



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Lucero Vargas, Chantal

Último párrafo del artículo 32 constitucional. Su discrepancia con los estándares internacionales de derechos humanos con relación al derecho a la igualdad y no discriminación

Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LII, núm. 154, 2019, Enero-Abril, pp. 383-407

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOL: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2019.154.14147>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42771664012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 32 CONSTITUCIONAL. SU DISCREPANCIA CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS CON RELACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN*

LAST PARAGRAPH OF ARTICLE 32 CONSTITUTIONAL. THEIR DISCREPANCY WITH THE INTERNATIONAL STANDARDS OF HUMAN RIGHTS IN RELATION TO THE RIGHT TO EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION

Chantal LUCERO VARGAS**

RESUMEN: El presente artículo presenta, a través de la prueba de proporcionalidad, un análisis con relación al último párrafo del artículo 32 constitucional y la discrepancia de éste con el derecho de igualdad y no discriminación contenido tanto en la Constitución como en los distintos tratados internacionales en materia de derechos humanos de los cuales el Estado mexicano es parte. Lo anterior es así pues este párrafo manifiesta una preferencia del mexicano frente al extranjero, en igualdad de circunstancias para toda clase de empleos, cargos o comisiones de gobierno en los que la calidad de ciudadano no es indispensable. Lo anterior no quiere decir que los Estados no puedan hacer distinciones entre sus connacionales y los extranjeros bajo su jurisdicción, sin embargo, estas distinciones —o restricciones— deben de estar justificadas, de lo contrario, se tornaría en una medida arbitraria y, por consiguiente, discriminatoria.

Palabras clave: derecho de igualdad y no discriminación, prueba de proporcionalidad, derechos humanos.

ABSTRACT: This article presents, through the proportionality test, an analysis in relation to the last paragraph of the Article 32 of the Constitution and its discrepancy with the right to equality and non-discrimination contained, both, in the Constitution and in the international treaties on human rights which the Mexican State is part of. The foregoing is thus this paragraph expresses a preference of the Mexican citizen over the foreigner citizen, in equal circumstances for all kinds of jobs, positions or government commissions in which the quality of citizen is not indispensable. The foregoing does not mean that States cannot make distinctions between their nationals and foreigners under their jurisdiction, however, these distinctions —or restrictions— must be justified, otherwise, it would become an arbitrary measure and, consequently, a discriminatory one.

Keywords: Right to Equality and Non-Discrimination, Proportionality Test, Human Rights.

* Artículo recibido el 23 de febrero de 2017 y aceptado para su publicación el 15 de octubre de 2018.

** ORCID: 0000-0003-0696-2617. Postdoctorante en el Departamento de Estudios Sociales de El Colegio de la Frontera Norte. Correo electrónico: cluceroDCS@colef.mx.

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Principio de igualdad ante la ley y no discriminación. Alcances y excepciones a su aplicación*. III. *Último párrafo del artículo 32 constitucional. ¿Trato diferenciado justificado o discriminación por nacionalidad?* IV. *Colisión de normas. Entre la inaplicación o la prevalencia de la norma constitucional*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Como país de origen, tránsito y destino de migrantes, México se enfrenta diariamente con la obligación de respetar los derechos de toda persona bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Lo anterior cobra relevancia no sólo cuando se habla de migrantes irregulares, como se pudiera pensar, sino también de migrantes regulares que cuentan con los permisos correspondientes para residir —temporal o permanentemente— en el país. Estos permisos de residencia les otorgan la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración económica.¹ A lo anterior se suma la obligación del Estado mexicano de respetar, garantizar y proteger a estos extranjeros² con relación al pleno goce de sus derechos humanos sin distinción alguna en atención al principio de igualdad y no discriminación, el cual se encuentra consagrado tanto en la Constitución como en los distintos tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

No obstante lo anterior, hoy en día sigue habiendo distinciones de trato entre nacionales y extranjeros, siendo una de éstas la contemplada en el último párrafo del artículo 32 constitucional al manifestar una preferencia del mexicano frente al extranjero en igualdad de circunstancias para toda clase de empleos, cargos o comisiones de gobierno para los que la calidad de ciudadanos no es indispensable. Por lo anterior, se considera que este mandato constitucional vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que no se funda en una justificación razonable como se expone en las siguientes líneas.

¹ La Ley de Migración en el artículo 54, párrafo segundo, señala: “Los extranjeros a quienes se les otorgue la condición de estancia de residentes permanentes tendrán la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país sujeto a una oferta de empleo, y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo deseen”.

² Por extranjero se entiende todo aquel que no es nacional de un país.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

II. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. ALCANCES Y EXCEPCIONES A SU APLICACIÓN

El derecho de igualdad ante la ley es un derecho inherente a todos los seres humanos; el mismo se encuentra estrechamente ligado con el derecho a la no discriminación, el cual es el principio que garantiza que a nadie se le nieguen sus derechos debido a distintos factores o categorías como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad o el nacimiento. Por lo anterior y por derivar de la dignidad humana, tanto el derecho de igualdad ante la ley como el derecho de no discriminación se encuentran consagrados en distintos ordenamientos jurídicos internacionales³ siendo difíciles de desligar, ya que al hablar de igualdad ante la ley la misma debe de garantizarse sin distinción alguna, por tal razón, la mayoría de los ordenamientos juntan estos derechos en uno solo, esto es, el derecho a la igualdad y no discriminación.

