no estuviera prohibido por la Constitución y si el medio para alcanzar ese fin —a través de la restricción del derecho fundamental— es proporcional con el sistema constitucional.

- d. El esquema de Intervención-Restricción en el sistema constitucional mexicano. El esquema de Intervención-Restricción tiene su origen en el sistema constitucional alemán; por esta razón, este esquema es ideal para aplicar el test de proporcionalidad, con sus tres gradas, en la etapa de la justificación constitucional. Sin embargo, surge la pregunta de si este modelo es adecuado dentro del sistema jurídico mexicano. El test de proporcionalidad ha logrado encontrar un lugar dentro de la jurisprudencia del TEPJF y de la SCJN. En este punto vale pena dar un vistazo a la tesis de la primera sala de la SCJN 1^a. CCLXIII/2016 (10a):

El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas *prima facie* o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección *prima facie* del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional.⁸

⁸ Tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915.



Lo anterior es, a grandes rasgos, una descripción del esquema Intervención-R restricción antes analizado. Por esta razón puede afirmarse que este esquema ya está presente en el sistema constitucional mexicano. De este modo, dicho examen es susceptible de ser aplicado a todos los derechos fundamentales de la Constitución, incluso a los derechos contenidos en los tratados internacionales con rango constitucional. Sin embargo, en este punto es necesario subrayar que, aunque los derechos fundamentales internacionales cuentan con la misma estructura que los derechos nacionales, el que estos derechos tengan una fuente distinta ocasiona que su redacción e incluso la interpretación de los tribunales internacionales y nacionales sea diferente. Como ya se mencionó, al ser los derechos fundamentales un intento de la transformación de derechos humanos en derecho positivo, cada catálogo de derechos fundamentales puede presentar diferencias. Lo anterior es problemático cuando normas que regulan el mismo derecho presentan incongruencias respecto de lo que protegen o de sus restricciones, y mucho más complejo es el caso en el que dos derechos entran en colisión y detrás de estos dos derechos existe una variedad de normas aplicables de distintos catálogos.

De este modo, antes de emplear el esquema de Intervención-R restricción a los derechos fundamentales nacionales e internacionales debemos encontrar una regla que dé solución a las antinomias en el sistema constitucional mexicano o elegir un modelo dogmático que permita explicar la dinámica entre las distintas normas de derechos fundamentales nacionales e internacionales. Dicha solución tiene que ser aplicable a cualquier caso que deba ser resuelto por los operadores jurídicos.

4. Los límites del principio *pro persona* o *pro homine*

La relación entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales es compleja a nivel internacional. Dicha complejidad es incluso mayor a nivel nacional, puesto que los operadores jurídicos y órganos del Estado están obligados a aplicar los derechos fundamentales internacionales incorporados al sistema jurídico nacional. Para estos, existe una exigencia constitucional de ofrecer resultados conforme a la Constitución, al momento de aplicar todo tipo de

derechos fundamentales. En la medida que la Constitución no contenga una regla para resolver las antinomias entre derechos nacionales e internacionales, se presume que los jueces y autoridades nacionales deben buscar armonizar las relaciones entre normas con un mismo rango, pero de diferente fuente.

Muchas veces se ha citado el principio *pro persona* o *pro homine* como una posible regla para solucionar las antinomias ocasionadas por las diferencias entre derechos fundamentales nacionales e internacionales. Este principio está reconocido en el artículo 1, párr. 2 de la CPEUM. De acuerdo con este principio, se debe elegir la interpretación que ofrezca mayor protección o sea la más benéfica de todas las disponibles. Dicho principio supondría que en el caso de existir una contradicción entre el derecho fundamental nacional e internacional se debe elegir aquella norma que ofrezca la mayor protección. Este principio tendría como finalidad resolver las situaciones en donde dos normas concurrentes —en este caso, un derecho fundamental nacional y uno internacional— protejan el mismo derecho. No obstante, en este apartado se demostrará que, incluso en los casos de concurrencia entre derechos fundamentales nacionales e internacionales, este principio no logra resolver las complejas tensiones derivadas de estos dos intentos de transformación de un derecho moral.

El primer problema del principio *pro persona* lo encontramos en los casos de colisión entre dos derechos fundamentales distintos. En estos casos, tenemos dos derechos que son aplicables al caso concreto, en el cual la satisfacción de uno implica necesariamente la inaplicación del otro (Alexy, 1994: 79 y ss.). En esta relación la optimización de la protección de uno de los derechos conduce al menoscabo de otro, es decir, un “más” en la protección de un derecho se traduce en un “menos” en la protección de otro (Mückl, 2005).⁹ Lo anterior es solamente para describir el límite general del principio *pro persona* en las situaciones de colisión entre derechos. Sin embargo, la situación se vuelve más compleja cuando entran en escena los derechos fundamentales internacionales (Grabewarter, 2002: 1141; Lübbe Wolff, 2010: 196). En estos casos puede darse la situación de que el producto de la ponderación realizada a partir del parámetro de la Constitución sea distinto al realizado a partir del

⁹ Véase también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 128, 326 (p. 371).

tratado internacional. En otras palabras, la protección ofrecida para el derecho *A* en el sistema constitucional nacional es mayor que la protección internacional y, por ende, congruente con el principio *pro persona*; pero la protección ofrecida por el parámetro convencional para el derecho *B* es mayor que la nacional, por lo que tendría que elegirse sobre la nacional. En una situación de colisión entre *A* y *B*, el principio *pro persona* no puede resolver esta antinomia. Esta situación es descrita a continuación Martin Borowski:

Por ejemplo, puede existir una colisión entre la libertad de expresión, por un lado (derecho constitucional 1), y el derecho a la privacidad (derecho constitucional 2), por el otro. Primero, asumamos que, en el marco de los derechos constitucionales, la libertad de expresión tiene prelación respecto del derecho a la privacidad. En el nivel de protección internacional de los derechos fundamentales incorporados también existe una colisión entre la libertad de expresión (derecho fundamental internacional incorporado 1) y el derecho a la privacidad (derecho internacional incorporado 2). Segundo, supongamos aun más, que en este marco el derecho a la privacidad tiene prelación respecto de la libertad de expresión. En tales casos existe una genuina colisión entre los dos niveles —ambos niveles disponen un resultado diferente en el mismo caso—. No se puede decir que un nivel de protección garantiza más protección o una “mayor protección”, comparado con el otro —ambos ofrecen diferentes formas de protección—. (Borowski, 2018b: 385. Trad. Libre)

Las colisiones entre derechos fundamentales no constituyen el único límite del principio *pro persona*, ya que en los casos de concurrencia entre derechos fundamentales nacionales e internacionales tampoco el principio *pro persona* ofrece alguna solución a los problemas intrínsecos derivados de estos casos. Lo anterior se puede explicar si seguimos la estructura del esquema de Intervención-Restricción. Por ejemplo, en las etapas de ámbito de protección e intervención el principio *pro persona* no tendría ningún problema. El emplear el principio *pro persona* implicaría ampliar el ámbito personal y material del derecho fundamental, mientras que se reducirían los criterios para calificar una norma o acto de autoridad como una intervención al derecho. El verdadero reto lo encontramos en la etapa de la justificación constitucional,

es decir, las restricciones. Podría considerarse que eliminar las restricciones conforme al principio *pro persona* daría como resultado el optimizar la protección del derecho en cuestión. Sin embargo, detrás de varias restricciones constitucionales existen derechos y bienes de rango constitucional que están protegidos por dichas restricciones —recordemos el principio del Estado laico detrás de la restricción al voto pasivo de los ministros de culto o las restricciones a libertad de expresión contenidas en el artículo 6, párr. 1 de la CPEUM—, por lo que eliminar la restricción representaría un menoscabo para estos principios con rango constitucional, situación que es similar a la sucedida con la colisión entre derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 252).

Por estas razones, el principio *pro persona* no es una herramienta adecuada para resolver las tensiones y contradicciones entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales. Por consiguiente, es necesario desarrollar modelos dogmáticos que puedan ofrecer una solución a las tensiones y contradicciones entre derechos fundamentales de distinta fuente.