A la luz de este derecho, los Estados están impedidos de llevar adelante prácticas o tomar decisiones que atenten contra el derecho de ser tratado igual, sin embargo, ello no implica que no exista la posibilidad, o incluso la obligación, por parte del Estado de establecer límites al ejercicio del mismo a través de una regulación razonable (Saba, 2007).

Un claro ejemplo de lo anterior, son las distinciones que la mayoría de las Constituciones en el mundo hacen entre sus nacionales y extranjeros dentro de su territorio. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que si bien, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos, “sin discriminación alguna”, también les era permisible que los mismos otorgaran un trato distinto a los migrantes documentados con relación a los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que este trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos” (caso *Loor vs. Panamá*, 2010; caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, 2014).

³ Artículos 1o., 3o. y 7o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 1o. y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 2.2 y 3o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2o. y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo por mencionar algunos.

De lo anterior se desprende que los Estados pueden hacer tratos diferenciadores entre sus gobernados siempre que los mismos sean razonables, objetivos, proporcionales y no lesionen derechos humanos, pero *¿cuándo sabemos si estamos ante una distinción de trato, la cual es admisible en virtud de ser razonable, proporcional y objetiva o ante una discriminación de facto, que es a todas luces inadmisibles?*

De acuerdo con lo sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable; por lo anterior, la existencia de tal justificación se debe de evaluar con relación al propósito y los efectos de la medida en consideración (caso *Willis vs. The United Kingdom*, 2002).

En el mismo sentido la Corte IDH ha señalado que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que existe discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, esto es, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (OC-17/2002, 2002).

En este contexto, sí puede haber trato diferenciado sin transgredir el principio de igualdad y no discriminación cuando el mismo tenga una justificación objetiva y razonable.

Con relación al trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, la Corte IDH ha manifestado que los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular; pero, para ello se requiere de un examen detallado del contenido y alcance de la norma, de sus consecuencias y justificaciones (caso *Niñas Yéan y Bosico vs. República Dominicana*, 2005).

III. ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 32 CONSTITUCIONAL. ¿TRATO DIFERENCIADO JUSTIFICADO O DISCRIMINACIÓN POR NACIONALIDAD?

En el ámbito nacional, tanto el principio de igualdad ante la ley como el principio de no discriminación están consagrados en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Mexicanos el cual señala:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Como se puede apreciar, el Estado mexicano consagra el libre goce de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales sea parte, así como de las garantías para la protección de los mismos. Lo anterior —en teoría— es reconocido a toda persona bajo jurisdicción sin discriminación alguna, ya que, si bien, la Constitución protege el goce de estos derechos bajo el principio *pro persona*, también es la propia Constitución la que manifiesta que el ejercicio de éstos no podrá restringirse ni suspenderse, *salvo en los casos y bajo las condiciones*

que la propia Constitución establece. Esto es, aunque un derecho humano esté protegido tanto por la Constitución como por un tratado internacional en materia de derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, el ejercicio de estos derechos podrá restringirse y suspenderse en los casos que la propia Constitución establezca.

Precisamente, una de estas distinciones está plasmada en el último párrafo del artículo 32 constitucional, que versa sobre la preferencia del mexicano frente al extranjero, en igualdad de circunstancias, para ocupar un cargo público en el que no sea indispensable la calidad de ciudadano: “Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano”.

Por lo anterior, se considera que al haber un trato diferenciado entre mexicanos y extranjeros en igualdad de circunstancias se viola el principio de *igualdad y no discriminación*, en razón de que la misma ley nos da la pauta que son empleos, cargos o comisiones de gobierno en los cuales *no es indispensable la calidad de ciudadano* para realizarlos, esto es, bajo esta premisa, cuando dos personas en igualdad de condiciones, con el mismo grado de capacitación y experiencia, se presentaran para contender a un mismo puesto dentro del gobierno con la única diferencia de que uno es mexicano y el otro, extranjero, siempre se escogerá al ciudadano mexicano, aunque sea un empleo, cargo o comisión en los que la calidad de ciudadano no sea indispensable. Este trato diferenciado está sustentado en el criterio de nacionalidad y si bien el mismo no está prohibido, para que no sea considerado un trato discriminatorio debe de ser razonable.⁴ De hecho, el propio

⁴ El Comité Europeo de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de analizar la discriminación basada en la categoría de nacionalidad en el caso *Karakurt vs. Austria*. El señor Karakurt era un trabajador extranjero que gozaba del derecho de residir y trabajar en Austria. Cuando se presentó la oportunidad de participar en las elecciones a su comité de empresa, se le negó su derecho a contender en las citadas elecciones por el simple hecho de no ser un ciudadano austriaco, esto es, por no ser nacional del país donde trabajaba, por lo anterior el Comité observó que si bien un acuerdo internacional que confiere un trato preferencial a los nacionales de un Estado parte en él podría constituir un motivo objetivo y razonable de diferenciación, en el caso concreto, no era razonable establecer una distinción entre extranjeros y nacionales, pues la nacionalidad del trabajador extranjero no tenía nada que ver con su capacidad para presentarse a las elecciones a un comité de empresa, de manera que la legislación que sólo concedía el derecho a ocupar dichos puestos a los nacionales no era razonable y, por tanto, era discriminatoria (*Karakurt vs. Austria*).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

Comité de Derechos Humanos ha considerado que la discriminación basada en la nacionalidad merece el mismo análisis que la discriminación basada en los criterios de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, salvo cuando se trata del ejercicio de los derechos políticos y del derecho a entrar y residir en su propio país.⁵ La eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva (caso *Flor Freire vs. Ecuador*, 2016). Razón por la cual, se proscribe cualquier distinción motivada, entre otras cosas, por razones de género, edad, condición social, religión o cualquier categoría análoga que atente contra la integridad y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, creándose con ello una prohibición expresa de discriminar por las anteriores categorías o cualquier otra que atente contra la dignidad de las personas.⁶

Con relación a esta diferencia de trato, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha justificado la misma al señalar que si bien la Constitución establece que todos los hombres son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza o sexo, religión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentran siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio refiere a la igualdad jurídica que debe traducirse en la igualdad de no tener que soportar un perjuicio desigual e injustificado.⁷

De manera similar, la Suprema Corte de Canadá, en el caso *Lavoie vs. Canadá*, señaló, respecto al Acta de Contratación del Servicio Público que otorga preferencia a ciudadanos canadienses respecto a extranjeros —con residencia legal—, que ésta resultaba inconstitucional por discriminatoria en relación a que se violaba la sección quince de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que contempla la igualdad de todos los individuos ante y bajo la ley, lo que genera el derecho a una igual protección e igual beneficio de la ley sin discriminación (OC 18/03, 2003).

⁵ Observación General núm. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf?view=1>.

⁶ Tesis I.8o.C.41 K (9a.).

⁷ Tesis 1a./J. 81/2004, “IGUALDAD, LÍMITES A ESTE PRINCIPIO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 99.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

En este contexto, cuando se trate de una medida que establezca un trato diferenciado en el que está de por medio alguna de las categorías anteriormente señaladas, se debe aplicar un escrutinio estricto que incorpore elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente ineludible. En este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora, se exige que el fin perseguido no sólo sea legítimo sino además imperioso; por lo anterior, el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo en donde adicionalmente se incluya la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma (caso *I.V. vs. Bolivia*, 2016). Lo anterior, conocido como juicio de ponderación o test de proporcionalidad, no es más que una metodología para determinar el grado de afectación de los derechos y su justificación y, por lo tanto, un instrumento que permite aplicar el principio de proporcionalidad a casos concretos (Nash, 2008). Con relación a este juicio o test de proporcionalidad, cuando haya dos normas en conflicto —como en el caso que nos ocupa—, lo que se busca es que éstos puedan convivir en un mismo sistema normativo, de forma que en cada caso de conflicto la afectación de un derecho sea estrictamente necesaria para el goce y el ejercicio de otro que se privilegie en el caso en concreto (Nash, 2008).

Con relación a este escrutinio escrito que, si bien es deseable mantener incólume el principio de igualdad en los dispositivos que rigen a los gobernados, existen situaciones en las que el legislador sí puede establecer diferencias entre los mismos; sin embargo, dichas distinciones no pueden establecerse de forma arbitraria, por lo que, cuando éstas se establezcan, el juzgador debe analizar si el legislador tomó en cuenta ciertos factores que le darán validez constitucional a la norma; por lo anterior, tratándose del principio de igualdad y no discriminación, derivado de que el mismo contiene el reconocimiento de que siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación y, por tanto, el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.⁸ La exigencia de esta reserva debe perseguir o sostenerse en los fines u objetivos que sostienen el propio precepto constitucional, por ello, el legislador podrá establecer clasificaciones o distinciones entre grupos o individuos a fin de alcanzar un objetivo constitucionalmente válido, sin que, por tanto, ello se traduzca en una transgresión a los principios de igualdad o no discriminación, ya que esta medida está encaminada a asegurar la soberanía y seguridad nacional bajo la salvaguarda a conceptos tales como la lealtad o identidad nacionales, manifestando la corte que, de no satisfacerse dicha finalidad constitucionalmente válida, entonces y sólo en esa medida, sí podría constituirse una exigencia arbitraria.⁹

Por lo anterior, los derechos y sus respectivos límites operan como principios, cuando los mismos encierran una coalición en donde la misma debe resolverse con la ayuda del denominado test de proporcionalidad, para lo cual debe de corroborarse: *a)* que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; *b)* que la medida resulte idónea para satisfacer en su propia medida su propósito constitucional; *c)* que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental, y *d)* que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada.¹⁰

Respecto al primer punto, esto es, la *identificación de la finalidad constitucionalmente válida*, la SCJN ha señalado que no cualquier propósito puede justificar la limitación de un derecho fundamental, ya que los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir;¹¹

⁸ Tesis 1a./J. 55/2006, “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁹ Acción de Inconstitucionalidad 48/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, julio de 2011.

¹⁰ Tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, noviembre de 2016, t. II, p. 915.