5. Los modelos dogmáticos para explicar la relación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales

La Constitución mexicana no ofrece en sus disposiciones una regla de solución de antinomias que pueda resolver las contradicciones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales, y el principio *pro persona* tampoco representa una solución. Debido a esto, es necesario desarrollar modelos dogmáticos que permitan explicar la relación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales.

Es así que, a continuación, se presentarán tres modelos dogmáticos que tienen por finalidad explicar la forma en la cual los derechos de distinta fuente pueden ser aplicados dentro del ordenamiento constitucional nacional.¹⁰ En el marco de este trabajo no

¹⁰ Estos modelos dogmáticos fueron desarrollados a partir del estudio de cuatro ordenamientos constitucionales —Alemania, Austria, México y Suiza—, en los cuáles para su elección se consideraron los siguientes criterios: 1) el sistema jurídico ha incorporado derechos fundamentales internacionales; 2) los derechos fundamentales internacionales incorporados son parámetro de control de los actos del gobierno; 3) el ordenamiento jurídico permite el uso del test de proporcionalidad como una herramienta para resolver las colisiones entre derechos fundamentales; 5) el sistema jurídico reconoce la vinculación de la sentencias emanadas de un tribunal

es posible desarrollar de manera completa cada uno de los siguientes modelos, sin embargo, se describirán las características esenciales de cada uno.¹¹ Cada modelo tiene por objetivo resolver las situaciones de contradicción entre la esferas de protección nacional e internacional. Si bien los modelos a continuación pretenden resolver los problemas a nivel nacional, no se descarta que estos modelos sean aplicados por los tribunales internacionales, solamente que la fuerza vinculatoria de la Constitución nacional sería más débil, puesto que el único parámetro de control del tribunal internacional constituiría el tratado internacional correspondiente —en el caso de los tribunales internacionales regionales, la CADH y el CEDH—. ¹²

Los modelos dogmáticos para explicar la relación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales son los siguientes: a) el modelo de prelación o preferencial; b) el modelo del derecho fundamental híbrido, y c) el modelo del examen paralelo de derechos fundamentales. Cada uno de estos modelos tiene una forma particular de abordar el problema de las contradicciones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales. Asimismo, cada uno presenta ventajas y desventajas, pues cada cual hace énfasis en un aspecto relativo al estudio de los derechos fundamentales. De estos tres modelos se elegirá uno como base para aplicarlo al sistema constitucional mexicano.

5.1 El modelo de prelación o preferencial

En este modelo dogmático se establece una regla de prelación o preferencia respecto de una de las esferas de protección de los derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 246-247). Esto quiere decir que en el caso de una contradicción entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales, en cualquier etapa del examen de Intervención-Restricción, se dará prioridad a la esfera de protección elegida, sea la

internacional de derechos humanos, y 6) el sistema jurídico cuenta con una forma de gobierno democrática en la cual el legislador puede justificar restricciones a los derechos fundamentales a través de la ley. En qué medida estos modelos son aplicables a otros ordenamientos jurídicos depende de si cumplen con los criterios antes señalados en cierto grado. Sobre estos criterios y el estudio de estos ordenamientos jurídicos véase, Mateos Durán, 2023: 172-223.

¹¹ Un desarrollo completo de estos modelos puede encontrarse en Mateos Durán, 2023: 244-271.

¹² Esta situación es distinta a nivel nacional, puesto que la incorporación del tratado internacional al sistema jurídico vuelve a todas las disposiciones del tratado derecho vinculante para todas las autoridades y órganos del Estado.

nacional o la internacional. Sin embargo, en las etapas de ámbito de protección y de intervención, estas contradicciones suceden de manera menos frecuente, porque el efecto de los derechos internacionales incorporados al sistema nacional tiende generalmente a ampliar el ámbito de protección y disminuir los criterios para considerar un acto estatal como lesión a los derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 247). El verdadero problema surge al momento de justificar las restricciones a los derechos fundamentales —etapa de la justificación constitucional— fundadas en distintos catálogos de derechos fundamentales. Este modelo tiene por objetivo evitar en gran medida las contradicciones dentro del sistema constitucional nacional, pues al elegirse una de las dos esferas como la prioritaria, se evitan las contradicciones dentro del sistema jurídico. De ese modo, tal modelo busca *proteger la unidad de todo el sistema jurídico*. Este modelo presenta dos variantes: el modelo de prelación estricto y el modelo de prelación relativo.

5.1.2 El modelo de prelación estricta

De acuerdo con esta variante, la prioridad o preferencia es absoluta, lo que implica que al momento de presentarse una contradicción en alguna etapa del esquema de Intervención-Restricción, se dará prioridad a la esfera de protección elegida, sea la nacional o la internacional (Mateos Durán, 2023: 248). Esta variante del modelo de prelación o preferencial es similar al criterio sustentado por la SCJN en la CT 293/2011, al otorgar superioridad a las restricciones contenidas en la Constitución respecto de los tratados, establece una regla de prioridad en la etapa de las restricciones. Como se mencionó anteriormente, la etapa de las restricciones constituye el principal problema derivado de aplicar derechos fundamentales nacionales e internacionales.

5.1.3 El modelo de prelación relativa

Conforme a esta variante del modelo la prelación, la prioridad de alguna de las dos esferas de protección, nacional e internacional, tendrá lugar cuando se cumplan ciertos requisitos (Mateos Durán, 2023: 249). Es aquí cuando surge la cuestión respecto a cuáles requisitos justificarían dicha prioridad. En tanto la Constitución no establezca una regla de solución de antino-

mias entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales, y debido al rango constitucional de todos los derechos fundamentales nacionales e internacionales, la única justificación posible es través de una ponderación (dentro del test de proporcionalidad).

5.1.3 Las desventajas del modelo de prelación o preferencial

El principal problema de este modelo se encuentra en la justificación misma de la prioridad de una de las dos esferas. En la medida que la Constitución no establezca una regla de solución de antinomias, cualquier restricción a los derechos fundamentales, sin un sustento constitucional o al menos con un rango constitucional, es inviable. Este problema es más aparente en la variante estricta —y, sobre todo, para los derechos fundamentales internacionales con rango constitucional—. Por un lado, si se elige otorgar prioridad a las restricciones nacionales sin un sustento constitucional, se termina convirtiendo a los derechos fundamentales incorporados en normas constitucionales de segunda clase; por el otro, criterios como el establecido por la CT 293/2011 conducirían frecuentemente a tensiones con la esfera internacional, debido a la inaplicación automática de la protección contenida de los tratados internacionales de derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 248-249). Por su parte, otorgar prioridad absoluta a los tratados internacionales de derechos fundamentales, sin una justificación constitucional, tendría como consecuencia que la Constitución pierda su supremacía dentro del ordenamiento nacional. Respecto a la variante relativa, el problema se encontraría en las características de la ponderación, pues supondría la necesidad de realizar una metaponderación de las dos esferas de protección, lo que acercaría a esta variante al modelo del examen paralelo de derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 249).

5.2 El modelo del derecho fundamental híbrido

En el modelo del derecho fundamental híbrido se crea un derecho “híbrido” a partir de todos los intentos de transformación del mismo derecho humano. En este sentido, a partir del “amalgamiento” de las diferentes normas nacionales e internacionales que regulen

el mismo derecho, se crea un derecho fundamental único (híbrido) que servirá de parámetro de control de la norma o acto de autoridad sujeta a control constitucional (Mateos Durán, 2023: 253). Este modelo tiene por objetivo establecer *la protección más amplia posible* ofrecida por los catálogos de fuente nacional e internacional dentro del ordenamiento constitucional (Mateos Durán, 2023: 254). Esto quiere decir que en la construcción del derecho se observarán todos los criterios ofrecidos por los derechos fundamentales nacionales e internacionales. A diferencia del principio *pro persona*, en el derecho fundamental híbrido se considerarán todas las restricciones o razones de restricción contenidas en los diferentes intentos de transformación como parte del derecho híbrido (Mateos Durán, 2023: 258-259). Sin embargo, como se verá más adelante, este derecho híbrido es congruente con el principio *pro persona* debido a que en la construcción de este derecho híbrido es necesario adoptar una teoría del supuesto de hecho amplio,¹³ lo que quiere decir que se ampliarán los parámetros del derecho fundamental en cuestión a partir de las normas y jurisprudencias aplicables.¹⁴ La hibridación/amalgamiento tiene lugar en cada una de las etapas del examen de Intervención-R restricción. Aunque este modelo tiene mayor sentido en los sistemas jurídicos nacionales en donde los derechos fundamentales internacionales tienen el mismo rango que los derechos constitucionales, esto no implica que no pueda aplicarse a otros sistemas que otorguen a los derechos fundamentales incorporados un rango inferior a la Constitución,¹⁵ en estos casos, el peso de las razones a favor y en contra de la aplicación de un derecho, dentro de la ponderación será afectado por el rango de la norma. En el marco de este trabajo no es posible describir todas las características de este modelo, pero se delinearán los elementos esenciales que pueden ser aplicados al sistema constitucional mexicano.