¹¹ Al respecto, Saba señala que el principio de igualdad ante la ley entendido como “no discriminación” tiene su raíz en una versión individualista de la igualdad, sin embargo,

así, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos.¹²

En este contexto y en el caso que nos ocupa, el último párrafo del artículo 32 constitucional tiene su origen en la constitución de 1857 así como en el proyecto de constitución de Venustiano Carranza de 1916 (De Andrea Sánchez, 1992: 146). Si bien este artículo en general ha sufrido tres modificaciones a lo largo de los años (1934, 1944, 1997), la redacción del párrafo en comento se ha mantenido intacta. Así, en relación a las causas que originaron dicho párrafo y que se traduce en una preferencia de los mexicanos ante los extranjeros en igualdad de circunstancias para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano, la misma se debe a la preocupación del Constituyente de 1917 para salvaguardar la seguridad y soberanía nacional, ya que en el pasado se dieron casos en que extranjeros situados en posiciones estratégicas para la seguridad nacional traicionaron los intereses de México, poniendo en peligro la independencia nacional (De Andrea Sánchez, 1992: 146).

La SCJN ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el artículo 32 en comento en distintas ocasiones, siendo una de ellas en la acción de inconstitucionalidad 48/2009 interpuesta por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con relación a una distinción discriminatoria, motivada por el origen nacional respecto de los mexicanos por naturalización, la SCJN analizó el segundo párrafo del precitado artículo 32 constitucional el cual reza: “El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por

la misma no es acorde con una realidad social más amplia que contempla la pertenencia de ese individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos de prácticas sociales como consecuencia de ser de ese grupo, manifestando que esta versión individualizada de la igualdad requiere de una supuesta intención de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio seleccionado. El mismo autor citando a Fiss y Dworkin sostiene que, por lo anterior, las leyes no pueden ser juzgadas respecto a su constitucionalidad por la intención de los legisladores, dada las dificultades que se encuentran en el proceso de identificación de esa particular intención (Saba, 2007).

¹² Tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.), “PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, noviembre de 2016, t. II, p. 902.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión”.

En esta acción de inconstitucionalidad con relación a los cargos públicos que expresamente se reservan a mexicanos por nacimiento¹³ y que no adquieran otra nacionalidad, la SCJN puntualizó que la razón o los fines que tuvo en cuenta el órgano reformador para exigirlos así deriva de que el ejercicio de tales cargos se relaciona con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con la seguridad y defensa nacional, esto es, se trata de cargos o funciones ligados a conceptos de lealtad, identidad o soberanía nacional, respecto de los que debe evitarse toda suspicacia acerca de compromisos con Estados extranjeros. De lo anterior se puede concluir, con relación a la identificación de la finalidad constitucionalmente válida, que las distinciones que este artículo hace entre mexicanos que no adquieran otra nacionalidad, esto es, que no tengan compromisos con Estados extranjeros —como en el caso de los ciudadanos no mexicanos— tienen como única finalidad asegurar la soberanía y seguridad nacional bajo la salvaguarda a conceptos tales como la lealtad o identidad nacionales.

Una vez conocida la finalidad constitucionalmente válida del legislador para esta diferencia de trato y respecto al segundo punto, a saber, la *idoneidad de la medida legislativa*, para que la misma se configure se debe demostrar la existencia de una relación empírica entre la intervención al derecho y el fin que persiga dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya de algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador.¹⁴ En esta parte lo que se busca es identificar si la medida legislativa en cuestión resulta idónea para satisfacer, en su propia medida, su propósito constitucional o, en otras palabras, conocer si la diferenciación establecida en el párrafo analizado entre nacionales y extranjeros constituye una medida idónea para asegurar la soberanía y seguridad nacional.

¹³ El término “por nacimiento” dentro de este artículo ha sido muy discutido por considerarse que hace una distinción entre los mexicanos por nacimiento y los mexicanos por naturalización, para no perpetuar lo anterior, sólo nos referiremos a “mexicanos”, sin hacer distinción si es por nacimiento o no, en la medida que el propio texto nos lo permita.

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015.

Bajo este supuesto, es importante recordar lo señalado en el párrafo segundo del artículo 32 constitucional, el cual reza: “El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad”.

El citado párrafo establece diversos cargos públicos reservados expresamente para ciudadanos mexicanos por nacimiento y que no adquieran otra nacionalidad. Respecto al mismo y atendiendo a lo manifestado por el Pleno de la SCJN,¹⁵ el ejercicio de los cargos en los que se requiera ser mexicano por nacimiento sin haber adquirido otra nacionalidad se relacionan con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con *la seguridad y defensa nacional* debido a que se trata de *cargos o funciones ligados a conceptos de lealtad, identidad o soberanía nacionales* respecto de los que debe evitarse *toda suspicacia acerca de compromisos con Estados extranjeros*.¹⁶

En este sentido se desprende que el órgano legislador tuvo muy claro al redactar el segundo párrafo del artículo en comento que los empleos, cargos o comisiones que se relacionaban, en este caso, con la soberanía y seguridad nacional se reservaban exclusivamente a mexicanos por nacimiento, y no sólo eso sino, además, señaló la imperiosa necesidad de que los mismos no hubieran adquirido otra nacionalidad. Lo anterior no es así en el párrafo que se ha venido analizando, pues en el mismo expresamente se señala que la calidad de ciudadano no es indispensable, por lo que se aduce que dichos cargos, puestos o comisiones no interfieren en nada con la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional, por lo que esta preferencia de los mexicanos frente a los extranjeros en igualdad de circunstancias, aparte de ser desproporcionada, no resulta una medida idónea para conseguir los fines buscados por el constituyente.

Ahora, en lo referente, a la existencia de una relación empírica entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, la misma se torna un poco compleja de analizar, ya que dicho análisis se tendría que hacer en función de cada caso concreto, esto es, en función de cada empleo, cargo o comisión de gobierno en donde la calidad de

¹⁵ Acción de Inconstitucionalidad 48/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. t. XXXIV, julio de 2011.

¹⁶ Las cursivas son propias.

ciudadano no sea indispensable; sin embargo y con relación a la anterior premisa, se reitera lo manifestado en párrafos anteriores en el sentido de que, si el legislador hubiera tenido la más mínima duda de que los empleos, cargos o comisiones de gobierno en los que no sea indispensable la calidad de ciudadano, pudieran afectar de alguna manera la soberanía y seguridad nacional, hubiera hecho una manifestación expresa para que los mismos se reservaran exclusivamente a mexicanos que no hubieran adquirido otra nacionalidad como a los que hace referencia el párrafo segundo del artículo aquí analizado. En este sentido, se puede concluir que lo estipulado en el último párrafo del artículo 32 constitucional no es una medida idónea para conseguir los fines buscados por el constituyente en lo referente a la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional.

Sobre el hecho de que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental (tercer apartado de este test) se necesita corroborar: *a)* si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen, y *b)* determinar si las alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado.¹⁷ En este sentido, se busca analizar si la preferencia de los mexicanos a los extranjeros en igualdad de circunstancias para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno para las cuales la calidad de ciudadano no sea indispensable estipulada en el último párrafo del artículo 32 constitucional, es una medida legislativa necesaria para salvaguardar la soberanía y seguridad nacional o, por el contrario, existen medidas alternativas igualmente idóneas que afecten en menor grado el derecho de igualdad y no discriminación.

En el caso del primer aspecto de la prueba, se torna complicado toda vez que supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, lo que podría llevar a una búsqueda interminable de supuestos alternativos; sin embargo, este escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas a situaciones similares o bien alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno.¹⁸ En este sentido se parte

¹⁷ Tesis 1a. CCLXX/2016 (10a.), “TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, noviembre de 2016, t. II, p. 914.

¹⁸ Amparo en Revisión 237/2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 4 de noviembre de 2015.

de lo señalado por la Corte en la ya citada Acción de Inconstitucionalidad 48/2009 en donde manifestó:

...la propia Constitución establece diversos cargos públicos que expresamente *se reservan a mexicanos por nacimiento y que no adquieran otra nacionalidad*. Ello, atendido a que, como se advierte del procedimiento de reforma al artículo 32 constitucional, la razón o los fines que tuvo en cuenta el órgano reformador para exigirlo así, deriva de que *el ejercicio de tales cargos* se relaciona con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con la seguridad y defensa nacional, esto es, se trata de cargos o funciones ligados a conceptos de lealtad, identidad o soberanía nacionales, respecto de los que debe evitarse toda suspicacia acerca de compromisos con Estados extranjeros.¹⁹

Lo anterior es clara muestra de que hay empleos, cargos o comisiones de gobierno que no tienen relación con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con la seguridad y defensa nacional. Lo mismo lo corrobora el artículo 6o., fracción II, de la Ley Nacional de Seguridad, al señalar que para los efectos de esa Ley se entenderá por Instancias a las: “Instituciones y autoridades que en función de sus atribuciones participen directa o indirectamente en la Seguridad Nacional”. De igual forma el artículo 61 de la citada ley hace mención a: “... Los servidores públicos cuyas áreas estén relacionadas con la Seguridad Nacional...”. En este sentido es claro que si en la ley hay una distinción entre función de atribuciones que estén relacionadas con la seguridad nacional, es porque hay ciertos cargos de gobierno que no interfieren con estos intereses. No obstante lo anterior, la misma ley señala en su artículo 12, quiénes integrarán el Consejo de Seguridad, siendo todos los mencionados cargos públicos para los que es necesaria la calidad de mexicano por nacimiento, aunado a que la misma Ley de Seguridad en comento señala en su artículo 11 como requisito principal, ser mexicano por nacimiento para ser titular de las instituciones de seguridad nacional.

Ahora, es un hecho que, aparte de los cargos públicos estipulados en el artículo 12 en comento y de las personas que laboran bajo los términos de dicha ley, hay otros cargos públicos que de algún modo pudieran te-

¹⁹ Las cursivas son nuestras.

ner injerencia con la soberanía y seguridad nacional, mismos cargos que, por su naturaleza, tienen que estar estipulados en alguna ley secundaria, atendiendo en que, por regla general, los postulados contenidos en los preceptos constitucionales requieren de regulación posterior mediante la actividad legislativa ordinaria a fin de normar las situaciones particulares y concretas a la luz de los principios enunciados en el texto constitucional.²⁰ Estas normas secundarias establecen los requisitos para acceder a un cargo público, las cuales, de manera general, requieren ser ciudadano mexicano para ocupar estos empleos, cargos o comisiones. En este sentido, estas leyes reglamentarias, al estipular la nacionalidad mexicana como requisito para acceder a cargos públicos sea cual sea su naturaleza, resultan una medida alternativa en relación a los requisitos estipulados como ser mexicano para acceder, como ya estipuló la Corte, a un cargo que tenga relación con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado, o bien, con la seguridad y defensa nacional por ser cargos o funciones ligados a conceptos de lealtad, identidad o soberanía nacionales respecto de los que debe evitarse toda suspicacia acerca de compromisos con Estados extranjeros.