¹³ Relativo a la teoría del supuesto de hecho amplio, véase Alexy, 290-299; Borowski, 2022, 92-93.

¹⁴ La construcción del derecho fundamental híbrido considerará la jurisprudencia nacional e internacional del derecho en cuestión, pero su verdadero peso se estudiará en la etapa de las restricciones (justificación).

¹⁵ Por ejemplo, el sistema constitucional alemán en el cual los tratados internacionales —incluido el CEDH— tienen el rango de normas parlamentarias (Grabenwarter/Pabel, 2021: 20).

5.2.1 El ámbito de protección del derecho fundamental híbrido

Como ya se mencionó, el ámbito de protección del derecho fundamental híbrido se construirá a partir de los derechos fundamentales nacionales e internacionales correspondientes. Conforme a la teoría del supuesto de hecho amplio, la construcción del ámbito de protección personal y material tomará como parámetro la mayor protección ofrecida por los diferentes derechos fundamentales que garantizan el derecho humano. En el caso del ámbito de protección personal, se considerará la protección más amplia posible de los requisitos para ser portador del derecho en cuestión. Es decir, se elegirá la norma que establezca menores requisitos para ser portador del derecho o que amplíe el número de portadores.¹⁶ Del mismo modo, para el ámbito de protección material se considerará como parte de la protección el contenido más amplio ofrecido por los derechos fundamentales nacionales e internacionales. La ampliación del ámbito de protección y material no implica que la protección constitucional sea definitiva, ya que pueden existir razones que justifiquen que la protección *prima facie* ofrecida por los derechos fundamentales nacionales e internacionales tenga que ceder frente a otras razones.

5.2.2 Las intervenciones en el derecho fundamental híbrido

Al preferirse la teoría del supuesto de hecho amplio en el modelo del derecho fundamental híbrido —al igual que en el ámbito de protección— produce como consecuencia que para la calificación de un norma o acto de autoridad como una “intervención” o “lesión” se tendrán en cuenta como criterios de calificación los elementos ofrecidos por la norma con menores requisitos (Mateos Durán, 2023: 257-258). Al igual que en el esquema Intervención-Restricción de los derechos

fundamentales nacionales (Mateos Durán, 2020: 169-170), la intensidad de la intervención al derecho fundamental híbrido será importante durante la ponderación de este derecho frente a otros derechos o bienes constitucionales.

5.2.3 La justificación de las restricciones del derecho fundamental híbrido

En esta etapa existen diferentes factores que pueden afectar el peso de las razones que justifican la restricción de un derecho fundamental híbrido. Como primer paso, adoptar la teoría del supuesto de hecho amplio en las dos etapas pasadas implica que las restricciones del derecho fundamental híbrido deben entenderse de manera amplia.¹⁷ En este sentido, se considerarán como restricciones al derecho fundamental híbrido todas aquellas limitantes establecidas en el contenido normativo de los derechos fundamentales nacionales e internacionales que dan origen al derecho fundamental híbrido, así como otros derechos —incluidos otros derechos fundamentales híbridos— o bienes constitucionales en colisión (Mateos Durán, 2023: 260).

Esta consideración amplia de las restricciones tiene efectos importantes en los sistemas jurídicos en donde los derechos fundamentales internacionales tienen rango constitucional, porque la incorporación de los derechos fundamentales internacionales a la Constitución conduce necesariamente a una relativización de las restricciones absolutas (Mateos Durán, 2023: 260).¹⁸ Al incorporarse derechos fundamentales internacionales a la Constitución sin establecer una regla de solución de antinomias en los casos de colisión, se presume que el constituyente exige la observancia de todos los derechos fundamentales —nacionales e internacionales— y bienes de rango constitucional

¹⁶ Aquí hay que señalar que tal vez un derecho fundamental reduce el número de portadores a un criterio específico —supongamos, para “nacionales del país” o “ciudadanos”—, mientras que otro derecho fundamental aplicable dispone que el disfrute corresponde a todas las personas. En esta situación, se elegirá para la construcción del derecho fundamental híbrido el derecho con el criterio más amplio de portadores. No obstante, las razones que justifican el criterio más estrecho —“ciudadanía”, “nacionalidad”, “ministro de culto”, etc.— serán razones durante la etapa de las restricciones para negar la protección *prima facie* ofrecida por el derecho fundamental híbrido.

¹⁷ Esta situación es explicada por Martin Borowski: “Un supuesto de hecho amplio no es adecuado para un entendimiento estrecho de la justificación constitucional, porque esto da prioridad a los intereses de los derechos fundamentales frente a razones legítimas de restricción. Un supuesto de hecho estrecho con un amplio entendimiento de la justificación constitucional, por el contrario, da prioridad a las razones de restricción frente a los intereses de los derechos fundamentales. Por ello, es solamente plausible, el interpretar ambas de manera estrecha o de manera amplia” (Borowski, 2022: 92).

¹⁸ Este criterio no implica que en ordenamientos jurídicos en los que los derechos fundamentales internacionales no cuenten con rango constitucional no suceda un debilitamiento de la regla de antinomia *lex superior*, véase, Kunz, 2020, 189.

(Mateos Durán, 2023: 260). En este sentido, para los operadores jurídicos existe una exigencia constitucional de armonizar las disposiciones constitucionales —incluidos los derechos fundamentales internacionales con rango constitucional—. Por esta razón, las restricciones contenidas en la Constitución y en los catálogos de derechos fundamentales incorporados pueden ceder ante razones de rango constitucional a través del test de proporcionalidad (Mateos Durán, 2023: 260-261). Lo anterior no implica que las restricciones absolutas pierdan la fuerza que el constituyente les otorgó, ya que, dentro de la ponderación frente a otros derechos y bienes constitucionales, la fuerte protección dispuesta por la Constitución se materializa en un importante peso dentro de la ponderación; lo que conlleva una gran carga argumentativa a fin de justificar la inaplicación de la restricción absoluta (Mateos Durán, 2023: 260).

5.2.4 Las desventajas del modelo del derecho fundamental híbrido

El modelo del derecho fundamental híbrido ofrece interesantes oportunidades, al considerar todas las razones a favor y en contra de la protección de un derecho dentro del ordenamiento jurídico. Un problema importante de este modelo se encuentra en la posibilidad de reducir el papel del legislador nacional con el aumento de la intensidad del control jurisdiccional. La relativización de las restricciones absolutas puede materializarse en un aumento del parámetro de control constitucional del juez de control, lo que podría reducir el margen de discrecionalidad del legislador democrático con un control jurisdiccional intenso. Sin embargo, esto puede solucionarse al incorporarse principios formales dentro de la ponderación. Gracias a los principios formales, se puede considerar dentro de la ponderación no solo la voluntad del legislador, sino también la influencia y los efectos de la jurisprudencia internacional. No obstante, la incorporación de estos principios exige un replanteamiento de la ponderación a nivel nacional.