En este contexto y atendiendo al segundo aspecto de este examen de necesidad, esta medida alternativa de establecer en las leyes secundarias los requisitos para acceder, en este caso, a un empleo, cargo o comisión de gobierno que tenga alguna relación con la soberanía y seguridad nacional, pueden ser una alternativa viable para asegurar que sólo las personas que cumplan con el requisito de ser mexicano puedan acceder a los empleos, cargos o comisiones que tengan inferencia en asuntos de soberanía y seguridad del país, dejando con ello el libre acceso a extranjeros a los empleos, cargos o comisiones de gobierno para los cuales no sea indispensable la calidad de ciudadano por ser cargos que no interfieren con la soberanía y la seguridad nacional, respetando con ello el principio de igualdad y no discriminación.

Finalmente y con relación a la *proporcionalidad en sentido estricto de la medida*, lo que se busca es encontrar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persi-

²⁰ Tesis 2a. CXXIX/2010, "NORMAS CONSTITUCIONALES. POR REGLA GENERAL REQUIEREN DE REGULACIÓN A TRAVÉS DE LEYES SECUNDARIAS, SIN QUE EL LEGISLADOR PUEDA APARTARSE DEL ESPÍRITU DE AQUÉLLAS", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 1474.

guen con los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva del derecho fundamental afectado, a saber, el principio de igualdad y no discriminación, esto es, debe contrastarse la eficacia con la que la preferencia de ciudadanos mexicanos frente a ciudadanos extranjeros, en igualdad de circunstancias acorde a lo señalado el último párrafo del artículo 32 constitucional, satisface la soberanía y seguridad nacional con el nivel de afectación que esa misma preferencia comporta en el contenido *prima facie* del derecho a la igualdad y no discriminación. Ahora, atendiendo a la necesidad de la medida impugnada, se considera que permitir que extranjeros ocupen cargos públicos en los que no se requiera la calidad de ciudadano, no produce afectación sobre temas de la soberanía y seguridad nacional pues dichos puestos, por regla general, no versan sobre estas materias ya que la ley es muy clara al señalar los cargos públicos en los que es un requisito indispensable tener la ciudadanía mexicana en relación a que dichos empleos, cargos o comisiones están estrechamente vinculados con los intereses o el destino político de la Nación, las áreas estratégicas o prioritarias del Estado o con la seguridad y defensa nacional. En contraste con lo anterior, la aplicación de esta medida sí representa una afectación al principio de igualdad y no discriminación ya que restringe el acceso a un cargo público a extranjeros que estén en igualdad de circunstancias sobre el ciudadano mexicano cuando para dicho empleo, cargo o comisión no es indispensable la calidad de ciudadano. En este sentido, el último párrafo del artículo 32 constitucional no se circunscribe a regular los empleos, cargos o comisiones que sí estén ligados con la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional, sino que directamente hace una preferencia de los mexicanos sobre los extranjeros en igualdad de circunstancias para *toda clase* de concesiones, empleos, cargos o comisiones de gobierno en los que no sea indispensable la calidad de ciudadano independientemente de que dichos empleos cargos o comisiones tengan que ver o no con la soberanía y la seguridad nacional.

Con relación a lo precitado y a la medida constitucional en comento, sólo se justificaría si, empleando a un extranjero en un puesto, cargo o comisión de gobierno, en el cual no es requisito indispensable la calidad de ciudadano, se pusiera en peligro la soberanía y seguridad nacional, pero, como ya se ha explicado previamente, para ocupar algún cargo que esté estrechamente relacionado con la soberanía y seguridad nacional, es *indispensable* ser ciudadano mexicano por lo que ya están expresamente excluidos en las distintas leyes secundarias que regulan estos empleos, cargos

o comisiones, los ciudadanos extranjeros. Por lo anterior, resulta desproporcionada esta preferencia absoluta del ciudadano mexicano sobre el extranjero que estipula el párrafo 32 constitucional, ya que la misma va en contra del principio de igualdad y no discriminación.

De todo lo anterior se llega a la conclusión de que la finalidad del legislador para hacer esta diferenciación entre nacionales y extranjeros deviene de la imperiosa necesidad de asegurar la soberanía y seguridad nacional bajo la salvaguarda a conceptos tales como la lealtad o identidades nacionales; sin embargo, se considera, en lo referente a las consideraciones precitadas, que los cargos, puestos o comisiones de gobierno en los que la calidad de ciudadano no es indispensable, no interfieren con la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional, razón por la cual esta diferencia de trato no resulta una medida idónea para conseguir los fines buscados por el constituyente. Aunado a lo anterior, existen medidas alternativas, igualmente idóneas y menos lesivas para lograr dicho fin como la de establecer en las distintas leyes secundarias los requisitos para acceder, en este caso, a un empleo, cargo o comisión de gobierno que tenga alguna relación con la soberanía y seguridad nacional, dejando con ello el libre acceso a extranjeros a dichos empleos, cargos o comisiones de gobierno, no violentando con ello el principio de igualdad y no discriminación como lo hace actualmente el mandato derivado del último párrafo del artículo 32 constitucional; finalmente, el legislador ha dejado muy claro los empleos, cargos o comisiones de gobierno para los cuales es necesario contar con el requisito de ser mexicano, por lo que se considera que permitir a extranjeros ocupar cargos públicos en los que no sea necesario contar con la calidad de ciudadano mexicano, no produce afectación sobre temas de soberanía y seguridad nacional, pues, como ya se ha plasmado, dichos puestos no versan sobre estas materias, por lo que el trato diferenciado entre mexicanos y extranjeros en igualdad de circunstancias que estipula el último párrafo del artículo 32 constitucional no se encuentra justificado.