5.3 El modelo del examen paralelo de los derechos fundamentales

En este modelo se realizan exámenes paralelos de control, cada uno a partir de los parámetros existentes en la esfera nacional e internacional de los derechos

fundamentales —es decir, de manera paralela un examen de control de constitucionalidad y uno de convencionalidad— (Mateos Durán, 2023: 266).¹⁹ De esta forma, se analiza de manera paralela el caso concreto a partir de las normas y la jurisprudencia ofrecidas por cada esfera de protección y a partir de estos exámenes paralelos se obtienen resultados conforme a los criterios establecidos por estas. El resultado de los exámenes paralelos puede conducir a dos situaciones. En la primera, los dos exámenes llegan al mismo resultado; en otras palabras, la norma o acto de autoridad sujeta a control es inconstitucional e inconvencional, o, dado el caso, la norma o acto de autoridad es constitucional y convencional. En estos resultados, la validez o invalidez de la norma es justificada por las dos esferas de protección. En el segundo caso, los resultados de los dos exámenes son contradictorios, en otras palabras, la norma o acto de autoridad es constitucional, pero inconvencional, o viceversa. En esta situación, se realiza una ponderación de las dos esferas de protección para determinar cuál resultado debe prevalecer en casos futuros con las mismas características del caso concreto. En esta ponderación, se presentan los argumentos a favor o en contra de dar prelación en el caso concreto a una de las dos esferas de protección, es decir, se realiza una metaponderación de los resultados contradictorios (Mateos Durán, 2023: 267-268).²⁰

El modelo del examen paralelo tiene como objetivo evitar las posibles contradicciones existentes entre las esferas de protección —nacional, internacional y supranacional— aplicables en el sistema jurídico (Mateos Durán, 2023: 267). Los exámenes de control siguen las etapas del esquema de Intervención-Restricción y cada etapa se estudia de manera paralela conforme a la Constitución o el catálogo internacional de derechos fundamentales aplicable —por ejemplo, la CADH—. En este sentido, el resultado de cada examen puede ser el producto de la ponderación del derecho afectado frente a otro derecho dentro de la esfera de protección en cuestión (Mateos Durán, 2023: 270). Este modelo evita en gran medida que las incongruencias existentes entre los diferentes derechos fundamentales nacionales e internacionales afecten el

¹⁹ En el caso de los derechos fundamentales supranacionales, el número puede ser de tres, es decir, un examen para cada esfera de protección aplicable —nacional, internacional y supranacional—.

²⁰ Este modelo tiene una gran similitud con el modelo de principios formales propuesto por Jan Sieckmann. Sobre este modelo, véase, Sieckmann, 2018, 203 y ss.

examen de control y, además, subraya las semejanzas y diferencias entre las dos esferas de protección.

Los retos dentro de este modelo son variados y no pueden ser desarrollados en este espacio.²¹ No obstante, una crítica importante a este modelo se encuentra en las características de la metaponderación de las dos esferas de protección. Si en la metaponderación solamente se utilizan argumentos relativos a la competencia y legitimidad del control jurisdiccional de las dos esferas de protección, entonces, se dejaría de lado la afectación al derecho fundamental —nacional o internacional— en cuestión. Esto tendría consecuencias importantes porque se daría más importancia a cuál de las dos jurisdicciones le corresponde la última palabra, en lugar de enfocarse en cuál esfera de protección ofrece la mayor protección en el caso concreto. Sin embargo, si la afectación al derecho fundamental —como un criterio material— es parte de la ponderación entre las dos esferas de protección, entonces, los exámenes paralelos previos no tendrían sentido y se perderían en parte las ventajas ofrecidas por este modelo (Mateos Durán, 2023: 270).

5.4 El modelo dogmático a elegir

De entre los diversos modelos dogmáticos antes presentados, se elegirá el modelo del derecho fundamental híbrido como base de la ponderación convencionalizada. La razón de esta decisión descansa en las ventajas ofrecidas por este modelo, sobre todo, en los ordenamientos jurídicos que otorgan un rango constitucional a los derechos fundamentales internacionales. Si bien la posible relativización de las restricciones constitucionales puede dar origen a un menoscabo del margen de discrecionalidad del legislador, dicho margen puede respetarse al momento de ponderar los derechos fundamentales nacionales e internacionales.

6. La ponderación convencionalizada

A partir de los modelos antes mencionados es visible la necesidad de emplear el test de proporcionalidad —en particular, la grada proporcionalidad en sentido estricto o ponderación— como una herramienta para justificar la restricción de los derechos fundamentales nacionales e internacionales. Lo anterior no es algo

fuera de lo común, pues varios tribunales constitucionales resuelven las contradicciones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales a través de ponderaciones (Kunz, 2020: 191). Sin embargo, la primera pregunta que surge se formularía de la siguiente manera: ¿es distinta la ponderación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué estructura posee este tipo de ponderación?

Respecto de la primera pregunta, la respuesta es afirmativa. La ponderación entre derechos fundamentales nacionales parte de la idea de que existen una serie de principios y valores establecidos en el sistema constitucional que afectan la interpretación y aplicación de todas las normas del sistema jurídico. Un elemento importante en este entramado jurídico es el papel del legislador nacional quien, a partir de la reserva de ley o con base en un fin legítimo constitucional, puede establecer restricciones a los derechos fundamentales. Sin embargo, en el caso de los derechos fundamentales internacionales, estos tienen su origen fuera del sistema constitucional y el legislador nacional solo participa de manera indirecta (ratificación del tratado) en el proceso de su incorporación. Asimismo, al existir un tribunal u órgano de control internacional, el parámetro de control e interpretación de los derechos fundamentales internacionales no es la Constitución del país en cuestión, sino el tratado internacional. Las sentencias internacionales tienen un efecto importante en el legislador nacional, puesto que las obligaciones internacionales vinculan a todo el Estado y sus órganos, entre ellos, el legislador mismo (Kälin/Künzli, 2019: 84). Es así que las sentencias internacionales pueden representar límites al margen de discrecionalidad del legislador. El margen de discrecionalidad del legislador se ve reducido cuando el parámetro internacional prohíbe ciertos fines legítimos que el legislador puede perseguir dentro del ordenamiento jurídico con el fin evitar responsabilidad internacional. Además, si tenemos en cuenta la teoría de la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales, pueden existir varias normas jurídicas que protegen el mismo derecho humano. No obstante, la positivización de un derecho moral puede estar influenciada por el contexto en el que tuvo origen (nacional o internacional), dando origen a diferencias que en la mayoría de los casos se materializan en diferentes

²¹ Sobre todos los retos existentes en este modelo, véase, Mateos Durán.

restricciones. La complejidad derivada de las incongruencias entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales hace necesario el adecuar la ponderación nacional a este tipo de relaciones.

Para responder a la segunda pregunta es necesario dar un vistazo a las características de la ponderación entre derechos fundamentales nacionales. Lo anterior, con la finalidad de señalar los cambios que son necesarios para adecuar la ponderación a las colisiones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales.

6.1 La estructura de la ponderación entre derechos fundamentales nacionales

En atención al carácter de los principios, detrás de varios derechos fundamentales nacionales e internacionales y al uso de la teoría de la transformación postulada por Robert Alexy, en este trabajo se empleará como base de la ponderación convencionalizada la fórmula del peso desarrollada por el mismo autor. Esta “fórmula del peso” parte de dos leyes importantes:

La primera (la ley material de la ponderación) señala:

Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. (Alexy, 1994: 146; Nava Tovar, 2020:125)

Por su parte, la segunda (la ley de la ponderación epistémica) dispone:

Cuanto más intensa es una intervención en un derecho fundamental, mayor debe ser la certidumbre de las premisas detrás de ésta. (Borowski, 2018: 127)

Las dos leyes se materializan en la siguiente fórmula del peso:

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i}{I_j \cdot P_j \cdot F_j}$$

<p>PR_{ij}: Peso relativo I_i: Intensidad de la intervención en Pi I_j: Intensidad de los efectos negativos por la omisión de la intervención en Pi P_i y P_j: Pesos abstractos de los principios F_i y F_j: Certeza o fiabilidad de las premisas</p>

La fórmula del peso tiene por objetivo atender aquellos aspectos relevantes dentro de la ponderación de los principios en colisión. Para determinar el peso de los valores, Alexy propone una doble escala triádica para asignar los valores de la ponderación (Alexy, 2021: 171-172).²² Si el peso relativo del principio “i” y el principio “j” es mayor que 1, entonces, el principio “i” tiene prelación sobre el principio “j”. En cambio, si es menor a 1, entonces el principio “j” tiene prioridad sobre el principio “i”. En caso de empate, existe “discrecionalidad en la ponderación” (Alexy, 2021: 172; Borowski, 2022: 333).

La fórmula del peso desarrollada por Alexy constituye una herramienta útil a nivel nacional para resolver las colisiones entre los derechos de la Constitución. Sin embargo, esta fórmula no contempla el efecto del derecho internacional en el derecho nacional, particularmente el efecto de los precedentes internacionales dentro de la ponderación nacional y, sobre todo, sus efectos en el margen de discrecionalidad del legislador nacional. Estos dos elementos hacen necesario el plantear ciertas modificaciones a la fórmula del peso.

6.2 La vinculación de las decisiones del legislador democrático nacional

El legislador nacional constituye generalmente el órgano con mayor legitimidad democrática en las de-

²² Relativo a estos valores, Borowski explica a continuación la doble escala triádica usada por Alexy: “[Alexy] propone la escala triádica, la cual distingue solamente tres valores, ‘ligero’ (l), moderado (m), y ‘serio’ (s). En contextos en donde una escala más fina es posible, la escala triádica puede ser extendida a una doble escala triádica. Esto conduce a la distinción de nueve valores, ‘ligero-ligero’ (ll), ‘ligero-moderado’ (lm), ‘ligero serio’ (ls), ‘moderado ligero’ (ml), ‘moderado-moderado’ (mm), ‘moderato-serio’ (lm), ‘serio-ligero’ (sl), ‘serio-serio’ (ss)”. (Borowski, 2022: 330)”. Respecto a los valores numéricos de estos valores en la ponderación, Borowski señala lo siguiente: “Los valores en la fórmula del peso son expresados como valores de una secuencia geométrica en lugar de una secuencia aritmética. Mientras que una secuencia aritmética para la escala triádica sería 1, 2, 3, y para la escala triádica doble 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, la secuencia geométrica para la escala triádica es 20, 21, 22 (1 - 2 - 4) y para la escala triádica doble 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 (1 - 2 - 4 - 8 - 16 - 32 - 64 - 128 - 256). Esto merece una reconstrucción del peso desproporcionalmente creciente por el incremento de la no satisfacción de los principios. Los valores de “Ii”, “Ij”, [“Pi”] y [“Pj”], son expresados en estas secuencias geométricas. El incrementar la no satisfacción y el peso abstracto implica incrementar el peso del principio relevante. Esto ha llevado a Alexy a emplear una escala geométrica algo diferente para [“Fi”] y [“Fj”], a saber, 20, 2-1 y 2-2 (1 - 0,5 - 0,25) para la escala triádica”. (Borowski, 2022: 331).

mocracias constitucionales. A nivel constitucional, la función del legislador tiene prioridad debido a los principios de legalidad y de Estado de derecho, conforme a los cuales toda la actividad estatal debe estar fundada en la ley, la cual, por su parte, debe ser conforme con la Constitución. Esta importancia también se ve reflejada en las distintas disposiciones de los derechos fundamentales que contienen una reserva de ley. Dicha reserva de ley no es exclusiva de los catálogos nacionales, sino también los catálogos internacionales que reconocen a la ley como una herramienta para regular o limitar derechos fundamentales. El problema de las obligaciones internacionales emanadas de los tratados es que también vinculan al legislador (Kälin/Künzli, 2019: 84). Esta situación puede acarrear tensiones dentro del ordenamiento constitucional (Vasel, 2017: 166-168). Lo anterior no es exclusivo de un sistema jurídico en particular. Por ejemplo, en Alemania, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha reconocido en la sentencia “treaty override”²³ que el derecho internacional no puede reducir de manera intensa el margen de discrecionalidad del legislador²⁴ y, en el caso de los derechos fundamentales internacionales incorporados, el legislador puede de manera excepcional no acatar el derecho internacional en la medida que se evite una lesión a la ley fundamental²⁵ —aquí vale la pena señalar que el CEDH tiene en el ordenamiento alemán un rango infraconstitucional—. En Suiza, la “praxis-Schubert” justifica que el legislador desatienda las obligaciones internacionales cuando la voluntad del legislador vaya encaminada a no acatar un tratado; sin embargo, esta posición todavía no es clara respecto de los derechos del CEDH (véase, Baumann, 2010).

Estos casos demuestran la importancia del legislador dentro del ordenamiento constitucional, incluso en la aplicación del derecho internacional. Del mismo modo, el principio democrático exige que el operador jurídico respete las ponderaciones realizadas por el legislador, las cuales se materializan en las leyes que tienen por objeto limitar los derechos fundamentales con el fin de alcanzar ciertos fines legítimos. En este sentido, la ponderación convencionalizada debe considerar el papel relevante del legislador, sobre todo

cuando la restricción a un derecho fundamental está justificada a través de la ley.

6.3 La vinculación de los precedentes internacionales

Por virtud del efecto de vinculación derivado del principio *pacta sunt servanda*,²⁶ las sentencias de los tribunales internacionales —en los casos donde el Estado se encuentra bajo la jurisdicción de un tribunal internacional— tienen una importante repercusión en las obligaciones internacionales emanadas del tratado internacional de derechos fundamentales. Por un lado, estas sentencias pueden fincar responsabilidad internacional al Estado parte por lesiones al tratado internacional, y, por el otro, establecen los criterios de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales internacionales contenidos en el tratado. Los Estados parte buscan evitar colisiones con la esfera internacional, por lo que intentan reducir las contradicciones entre la normativa nacional e internacional al otorgar un rango superior a los tratados. Del mismo modo, la jurisprudencia de los tribunales internacionales recibe generalmente un reconocimiento por parte de la jurisdicción nacional como guía para aplicar los derechos fundamentales internacionales.²⁷ La intensidad de la vinculación del derecho internacional aumenta en los casos en donde el Estado parte es condenado por el tribunal internacional. Esto implicaría que en los instrumentos internacionales que no cuenten con un órgano internacional de control el peso del principio formal será menor respecto de los tratados con una jurisdicción internacional. Estos elementos tienen que ser considerados dentro de la ponderación convencionalizada.

²³ BVerfGE 141, 1.

²⁴ BVerfGE 141, 1 (pp. 21 y ss.).

²⁵ BVerfGE 111, 307 (p. 371); BVerfGE 148, 296 (p. 350).

²⁶ Aunque recibe el nombre de “principio”, autores como Jo-chen Rauber consideran que la naturaleza del *pacta sunt servanda* es más bien el de una regla que exige el cumplimiento del tratado. No obstante, dicha regla otorga un margen de discrecionalidad al Estado en la forma que implementará sus obligaciones internacionales (Rauber, 2018: 209). En este sentido, más que principio que pueda ser ponderado frente a otros —por ejemplo, el principio democrático o la soberanía nacional—, *pacta sunt servanda* funge más como una razón a favor de la aplicación de la ponderación internacional (Mateos Durán, 2023: 231)

²⁷ Los anterior puede verse en los criterios relativos a la vinculación de la jurisprudencia de la CIDH en la CT 293/2011.

6.4 La reconstrucción del margen de discrecionalidad del legislador y el efecto de la jurisprudencia internacional a través de los principios formales

Los principios formales exigen la vinculación al resultado de decisiones pasadas (Sieckmann, 2018: 188-189; Borowski, 2019b: 91 y ss.). A diferencia de los principios materiales, los cuales se refieren a objetos de optimización, los principios formales determinan la importancia del cumplimiento de decisiones autoritativas emitidas por una persona o un órgano (Borowski, 2019b: 92). Esto implica que las decisiones autoritativas son ponderables (Borowski, 2018: 187-188). Los principios formales constituyen una opción viable para incorporar en la ponderación convencionalizada la vinculación de las decisiones del legislador y de la jurisprudencia internacional. No obstante, es todavía objeto de intenso debate la forma en la que se refleja el efecto de los principios formales en la fórmula del peso. Por esta razón, de entre los diferentes modelos fundamentales de los principios formales,²⁸ en este trabajo se empleará el *modelo de combinación* (Borowski, 2022: 335-336; Borowski, 2018: 180-182). De acuerdo con el modelo de combinación, se considera un principio formal en la ponderación de al menos dos principios, el principio formal no es un tercer principio sustantivo, sino que exige que la decisión de ponderación del legislador u otro órgano sea respetada por el órgano controlador.²⁹ Con base en este modelo fundamental de los principios formales podemos bosquejar la ponderación convencionalizada.