IV. COLISIÓN DE NORMAS. ENTRE LA INAPLICACIÓN O LA PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

La Corte IDH ha señalado que el principio de no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones, manifestado

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

que las distinciones basadas en el género, la raza, la religión y el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales; así, con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios debe estar cuidadosamente justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios (OC 18/03, 2003).

Lo anterior cobra relevancia con relación a que el Estado mexicano, al ser parte de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, está sujeto a una serie de obligaciones jurídicas respecto a toda persona bajo su jurisdicción con independencia de su nacionalidad, ya que los mismos tienen carácter vinculante para la interpretación de los derechos humanos reconocidos por la Constitución. En este sentido, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.²¹ De igual forma se ha pronunciado con relación al control de convencionalidad *ex officio* señalando que la obligación de ejercer este control en relación a una norma se actualiza aún en aquellos casos en los que el derecho humano de que se trate esté regulado en la propia Constitución federal.²²

En este mismo sentido, la Corte IDH ha manifestado que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, se debe realizar a través de lo que se denomina *control de convencionalidad*, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente de Varios 912/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, octubre de 2011, t. 1, p. 313.

²² Tesis: 1a./J. 38/2015 (10a.), “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. NO ES UNA CUESTIÓN DE SUBSIDIARIEDAD, POR LO QUE DEBE LLEVARSE A CABO AUN CUANDO EL DERECHO HUMANO DEL QUE SE TRATE ESTÉ CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, mayo de 2015, t. I, p. 186.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos (caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 2008).

A la luz de lo anterior, el último párrafo del artículo 32 constitucional debería ser inaplicable, ya que se considera que el mismo viola el *principio de igualdad y no discriminación* al dar preferencia a un ciudadano mexicano ante un extranjero para ocupar un empleo, cargo o comisión en el gobierno en donde la calidad de ciudadano no es una cualidad indispensable para dicho empleo, cargo o comisión; por lo anterior, el Estado mexicano podría aplicar un control de convencionalidad en el caso concreto.²³ No obstante lo expuesto, inaplicar una norma constitucional no es tan fácil, si bien la Corte IDH ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido (caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 2014), el problema radica cuando ese trato discriminatorio proviene de un mandato constitucional como es el caso que se ha venido analizando.

²³ Es importante no confundir el *control de convencionalidad* con la *interpretación conforme*, este última se define como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección. La diferencia estriba en que el control de convencionalidad es la facultad jurisdiccional de interpretar las normas constitucionales en virtud de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y dejar de aplicar alguna norma por ser contraria a estos estándares, por ser *inconvencional*, por otro lado la interpretación conforme es cuando una norma legal admite diversas formas de interpretación y, en este caso, se optará por la que esté más acorde con la Constitución. Con base en lo anterior y en relación al párrafo a que hemos venido haciendo alusión, no se podría aplicar una interpretación conforme a la Constitución porque es la misma Constitución la que contiene el párrafo a analizar, por lo que conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se podría considerar que dicho artículo no es acorde a los estándares internacionales de derechos humanos con relación a un *trato igualitario y no discriminatorio* y aplicar en este caso el llamado *control de convencionalidad*. Así, la doctrina del *control de convencionalidad* bien instrumentada puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos y edificar el *ius commune* en tal materia en el área interamericana (García Ramírez, 2011: 123-159).

Como ya se ha comentado a lo largo de estas líneas, el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, están reconocidos ampliamente en el derecho internacional de los derechos humanos favoreciendo siempre la protección más amplia. En México, hasta antes de la contradicción de tesis 293/2011, cuando un derecho humano era reconocido tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuera parte, la elección de la norma aplicable atendía a criterios que favorecieran al individuo o, lo que es lo mismo, se atendía a lo que se ha denominado principio *pro persona*, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional; en este sentido, en caso de que existiera una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de distintas fuentes, la regla era que prevalecía aquella que representara una mayor protección para la persona o que implicara una menor restricción.²⁴ Lo anterior, como se dijo, ha quedado en el pasado, pues el Pleno de la SCJN en la polémica contradicción de tesis que referimos —293/2011— resolvió que si bien, los derechos humanos consagrados en los distintos tratados internacionales ratificados por México tienen rango constitucional, cuando la Constitución prevea una restricción al ejercicio de los derechos humanos se deberá estar a lo que disponga la propia Constitución, esto es, frente a un conflicto lógico entre una norma constitucional (restrictiva) y una norma de un tratado internacional (más protectora), deberá prevalecer, invariablemente, la primera (Ortega, 2015). Lo precitado nos habla de una prevalencia de la norma constitucional frente a todas las demás normas, una decisión que ha sido muy criticada por los alcances de la misma y la cual no fue compartida por la mayoría de los ministros como se puede apreciar en el voto particular del ministro Cossío Díaz, el cual manifestó su postura manifestando que:

... lo que se generó con la adopción de este criterio es una regla hermenéutica de carácter general para decidir siempre en favor de la norma constitucional frente a la convencional; esta no es una regla de ponderación, sino una regla de preferencia de una fuente sobre otra. Consecuentemente, al mante-

²⁴ Tesis 1a./J. 107/2012 (10a.), “PRINCIPIO *PRO-PERSONA*. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, octubre de 2012, t. 2, p. 799.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 383-407.

nerse una regla de jerarquía, se eliminó la posibilidad de aplicar el principio pro persona para eliminar los conflictos entre normas de distinta fuente...²⁵

Lo anterior se torna relevante, en este caso, tratándose de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación reconocidos, como ya se dijo, tanto en la Constitución como en los diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, pues a partir de éste, lo que impera en esta inaplicación del principio *pro persona* cuando se trate de un mandato constitucional será una restricción de derechos; en este contexto, cuando haya una colisión entre la norma constitucional y una norma internacional, aunque lo acordado en la segunda sea más beneficioso para el gobernado, siempre imperará la norma constitucional aunque la misma sea contraria, como el caso que se ha venido analizando, al principio de igualdad y no discriminación.

Una medida alternativa para que siga imperando la normativa constitucional, respetando el derecho a la igualdad y no discriminación en este caso concreto, sería una reforma al artículo 32 constitucional para que se derogue este último párrafo y, en su lugar, si lo que el legislador busca es salvaguardar la seguridad nacional, que en el citado artículo se señale expresamente los empleos, cargos o comisiones de gobierno que tengan alguna relación —por más mínima que esta sea— con la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional remitiendo en relación a los requisitos para ocupar los mismos a lo estipulado en las respectivas leyes de la materia en las que el requisito indispensable para ocupar dichos empleos, cargos o comisiones sea la de ser ciudadano mexicano.

V. REFLEXIONES FINALES

Actualmente, dada las nuevas dinámicas de movilidad humana, cada día hay más personas viviendo fuera de sus países de origen.²⁶ En este contexto, los países receptores de migrantes (regulares e irregulares) están en todo su derecho de aplicar un tratamiento distinto a nacionales frente

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, 5 de abril de 2014, p. 96.

²⁶ Según datos de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), en el año 2015 habían 244 millones de personas viviendo fuera de sus lugares de origen, lo anterior representa el 3.3 por ciento de la población a nivel mundial.

a extranjeros, pero, como se ha venido argumentando a lo largo de estas páginas, dicho tratamiento debe de ser razonable, objetivo y proporcional, esto es, los mismos no pueden ser arbitrarios so pena de recurrir en responsabilidad internacional. Por lo anterior, se considera que el último párrafo del artículo 32 constitucional contradice el *derecho de igualdad y no discriminación* en lo concerniente a que el Estado mexicano debe de respetar los derechos y libertades reconocidos en los distintos tratados internacionales de los cual es parte y, con ello, garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos en ellos reconocidos, a toda persona bajo su jurisdicción *sin discriminación alguna*. Por lo anterior y atendiendo a la prevalencia de la norma constitucional frente a cualquier otra norma (incluyendo los tratados internacionales en materia de derechos humanos), sólo nos queda esperar que la SCJN se vuelva a pronunciar *efectivamente* al respecto, pues, sin pretender analizar el papel del Pleno en la sentencia 293/2011, rescatamos a partir de los votos particulares que, tratándose de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los distintos tratados internacionales, estos siempre deben de prevalecer ante cualquier circunstancia, aunque esto implique inaplicar la norma restrictiva o incluso derogarla. Lo anterior no afectaría en nada las restricciones consagradas en la Constitución siempre que se funden en un criterio justificado, tal como lo señala la jurisprudencia y la doctrina internacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANDREA SÁNCHEZ, Francisco de, 1992, “Comentario al artículo 32 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, 2002, “Caso *Willis vs. The United Kingdom*”, 11 de julio de 2002. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162249>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003, “Opinión Consultiva OC 18/03 del 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002, “OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016, “Caso *I. V. vs. Bolivia*, Sentencia del 30 de noviembre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016, “Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, Sentencia del 31 de agosto de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, “Caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia del 28 de agosto de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10134.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, “Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239”. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010, “Caso *Loor vs. Panamá*, Sentencia del 23 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008, “Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia del 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, “Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), serie C, núm. 154”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2005, “Caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia 8 de septiembre de 2005”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, “Caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas)”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003, OC 18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>.
- DULITZKY, Ariel, 2007, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, 2011, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel *et al.*, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2011, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, 2012, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, ONU, 1986, “Observación General núm. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf?view=1>.
- O'DONNELL, Daniel, 2004, “Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Colombia.
- ORTEGA, Ramón, 2015, “El enfoque restrictivo de los derechos humanos: comentarios a la contradicción de tesis 293/2011”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, enero-junio.
- NASH, C. y SARMIENTO, C., 2008, “Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11518>.

- SABA, Roberto, 2007, “Desigualdad estructural”, en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis.
- SAGÜES, Néstor, 2010, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.