²⁸ Relativo a los diferentes modelos de los principios formales, véase, Borowski, 2022: 335 y ss.

²⁹ Borowski explica el papel del principio formal dentro de la ponderación de la siguiente manera: “Esta es una reconstrucción bastante simple, porque ciertamente hay diferentes factores para el peso del principio formal “P_f” –el peso abstracto de deferencia hacia la “decisión a controlar” y la intensidad de la intervención–. Debido a que la incertidumbre epistémica de la decisión global de la ponderación de principios sustantivos es la razón misma para la existencia del control limitado, es también el elemento clave para el peso del principio formal. Donde no existe incertidumbre epistémica, el principio formal necesariamente tiene el peso “cero” y no hay limitación del control” (Borowski, 2022: 341).

6.5 La estructura de la ponderación convencionalizada

A partir de las cuestiones desarrolladas en este trabajo, es posible proponer una modificación de la fórmula del peso desarrollada por Robert Alexy.³⁰ La modificación a esta fórmula consistiría en la inclusión de dos principios formales: un principio formal que exija la vinculación *prima facie* de las decisiones del legislador nacional (PFL) y otro principio formal que exija la vinculación *prima facie* de las decisiones del tribunal internacional (PFI) (Mateos Durán, 2023: 285-286). Conforme al modelo de combinación, se agrega un principio formal junto a los principios materiales dentro de la ponderación. En este sentido, el agregar un segundo principio formal daría como resultado el uso de un *modelo de combinación ampliado* (Mateos Durán, 2023: 285).

El primer principio formal es independiente del segundo, por lo que pueden estar presentes en el numerador y el denominador. Es decir, la ponderación del legislador (la ley) puede ser limitada por el precedente internacional, pero también reforzada. El reforzamiento de la ponderación del legislador se daría, por ejemplo, en los casos donde el legislador limite un derecho o un bien constitucional nacional motivado por el cumplimiento de una sentencia internacional. En el caso contrario, la ponderación del tribunal internacional sería una razón en contra de la ponderación del legislador. Por este motivo la ponderación convencionalizada puede tener cuatro variantes (Mateos Durán, 2023: 286):

Primera variante

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i + P_{FL} + P_{FI}}{I_j \cdot P_j \cdot F_j}$$

Segunda variante

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i + P_{FL}}{I_j \cdot P_j \cdot F_j + P_{FI}}$$

³⁰ En este trabajo no es posible desarrollar todas las características de la ponderación convencionalizada, no obstante, se presentarán los elementos esenciales de la misma. Para un desarrollo completo de la ponderación convencionalizada, véase, Mateos Durán, 2023: 282 y ss.

Tercera variante

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i + P_{FI}}{I_j \cdot P_j \cdot F_j + P_{FL}}$$

Cuarta variante

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i}{I_j \cdot P_j \cdot F_j + P_{FI} + P_{FL}}$$

El valor que se le asignará a cada principio formal es independiente de las cuestiones materiales relativas a los derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 285-286). En este sentido, el principio formal PFL considerará la certidumbre epistémica³¹ y se colocará en el lado de la decisión del legislador. Otros elementos que podrían considerarse —para determinar el peso del principio formal PFL— es si la ley es producto de un amplio consenso de las fuerzas políticas, así como la calidad del debate legislativo, la participación de la oposición y la sociedad civil, etc.³² Por su parte, el principio formal PFI considera factores como el rango de los derechos fundamentales internacionales, la existencia de un consenso regional sobre el derecho fundamental en cuestión, si existe una sentencia condenatoria hacia el Estado parte por parte del tribunal internacional, etc. (Mateos Durán, 2023: 287). El rango constitucional de los derechos fundamentales es un factor importante para considerar, porque, al tener un rango de norma constitucional, estos derechos pueden limitar en gran medida el margen de discrecionalidad del legislador.³³ El peso

³¹ Entre mayor sea la incertidumbre respecto a las premisas normativa y empíricas, mayor es el margen de discrecionalidad del legislador (Borowski, 2022: 343). Cuando no existe incertidumbre epistémica, entonces, el principio formal tiene el peso “cero” y no hay limitación del control jurisdiccional (Borowski, 2022: 342).

³² En el mismo sentido (Borowski, 2022: 296). Lo anterior, en el entendido de que la voluntad del legislador busca promover un derecho o bien constitucional. Sin embargo, en los casos donde los derechos fundamentales internacionales tengan rango constitucional, el margen de discrecionalidad del legislador es más reducido en comparación de otros ordenamientos en los cuales los tratados de derechos fundamentales tienen un rango infraconstitucional, véase, Mateos Durán, 2023:261-262.

³³ Lo anterior, en el entendido de que los tratados internacionales no disponen una jerarquía determinada del tratado dentro del derecho nacional. Esto da como consecuencia que los países incorporen el tratado en el nivel que disponga la Constitución y les da

de los principios formales se justificará a través de las herramientas ofrecidas por la argumentación jurídica (Mateos Durán, 2023: 287).³⁴

De este modo, dentro de la ponderación convencionalizada encontramos tres objetos normativos: el resultado de la ponderación de los principios materiales conforme a la concepción del órgano controlador, el resultado de los principios materiales de acuerdo con la concepción del legislador y el resultado de la ponderación del tribunal internacional (Mateos Durán, 2023: 285). Cuando todos los puntos de vista llegan al mismo resultado, no es necesario el separar los distintos puntos de vistas, pero cuando los resultados de ponderación son distintos, entonces se emplean los principios formales (Mateos Durán, 2023: 285).

7. La ponderación convencionalizada en el caso de la prisión preventiva oficiosa

En el marco de este trabajo no es posible llevar a cabo un estudio pormenorizado de la prisión preventiva oficiosa, sobre todo sus efectos para la libertad personal dentro del ordenamiento mexicano, porque el objetivo de este trabajo es el de ofrecer a los operadores jurídicos mexicanos herramientas dogmáticas disponibles dentro del marco constitucional de la CPEUM para resolver las contradicciones en la protección conferida por los derechos fundamentales nacionales e internacionales. En particular, demostrar los problemas inherentes al principio *pro persona* y al criterio jurisprudencial establecido por la CT 293/2011. No obstante, se pueden ofrecer algunas consideraciones, sobre todo después de la sentencia de la CIDH en el caso García Rodríguez y otros vs. México.

El proyecto³⁵ presentado por el ministro Luis María Aguilar Morales sobre la prisión preventiva oficiosa señala correctamente la necesidad de ponderar las restricciones de la Constitución frente a otros bienes de mismo rango en colisión.³⁶ No obstante, el criterio propuesto por el proyecto de “dar prevalencia a las

cierta libertad para cumplimentar sus obligaciones internacionales (Klabbers, 2017: 328; Vasel 2017: 150- 151, 159).

³⁴ Relativo a los márgenes de discrecionalidad estructurales y normativos en la aplicación derechos fundamentales nacionales e internacionales, véase, Mateos Durán, 2023: 290-291.

³⁵ Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales.

³⁶ Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 369.

normas internacionales que sean más protectoras de los derechos humanos³⁷ (principio *pro persona*) no es compatible con la estructura del sistema constitucional. Como se mencionó antes,³⁸ el principio *pro persona* encuentra como límite los casos de colisión entre derechos fundamentales. En el caso de la prisión preventiva oficiosa, los bienes constitucionales que reciben una protección especial, en la forma de la prisión preventiva oficiosa, son aquellos bienes jurídicos que el constituyente busca proteger al dar herramientas para reforzar la persecución de los delitos que los vulneren. La inaplicación de la prisión preventiva oficiosa tiene como consecuencia una disminución de la protección de los bienes jurídicos que se busca proteger con esta medida cautelar, lo que implicaría una contradicción con el principio *pro persona*. Una inaplicación general de la prisión preventiva conforme al criterio del proyecto y sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto podría considerarse como una reforma constitucional por parte del órgano controlador; situación que debemos evitar. Sin embargo, con esta afirmación no se niega en ninguna forma la grave intervención ocasionada por la prisión preventiva oficiosa, sino que exige analizar esta condición de otra manera.

Así, un elemento esencial de los efectos de la prisión preventiva oficiosa es la fuerte intensidad de intervención en la libertad personal. Este factor tiene una función importante dentro de la ponderación de la libertad personal frente a las razones que justifican la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Pero para comprender su efecto en la ponderación es necesario explicar la relación de las restricciones dentro del parámetro de control constitucional. Como ya lo mencionamos anteriormente, es necesario interpretar de forma distinta el artículo 1, párr. 1 CPEUM cuando establece: “[...] cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. Conforme a la reinterpretación postulada en este trabajo, todos los derechos fundamentales —nacionales e internacionales con rango constitucional— son parte de la Constitución y pueden ceder frente a otros derechos fundamentales contenidos dentro del parámetro constitucional. Lo mismo puede suceder con los principios

o bienes constitucionales detrás de las restricciones. Esto es congruente con el modelo del derecho fundamental híbrido, debido a que en este modelo se tienen que considerar todas las restricciones constitucionales como razones que justifiquen la limitación del derecho fundamental afectado en el caso concreto. Esta reinterpretación conduce a una relativización de las restricciones constitucionales absolutas —lo mismo sucede con las restricciones absolutas contenidos en los tratados de derechos con rango constitucional—. Esta relativización sucede porque las restricciones estrictas se vuelven ponderables, es decir, debido a que se ponderan los derechos o bienes detrás de estas restricciones con las razones que justifican su inaplicación.

La relativización de las restricciones es una consecuencia inevitable de la incorporación de los catálogos de derechos internacionales en la norma Constitucional, debido a que el constituyente, al incorporar los derechos fundamentales internacionales a la Constitución, no estableció una jerarquía entre los derechos de las dos esferas de protección. Al no establecerse una relación de prelación, existe la pretensión de que el constituyente exige que se observen todos los derechos y bienes constitucionales relativos al caso concreto. En este sentido, existe un deber para los operadores jurídicos de armonizar las normas constitucionales, al considerar todos los bienes jurídicos detrás de las restricciones como susceptibles de ponderación con otros derechos y bienes constitucionales. En tanto la Constitución nacional no disponga de una regla de solución de antinomias que establezca una jerarquía entre las restricciones de los derechos fundamentales de la Constitución y los tratados internacionales —con rango constitucional—, *el criterio de la CT 293/2011 no tiene sustento constitucional*.

En el modelo dogmático elegido —el modelo del derecho fundamental híbrido— puede considerarse un *compromiso entre las dos posturas* divergentes que se pueden observar en la discusión del Pleno de las SCJN del proyecto presentado por el ministro Luis María Aguilar Morales.³⁹ Por un lado, el modelo pre-

³⁷ Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 369.

³⁸ Véase apartado 4.

³⁹ Véase, la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada los días 22 y 24 de noviembre de 2022. Aunque resulta curioso que la CIDH mencionará el hecho de que el Estado mexicano, en su defensa en el caso *García Rodríguez y otros vs. México*, sostuvo que el criterio de la CT 293/2011 representaba solo *obiter dicta* (CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas),

sentado en este trabajo es coherente con el principio *pro persona* al ampliar el ámbito de protección y las razones que pueden ser consideradas como intervenciones del derecho fundamental híbrido, y, por el otro, reconoce la importancia de todas las restricciones existentes en el sistema constitucional mexicano y les otorga un peso importante dentro de la ponderación.

El modelo dogmático del derecho fundamental híbrido busca evitar que la aplicación de los derechos fundamentales internacionales faculte al órgano controlador de reformar la Constitución. La exigencia constitucional de ofrecer resultados constitucionales obliga a los operadores jurídicos a armonizar todas las normas de rango constitucional. Aunque en algunos casos pueda justificarse la inaplicación de una norma constitucional (sea un derecho fundamental o una restricción), dicha inaplicación se dará solamente en el marco de las características del caso concreto o casos similares, lo cual implica que en un futuro pueden surgir razones suficientes que justifiquen el cambio del criterio.

Si bien las restricciones contenidas en el párrafo segundo del artículo 19 pierden parte de su carácter absoluto al ser objeto de la ponderación frente a otros principios —en los casos donde se controlan leyes que tienen por objeto configurar la prisión preventiva oficiosa, actos de autoridad que la solicitan y respecto del juez de control que la concede—, su importancia en el sistema jurídico no desaparece, pues su peso será mayor respecto del control de otras conductas con una escasa o mínima sanción en lo que respecta a las medidas cautelares.

En esta situación surge la pregunta de si existe alguna forma de aplicar constitucionalmente la prisión preventiva oficiosa. Aunque este trabajo es simplemente un ejercicio con fines académicos y no busca incidir en el proceso a cargo del legislador nacional ni mucho menos señalar el sentido del control constitucional jurisdiccional llevado a cabo por la SCJN u otros operadores jurídicos, al menos se pueden señalar algunas características que podrían conducir a una eventual constitucionalidad de una ley que regule la

prisión preventiva oficiosa y algunos puntos a considerar para el juez de control.

Una cuestión importante presentada por el proyecto del ministro Luis María Aguilar Morales fue el hecho de que la regulación infraconstitucional (el art. 167, párrafo 7 del Código Nacional de Procedimiento Penales; art. 6, fracción XIII de la Ley de Seguridad Nacional) ampliaba el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva, lo que condujo a la declaratoria de la inconstitucionalidad de estas normas. Esto es importante, pues establece los límites del margen de discrecionalidad del legislador a partir del parámetro constitucional, ya que el legislador no puede ampliar los bienes jurídicos detrás de las restricciones constitucionales a través de la ley sin un sustento constitucional, en especial cuando se amplían las razones que justifican una medida constitucional excepcional como lo es la prisión preventiva oficiosa.

Este punto es importante también para el órgano de control, pues, si bien el juez de control tiene la obligación de aplicar las normas constitucionales y observar el párrafo 2 del artículo 19 CPEUM, existe un deber de aplicar las restricciones constitucionales de manera congruente con el parámetro constitucional. Dicha obligación no escapa al *orden objetivo de valores* establecido en la Constitución —entiéndase el parámetro constitucional del cual también forman parte los derechos internacionales incorporados a la Constitución— que vincula también los actos del juez de control.

En este sentido, toda regulación concerniente a la prisión preventiva oficiosa tiene necesariamente que reducir el margen de discrecionalidad de las autoridades y del juez de control debido a la intensa afectación ocasionada por la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Lo anterior, en el entendido de que entre mayor es la intervención en la libertad del individuo, mayores deben ser las razones que justifiquen el actuar del Estado y menor su rango de discrecionalidad. La prisión preventiva oficiosa constituye una intensa intervención en la libertad personal, la cual encuentra una justificación constitucional en la gravedad de los delitos señalados por el art. 19, párr. 2 CPEUM, pero la excepcionalidad de esta medida cautelar debe ser proporcional a la excepcionalidad de su aplicación.⁴⁰

p 49, nota a pie de página 205). Lo anterior, porque en el proyecto aquí discutido se hizo énfasis en la interpretación del art. 1 párr. 1 CPEUM a la luz del criterio de la CT 293/2011 (Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 365). Por último, en la discusión sobre la prisión preventiva, se mencionó varias veces el criterio establecido por el CT 293/2011 para rechazar el proyecto presentado por el ministro Luis María Aguilar Morales.

⁴⁰ Este criterio de excepcionalidad también se menciona dentro del proyecto presentado por el ministro José María Aguilar, véase, Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 225.

En este caso, este margen reducido se traduce en una mayor precisión normativa de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, así como de una fuerte carga probatoria para el ministerio público cuando la solicite al juez de control para el caso concreto. Del mismo modo, la excepcionalidad de la prisión preventiva oficiosa exige del juez de control un control intenso⁴¹ en la revisión de las características del caso concreto para poder conceder la prisión preventiva; que el otorgamiento sea de oficio no exenta de observar el parámetro constitucional establecido por la Constitución mexicana.

En cuanto al uso del test de proporcionalidad, como una herramienta adecuada para justificar la inaplicación de normas constitucionales, la jurisprudencia de la SCJN considera que el test es solo una herramienta de adjudicación disponible para los operadores jurídicos nacionales, mas no lo reconoce como un principio constitucional que obligue su aplicación de oficio.⁴² Por ahora, solamente pueden presentarse algunos argumentos a favor del rango constitucional de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad puede encontrar un sustento constitucional a partir de los artículos 1, párr. 3 y el art. 133 de la CPEUM;⁴³ y de manera indirecta los artículos 103, 104 y 105 CPEUM. La falta de una disposición constitucional que lo contenga textualmente no evita que pueda interpretarse a partir de todo el entramado constitucional.

Por último, en la ponderación convencionalizada presentada en este trabajo se considera el papel tanto de la función del legislador como del precedente internacional. En el caso del legislador, factores como la existencia de un gran consenso político, la realización de un parlamento abierto y un debate razonable de los efectos de la ley son cuestiones que pueden aumentar el peso del principio formal que exige el cumplimiento *prima facie* de las decisiones del legislador. En el hipotético caso de que se promulgue una nueva regulación que esté relacionada con la prisión

preventiva oficiosa —tal vez como consecuencia de la sentencia de la CIDH—, el peso formal a favor de la ponderación del legislador reflejada en la ley (PFL) será mayor cuando se presenten varios de los criterios antes señalados. Por su parte, del lado de la jurisprudencia internacional, la existencia de un consenso regional respecto a una determinada forma de protección de un derecho o que el Estado sea condenado por el tribunal internacional son factores que aumentan el peso del principio formal que exige el cumplimiento *prima facie* de la jurisprudencia internacional. Para el caso de la prisión preventiva oficiosa, la sentencia del caso García Rodríguez y otros vs. México en contra del Estado mexicano tiene que reflejarse en un mayor peso del principio formal que exige el cumplimiento *prima facie* de los precedentes internacionales (PFI). El punto anterior es igualmente mencionado en el proyecto presentado por el ministro Luis María Aguilar Morales.⁴⁴ Si llegase a darse un empate entre los diferentes principios sustantivos y formales, el criterio determinante será la intensidad de afectación al derecho fundamental.

8. Conclusiones

Después de todo el desarrollo dogmático antes presentado, ha quedado claro que las relaciones entre derechos fundamentales de distinta fuente son complejas, pero no es una situación excepcional del sistema constitucional mexicano, sino que es un problema que se repite en todos los sistemas constitucionales que incorporan derechos fundamentales internacionales. Existen distintas formas de solucionar las tensiones derivadas de la sentencia de la CIDH en el caso García Rodríguez y otros vs. México. Una solución sencilla consistiría en reformar la Constitución y eliminar la prisión preventiva oficiosa. Sin embargo, esa decisión está en manos del constituyente y no de los órganos de control constitucional. Por esta razón, el modelo dogmático y la estructura de la ponderación convencionalizada propuestas buscan ofrecer respuestas a los operadores jurídicos dentro del sistema constitucional mexicano. Los retos que se presentan en el sistema mexicano con la incorporación de los derechos fundamentales internacionales a la Constitución no son sencillos, pero la protección de los derechos

⁴¹ Relativo a los tipos de intensidad del control judicial, véase, Borowski, 2022:323-324. En jurisprudencia de la SCJN también se puede ver la idea de la intensidad de control, por ejemplo, Tesis 2a./J. 11/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 51, febrero de 2018, t. I, p. 510.

⁴² Tesis 2a./J. 10/2019 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 63, febrero de 2019, t. I, p. 838. No obstante, el principio de proporcionalidad está reconocido en el artículo 159 del Código Nacional de Procedimientos Penales para la prisión preventiva oficiosa.

⁴³ Esto tiene un precedente en el sistema constitucional alemán, véase, Borowski, 2022: 138-139.

⁴⁴ Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 369.

humanos (como derechos morales) detrás de los derechos fundamentales exige de los operadores el uso de todas las herramientas dogmáticas para asegurar la mayor efectividad posible ofrecida por el parámetro constitucional.

9. Bibliografía

- Alexy, Robert. 2021. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Alexy, Robert. 1998. Die Institutionalisierung der der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en Gosepath, Stefan y Lohmann, Georg, *Philosophie der Menschenrechte*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, pp. 244-264.
- Alexy, Robert. 1994. *Die Theorie der Grundrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- Baumann, Robert. 2010. Die Tragweite der Schubert-Praxis, en *Aktuelle Juristische Praxis*, pp. 1009-1019.
- Borowski, Martin. 2022. *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Borowski, Martin. 2019. Grundrechte und Menschenrechte, en *Menschenrechte – für wen?*, número 2017 (2019), pp. 11-40.
- Borowski, Martin. 2019b. La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, en *Ciencia Jurídica*, año 8, núm. 16, pp. 81-98.
- Borowski, Martin. 2018. *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos.
- Borowski, Martin. 2018b. Virtues and vices of two layers of Fundamental Rights: lessons from the Protocol on the Charter of the Fundamental Rights of the EU, en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 117, pp. 363-442.
- Grabenwarter, Christoph. 2002. Die Menschenrechtskonvention und Grundrechte-Charta in der europäischen Verfassungsentwicklung, en Cremer, Hans-Joachim et al. (eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlín et al.: Springer, pp. 1129-1152.
- Grabenwarter, Christoph y Pabel, Katharina. 2021. *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7a. ed., Múnich: C.H. Beck.
- Kälin, Walter y Künzli, Jörg. 2019. *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4a. ed., Basilea: Helbing Lichtenhahn Verlag/Nomos.
- Klabbers, Jan. 2017. *International Law*, 2a. ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Kunz, Raffaella. 2020. *Richter über internationale Gerichte?*, Berlín: Springer.
- Lübbe Wolff, Gertrud. 2010. Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bei konfliktierenden Individualrechten. Pläyoder für eine Korridorlösung”, en Hochhuth, Martin (ed.), *Nachdenken über Staat und Recht. Kolloquium zum 60. Geburtstag von Dietrich Murswiek*, Berlín: Duncker und Humblot, pp. 193-209.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2023. *Das Verhältnis zwischen nationalen und inkorporierten internationalen Grundrechten*. Baden-Baden: Nomos.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2021. El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad. Un estudio de la dogmática alemana, en González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén (coord.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, Ciudad de México: Suprema corte de Justicia de la Nación, pp.139-174.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2020. Restricciones de los derechos fundamentales, en Caballero González, Edgar S., *Diccionario Práctico de Derecho Constitucional*, Ciudad de México: Centro de estudios Jurídicos Carbonell, pp. 68-72.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2019. La separación del “ámbito de protección” respecto de las “restricciones” en los derechos fundamentales. Una discusión de la dogmática alemana, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLX, núm. Extraordinario, pp. 277-298.
- Mücl, Stefan. 2005. Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, en *Der Staat*, pp. 403-431.
- Mora-Sifuentes, Francisco. 2021. *Legalismo y Constitucionalismo*, Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Nava Tovar, Alejandro. 2020. *Argumentación Jurídica*, 1a. ed. Ciudad de México: INACIPE.
- Rauber, Jochen. 2018. *Strukturwandel als Prinzipienwandel*, Berlín: Springer.
- Sieckmann, Jan-Reinard. 2018. *Rechtsphilosophie*, Tubinga: Mohr Siebeck.
- Vasel, Johann Justus. 2017. *Regionaler Menschenrechtsschutz als Emanzipationsprozess*. Berlín: Duncker und Humblot.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES