

CAPÍTULO PRIMERO

LOS CAMBIOS EN LAS DECISIONES DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

I. INTRODUCCIÓN

Para observar el cambio en las decisiones de la SCJN en un periodo de diez años (2005-2015) analizamos 35 decisiones en temas de libertad de expresión, derecho a la no discriminación (matrimonio igualitario) y derechos reproductivos (aborto). En la primera parte del capítulo se presentan las transformaciones graduales en las sentencias: modificaciones en la forma de la redacción, consulta a expertos y a científicos para temas difíciles y la implementación de nuevas técnicas de interpretación jurídicas. Estos cambios en términos generales fueron importantes para la construcción de las sentencias judiciales porque permiten conocer la visión del derecho y la forma en la que razonan los jueces sobre los problemas jurídicos. Las preguntas: ¿cómo redactan y estructuran las sentencias? ¿Qué autores citan? ¿Qué técnicas de interpretación utilizan? Son para percatarse de las formas en las que los jueces entienden el derecho.

Tal como señalamos en la introducción, los indicadores que se utilizan son las decisiones de la SCJN a través de la lectura de los engroses, las tesis de jurisprudencia que se derivan de esos casos, porque ahí está una parte esencial de lo que los jueces quieren expresar y que vincula el ordenamiento jurídico, y también se revisó lo que la literatura ha generado sobre esos temas.

El segundo indicador son las citas utilizadas en las sentencias analizadas, porque por medio de las referencias se puede apreciar el cambio en la forma de entender el derecho constitucional, los derechos humanos y cómo la SCJN se va abriendo a otras fuentes del derecho en la construcción de las sentencias judiciales. Este indicador se divide en los siguientes ejes: citas a cortes internacionales en materia de derechos humanos, cortes de otros países, tratados internacionales, literatura nacional e internacional.

II. LOS CAMBIOS EN LA REDACCIÓN DE LAS SENTENCIAS

Leer y entender las expresiones de la SCJN no es sencillo por la forma de construir los engroses y el modelo de generación de jurisprudencia (Pou, 2016). A pesar de la dificultad para leer las sentencias de la SCJN es importante su estudio y análisis más allá del sentido de la decisión porque es la vía de expresión de los jueces y se pueden reconocer los razonamientos jurídicos.

Después de la reforma judicial de 1994, el modelo de sentencia judicial tenía dos rasgos en común: se prohibía citar autores vivos y en la sentencia se transcribía la totalidad de la demanda (Cossío y Lara, 2012). La transcripción de la demanda en extenso hacía que las sentencias fueran, en muchos casos, extensas y difíciles de leer. Los jueces que llegaron en 1994 en su mayoría provenían de la carrera judicial y siguieron este modelo de sentencias sin ningún inconveniente porque era la forma en la que habían aprendido a resolver los problemas. En términos de la teoría presentada sobre las instituciones era lo válido en el Poder Judicial y abandonarlo era iniciar un nuevo proceso de aprendizaje. Fue hasta 2003 cuando comenzó la renovación de la SCJN que gradualmente se fue modificando la forma de construir las sentencias.

El primer paso fue en junio de 2004, se publicó la Circular Única en la que se acordaron cambios en la forma de construir las sentencias en la Primera Sala de la SCJN. El propósito era tener más claridad en la redacción y en la forma de presentar los alegatos de las partes en disputa; sin embargo, cada juez quedó en libertad de elaborarlas según su criterio (Cossío y Lara, 2012). En 2007 reapareció la discusión sobre la redacción en las sentencias y con José Ramón Cossío como presidente de la Primera Sala en 2007 se elaboró el *Manual de redacción jurisdiccional para la Primera Sala* (Pérez Vázquez, 2007).

En 2011, el Pleno de la Primera Sala estipuló criterios para la elaboración de las sentencias a través de la Circular Única. De acuerdo con ésta, las sentencias deberán tener un índice, en el que se señalan las páginas sobre el trámite, los agravios, la competencia y el estudio del proyecto.

En el artículo 4o. de dicha Circular se dice: “Al momento de elaborar los proyectos se procurará reducir su extensión y evitar las transcripciones, por lo que los Secretarios de Estudio y Cuenta deberán sintetizar los conceptos de violación y/o los agravios hechos valer por el recurrente, además de adjuntar copia de los documentos...”.

Por otro lado, en el artículo 7o. se indica que cuando sean temas “novedosos” sobre interpretación constitucional o se discutan nuevos criterios,

los secretarios de estudio y cuenta tienen que elaborar y anexar en la síntesis los proyectos de tesis jurisprudenciales.¹

La forma y la redacción de las sentencias ha sido uno de los temas recurrentes desde 2004. Resalta que los esfuerzos por mejorar la redacción en un primer momento sólo vinieron de la Primera Sala. Ha existido una preocupación por hacerlas más claras y precisas, así como más fáciles para la lectura. También se ha buscado la apertura de las sentencias al uso de literatura jurídica y al derecho comparado. Desde 2004 comenzaron a aparecer sentencias más claras y cortas, sin transcripciones enteras de las demandas. Adicionalmente, se iniciaron esfuerzos institucionales para elaborar manuales de redacción y el establecimiento de criterios mínimos para presentar los proyectos.

1. *La consulta a expertos*

El segundo cambio en la construcción de las sentencias en la SCJN fue comenzar a tomar en cuenta la opinión de expertos y científicos respecto a temas en los que la Corte necesitaba formarse una opinión. Este hecho significó una apertura de la SCJN que no ha sido fácil, pero que gradualmente se fue institucionalizando.

El primer caso en el que se tomaron en cuenta la opinión de expertos y científicos en una determinada área temática fue en el Amparo en Revisión 2146/2005, resuelto el 27 de febrero de 2007. La SCJN se tenía que pronunciar sobre el caso de un grupo de militares que habían causado baja del Ejército por ser portadores del VIH. Uno de los temas centrales del amparo era determinar si el artículo 266 de la Ley del Instituto de Seguridad de las Fuerzas Armadas, que estipulaba que era motivo de baja del Ejército ser portador del VIH, era discriminatorio. Los militares argumentaban en su defensa jurídica que el artículo era inconstitucional y violaba sus derechos humanos.

Frente a este caso, José Ramón Cossío decidió consultar a científicos para tener más claridad sobre lo que implica la enfermedad. El juez mandó un cuestionario a dos expertos de la Academia Mexicana de Ciencias sobre el VIH y el SIDA, sus diferencias y sus implicaciones en la vida de los individuos. Entre las preguntas que el ministro se hacía estaba: ¿cuál es el impacto de la condición de ser seropositivo tratado en la capacidad de desempeñar

¹ Disponible en: http://www.teever.gob.mx/files/circular_unica_de_la_scjn.pdf.

un trabajo?² Este cuestionario y el apoyo en la opinión de los científicos generó discusión entre los jueces sobre la validez de tomar en consideración esas opiniones para juzgar por qué no fueron incorporadas en la demanda por ninguna de las partes en litigio.

Construir una nueva forma de escribir las sentencias judiciales y de abordar los problemas jurídicos es un proceso de aprendizaje y de socialización entre los jueces que muchas veces enfrenta resistencias. Los jueces de carrera judicial estaban familiarizados con un modelo de sentencias que aprendieron desde que iniciaron su carrera profesional, la incorporación de nuevas formas y pautas de comportamiento se fue dando de forma gradual.

Como se va a desarrollar en el capítulo cuarto, después de este episodio, en varios de los casos que enfrentó la SCJN se recurrió a la consulta de expertos y científicos para apoyarse en la decisión, por ejemplo, en los debates sobre el aborto en las acciones de inconstitucionalidad 146 y 147/2007, y en la Ley de Medios en la Acción de Inconstitucionalidad (26/2006).

2. Nuevas técnicas de interpretación jurídica

El tercer cambio es que aparece una nueva técnica de interpretación jurídica. La SCJN había afirmado en tesis de jurisprudencia el textualismo y cierto originalismo como técnicas de interpretación jurídica frente a los problemas que pueden implicar ciertos casos.

La Corte dice en 1998:

Frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión (Tesis P. XXVIII/98).

En 2000 la SCJN vuelve a insistir sobre las herramientas con las que se deben analizar los casos difíciles.

² Voto concurrente, José Ramón Cossío en el AR 2146/2005. Resuelto el 27 de febrero de 2007.

Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones... (Tesis P./J. 61/2000).

Frente a la obscuridad de la ley se debía recurrir al *Diario de los Debates* para buscar en el Constituyente y en las discusiones legislativas el sentido de la norma jurídica. Las herramientas jurídicas para interpretar la Constitución estaban ancladas en el formalismo-positivismo jurídico con técnicas como el textualismo y el originalismo. Estas técnicas de interpretación dificultan que los jueces puedan hacer una lectura constitucional que respalde los derechos humanos.

Los jueces después de la reforma judicial de 1994 afirmaban en tesis de jurisprudencia el textualismo y el originalismo como formas válidas para resolver los problemas jurídicos. Era parte de las rutinas entre los jueces construir las sentencias con estas técnicas de interpretación jurídica.

Sin embargo, en 2005 en la SCJN aparece el test de proporcionalidad (Alexy, 2006) que supone distinguir entre reglas y principios. El test de proporcionalidad tiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esta forma de aproximarse a los problemas jurídicos gradualmente se va a consolidar en varias tesis de jurisprudencia, además, se van a especificar las formas de usarlo. La Corte paulatinamente comienza a sopesar los principios que entran en conflicto en determinados conflictos jurídicos. Es en 2006 cuando aparece una *tesis hito* (López Medina, 2006) sobre el principio de proporcionalidad en México (Sánchez, 2009) en la que se explica a los tribunales y jueces cómo usar el principio de proporcionalidad (Sánchez, 2009).

En la tesis “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL” se dice lo siguiente:

En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente

válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos (Tesis 1a./J. 55/2006).

Desde entonces, el principio de proporcionalidad comenzó a utilizarse en la SCJN en diferentes casos vinculados con derechos humanos. Entre los primeros casos tenemos al Amparo en Revisión 307/ 2007, *caso militares VIH*; en materia de libertad de expresión el Amparo en Revisión 2044/2008, *caso Acámbaro*, sobre las tensiones entre libertad de expresión y derecho al honor (Díez, 2012). ¿Cómo llegaron estas técnicas de interpretación jurídicas a la SCJN? ¿Cómo fue el proceso de afirmar el textualismo en 2000 y 2005 al utilizar el test de proporcionalidad?

3. *Cambios en el sentido de las decisiones*

En este apartado nos concentraremos en otro conjunto de cambios que se dejaron sentir en las sentencias. Estos se refieren a la sustancia de éstas, y son en ellos en los que se evidencian mejor, temporalmente incluso, las variaciones en la forma que la SCJN comenzó a abordar las decisiones sobre derechos humanos.

III. PRIMER CAMBIO: VARIACIONES EN LAS DECISIONES

La razón por la que, para observar el cambio en la conducta de la SCJN en materia de derechos humanos, se analizan las decisiones en libertad de expre-

sión, derecho a la no discriminación (matrimonio entre personas del mismo sexo) y derechos reproductivos (aborto) es que las sentencias que se refieren a estos temas específicos suelen generar disenso entre los jueces, además, son llamativos mediáticamente. Adicionalmente, estos casos los podemos entender como parte del área de “penumbra” o área indeterminada en la que el juez se conduce con cierta discrecionalidad y elige una de las posibles respuestas al problema (Kelsen, 1981; Hart, 1980). Las decisiones analizadas son representativas porque ejemplifican distintos derechos que han estado presentes en los últimos lustros en la SCJN. Usamos estas decisiones para desarrollar teoría y poder ponerla a prueba.

Para organizar el referente empírico presentamos cuadros con las decisiones que la SCJN ha ido construyendo. Codificamos las decisiones de la siguiente forma: se leyeron las 35 decisiones para ubicar el sentido de la decisión y eso lo cotejamos y contrastamos con las tesis de jurisprudencia generadas en la materia mediante la revisión en el *Semanario Judicial de la Federación*, adicionalmente, revisamos literatura especializada sobre los temas para tener mayor claridad sobre la importancia de la decisión. De esta forma, se construyeron los siguientes cuadros que buscan mostrar los cambios en el sentido de las decisiones en la SCJN. Elegimos esta ruta porque el énfasis de la investigación está en la presencia de un nuevo dispositivo organizacional y su socialización en la SCJN como mecanismos causales para explicar las transformaciones en las decisiones judiciales. Se escogieron tres grandes temas para poder observar las modificaciones al sentido de las decisiones.

1. Decisiones sobre el derecho a la no discriminación (matrimonio entre personas del mismo sexo)

La Suprema Corte de Justicia en México ha tomado decisiones en temas como el derecho a la no discriminación. Uno de los casos emblemáticos en los que la Corte comenzó a abordar estos temas fue con el Amparo Directo en Revisión 6/2008 sobre el cambio de identidad sexual. El caso trata de una mujer que decidió cambiar de sexo de acuerdo con su identidad después de ser diagnosticada con “pseudohermafroditismo femenino”. Después de todo el proceso en la modificación del acta de nacimiento para estar de acuerdo con su nueva identidad, el Código Civil estipulaba en su artículo 138 una anotación marginal indicando que los datos habían cambiado.

En el amparo se apelaba que se violaba el derecho al desarrollo a la libre personalidad, y que se generaba discriminación. La Corte ejerció su facul-

tad de atracción y el Pleno decidió otorgar el amparo por 11 votos, pero las tensiones jurídicas en el Pleno fueron por declarar o no constitucional el artículo 138 del Código Civil. La mayoría de seis jueces votó por la constitucionalidad del artículo (Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González-Salas, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón y Ortiz Mayagoitia), mientras que cinco estuvieron en contra de la constitucionalidad por considerar que se violaba el artículo 1o. y el derecho a no ser discriminado (Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Silva Meza). Ésta es una de las sentencias en las que se inicia una línea ascendente en materia de derecho a la no discriminación y fue el primer paso para afirmar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta decisión se nutren muchas de las decisiones posteriores en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo porque la Corte afirmó como parte del libre desarrollo de la personalidad a la libertad de casarse o no.

Posteriormente a esta sentencia, la SCJN enfrentó el tema de los matrimonios entre personas del mismo sexo. En 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal estipuló en el Código Civil que el matrimonio es la “unión libre entre dos personas”. Este cambio generó que el procurador general de la República interpusiera una acción de inconstitucionalidad. En este conflicto la Corte sostuvo que la Constitución no protege a un solo tipo de familia y avanzó en una definición de matrimonio como “lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca con una vocación de estabilidad y permanencia”. Después de esta decisión, la Corte tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de leyes y decretos que definían al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer y lo vinculaban con la procreación.

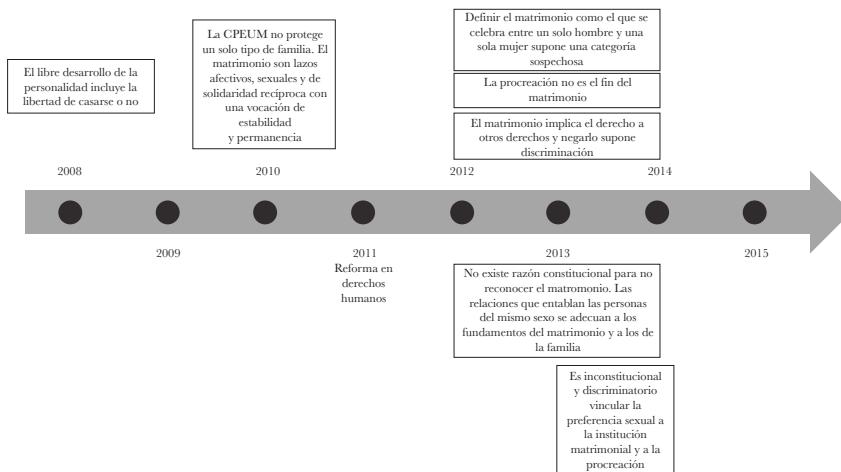
Es importante subrayar que el derecho a la no discriminación en el tema de matrimonios igualitarios ha tenido un avance importante en sede judicial antes que en sede parlamentaria. Los jueces son los que han impulsado en cierta medida este derecho. Los cambios en los casos de matrimonios igualitarios comenzaron con precisar el derecho a la libre personalidad y la posibilidad de casarse o no como parte de ese derecho; posteriormente, en un lapso de seis años la Corte definió el matrimonio como “lazos afectivos”, luego lo desvinculó de la procreación y de la preferencia sexual, y agregó que es puerta de entrada a otros derechos, por lo que prohibirlo a las parejas del mismo sexo es discriminatorio. Finalmente, se estipuló que es inconstitucional y discriminatorio vincular la preferencia sexual y la procreación con el matrimonio.

Como puede verse, en el periodo estudiado existe una importante variación en el tema: la descripción de las decisiones permite ver cambios

graduales que van garantizando el derecho a no ser discriminado por la orientación sexual y poder acceder a todos los derechos que ofrece el matrimonio. Mientras las legislaturas locales insistían en definir el matrimonio entre un hombre y una mujer con el propósito de la procreación, la SCJN indicaba que el matrimonio no se puede asociar con la procreación y la preferencia sexual. Es necesario entender qué explica esta variación en las decisiones de la Corte, en tanto el punto de partida es muy distinto que el de llegada, y comprender por qué avanzó en esa dirección decisión tras decisión.³

CUADRO 1

Derecho a la no discriminación (matrimonio entre personas del mismo sexo)



2. Decisiones sobre libertad de expresión

En materia de libertad de expresión la SCJN ha abordado un número importante de casos y ha precisado sus dimensiones (Pou, 2014; Cossío *et al.*, 2014). Muchas de las tensiones en estos casos son sobre la libertad de expresión, derecho a la información y derecho al honor (Pou, 2014). A partir de 2005 y hasta 2014 se puede apreciar una importante variación en las decisiones, paulatinamente la SCJN garantizó el derecho a la libertad de expresión y matizó sus dimensiones.

³ Los casos analizados son los siguientes: AD 6/2008, AC 2/2010, AR 581/2012, AR457/2012, AR 567/2012, AR 152/2013, AR 263/2014, AR 122/2014, AR 591/2014, AR 704/2014, AR 122/2014, AR 263/2014, AR 483/2014, AR 735/2014.

El punto de partida sobre la libertad de expresión es el Amparo en Revisión 2676/2003, el cual fue resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia el 5 de octubre de 2005. Como lo mencionamos en la introducción, Sergio Witz Rodríguez se amparó por un proceso iniciado en su contra por la publicación de un poema sobre la bandera (“La patria entre mierda”). Witz apelaba a la inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal que estipula los “ultrajes a los símbolos nacionales”. La mayoría en la Primera Sala votaron en contra de otorgarle el amparo y la minoría formada por José Ramón Cossío (ministro ponente) y Juan Silva Meza votaron a favor de darle el amparo.

En la sentencia se afirma que la libertad de expresión está garantizada en la Constitución, pero que tiene límites y restricciones como, por ejemplo, los ataques a la moral, la vida privada, y la no perturbación del orden público.

Después de este caso, la SCJN tomó decisiones a favor de la libertad de expresión. En los diferentes casos que la Corte enfrentó se definieron criterios sobre la libertad de expresión y la democracia, los medios de comunicación y su función en una democracia, y los límites del interés público a la vida privada de funcionarios (Cossío *et al.*, 2014).

Por ejemplo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Primera Sala afirmó, en la resolución del Amparo Directo en Revisión 2044/2008, el vínculo indisoluble entre la expresión de ideas y opiniones y la democracia. En el Amparo Directo 6/2009 la Primera Sala garantizó la defensa de emitir ideas y su difusión sobre el interés público porque es fundamental para la generación de opinión pública en contextos democráticos.

En los casos resueltos sobre libertad de expresión, la Corte ha establecido distintos criterios; en 2005, en la sentencia relativa al poema “La patria entre mierda”, la SCJN apelaba a la defensa de la moral como uno de los límites a la libertad de expresión. Después de esa decisión, los criterios cambiaron y se afirmó que la libertad de expresión es una condición necesaria para una democracia representativa, reconociendo que la prensa cumple un rol trascendental para la creación de opinión pública y que debe estar sujeta a las mismas garantías que exige. Un hecho a destacar es que las primeras decisiones que marcaron el desarrollo de las decisiones se sostuvieron en los criterios de la Corte Interamericana y en la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

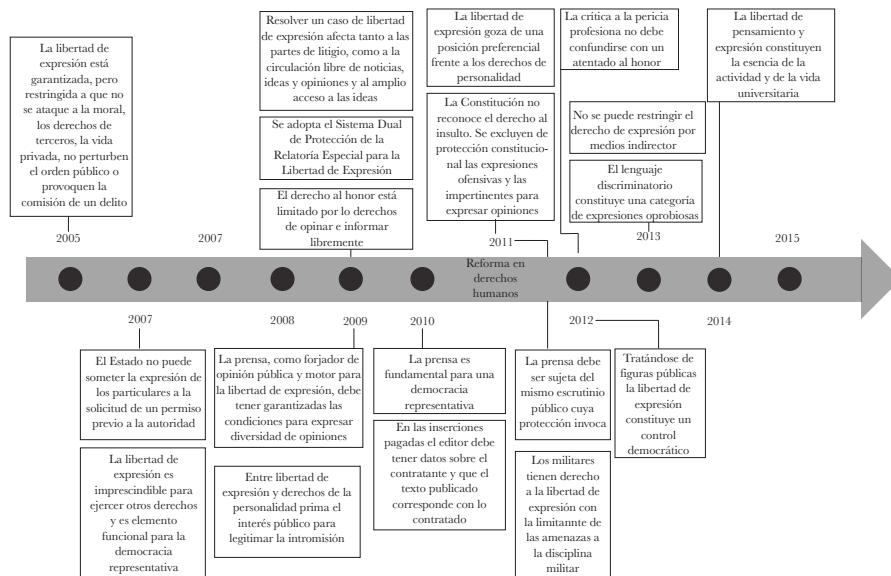
También, la SCJN estipuló la no autorización constitucional del insulto y el lenguaje discriminatorio como una categoría de expresiones oprobiosas.

Finalmente, una de las últimas decisiones sostuvo la libertad de expresión como parte de la esencia de la vida universitaria.

Esta evolución en los criterios y en la forma de garantizar el derecho a la libertad de expresión nos permite ver el cambio en la forma de entender las tensiones jurídicas por parte de la SCJN. Las sentencias que marcan este desarrollo jurisprudencial tienen lugar antes de la reforma de derechos humanos de 2011, en 2006 y 2009. Hay una variación importante en la que la SCJN cambia el rumbo y se apega a criterios internacionales para garantizar y profundizar en un derecho significativo para la democracia mexicana. Estos cambios revelan que la SCJN está garantizando la libertad de expresión como una condición para la democracia representativa, y está precisando sus dimensiones y límites. Además, en esta narrativa ha definido un papel para la prensa, las figuras públicas y el interés público.

CUADRO 2

Libertad de expresión



¿Por qué la SCJN asumió los criterios de la Corte Interamericana y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en 2006 y 2009, si en 2005 había estipulado que la moral es un límite para la libertad de expresión?

La explicación a esta variación en el tema del derecho a la libertad de expresión es un tema pendiente en la literatura sobre conducta judicial de la SCJN en materia de derechos humanos. La variación puede verse en el cuadro 2.⁴

3. *Decisiones sobre derechos reproductivos (decisiones en torno al aborto)*

En materia de derechos reproductivos la SCJN ha experimentado tensiones y problemas sobre la autorización del aborto en determinadas condiciones. En 2002 la Corte tomó la primera decisión en esta materia, sosteniendo que la Constitución protege el derecho a la vida independientemente del ciclo biológico en el que se encuentre. Esta decisión es el punto de partida para ver la variación en esta materia y de los problemas que enfrentaron los jueces en dos temas: ¿la Constitución protege la vida desde la concepción? Si es así, ¿cuándo surge la vida?

En 2008, después de una larga discusión en la que se involucraron expertos y la sociedad civil, la SCJN sostuvo que la Constitución no reconoce el derecho a la vida en sentido normativo y que el aborto en la Ciudad de México es válido antes de la décimo segunda semana de gestación. En esta misma línea, en 2010 la Corte afirmó que la píldora del día siguiente es constitucional como método anticonceptivo.

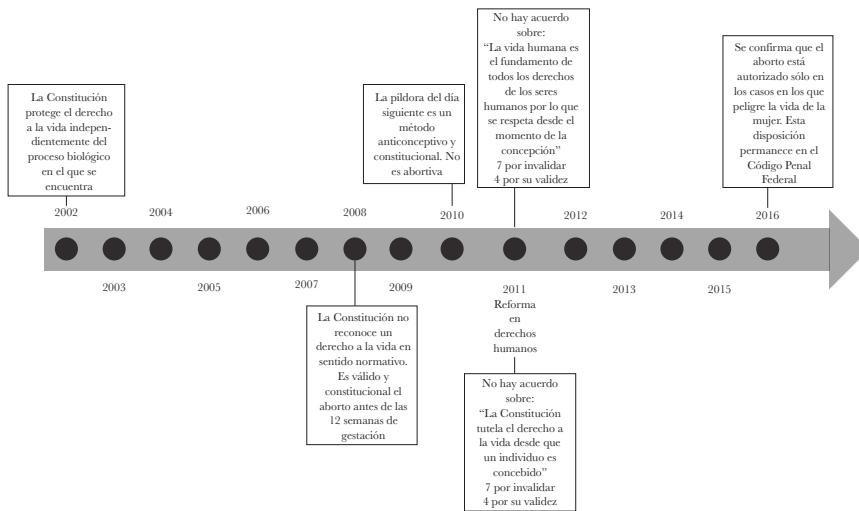
Posterior a estas decisiones, varios estados (Baja California, San Luis Potosí) modificaron sus Constituciones para establecer el derecho a la vida desde la concepción. Esto implicó que, para que se determinara la constitucionalidad de esas reformas, se acudiera a la SCJN en 2011.

En estos casos no hubo acuerdo entre los jueces, por ello las controversias se tuvieron que desechar. Las votaciones por declarar inconstitucionales los artículos de las Constituciones locales quedaron siete a favor de la inconstitucionalidad y cuatro por declarar la validez de los artículos impugnados. Faltó el voto de un juez para declarar la inconstitucionalidad de esas reformas. No hubo acuerdo para precisar si los estados pueden legislar y señalar la protección a la vida desde la concepción.

⁴ AR 2676/2003, *caso Bandera*; AR1595/2006, *Repartidor de octavillas*; ADR 2044/2008, *caso Acámbaro*; AD 6/2009, *Sahagún vs Olga Wornat*; AR1302/2009, *Esquila Reforma*; ADR 27/2009, *Inmunidad parlamentaria. IFE*; AD8/2012, *Contralínea*; AD28/2010, *La Jornada vs Letras Libres*; ADR. 2411/2012, *Marín vs Meyer*; ADR 3/2011, *Demonios del Eden*; ADR 2806/2012, *caso Puñal maricón*; AR 448/2010, *Libertad de expresión en el ejército*; AR16/2002, *Nissan vs BMW*; AI 29/2011, *caso Duarte*; ADR 3123/2013, *UAM*.

La última decisión analizada en materia de aborto fue en 2016. En el proyecto de sentencia se buscaba declarar inconstitucionales los artículos del Código Penal federal que estipulan que el aborto sólo está permitido cuando peligra la vida de la mujer. Este proyecto de sentencia significaba un avance en el tema del aborto y sus tensiones por las legislaciones locales en materia del derecho a la vida. Sin embargo, este proyecto, autoría del ministro Zaldívar, fue derrotado en la Primera Sala y se turnó a otro juez para que elaborara otro proyecto de sentencia.

CUADRO 3
Derechos reproductivos



Existe una variación importante en el tema de derechos reproductivos porque los jueces en sus sentencias han pasado de leer que la Constitución protege el derecho a la vida, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre, a precisar que la Constitución no garantiza el derecho a la vida en sentido normativo. Esta variación ha generado muchas tensiones entre los jueces y, pese a consultar a expertos y científicos, los jueces siguen discutiendo cuándo surge la vida y sus implicaciones constitucionales. Estas notorias variaciones demandan una explicación detrás de los cambios en la jurisprudencia de la SCJN.⁵

⁵ AI 10/2000, *Aborto*; AI 146/2007 y 147/2007, *Aborto*; AI 11/2009, *Aborto entidades federativas*; CC 54/2009, *Píldora del día siguiente*; AR 1388/2015, *Aborto*.

IV. EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL: INFLUENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LITERATURA

Analizar las citas en las sentencias judiciales permite conocer y examinar la actitud del juez frente al derecho, a través de las citas se pueden apreciar las fuentes en las que se apoya y su visión del derecho constitucional. ¿La SCJN tiene un diálogo jurisprudencial con otras cortes supremas? ¿Sigue las decisiones de cortes internacionales, tales como la Corte Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional? El uso del derecho internacional por las cortes locales se ha convertido en un campo de investigación en el derecho comparado (Bahdi, 2002), por lo que este es el segundo indicador que se utiliza para mostrar el cambio en el sentido de las decisiones de los jueces constitucionales.

La interacción que tienen las cortes con decisiones de sus pares de otros países y tribunales internacionales por medio de citas y referencias es conocido como un “diálogo jurisprudencial” entre cortes y sentencias ejecutorias (Ahdieh, 2004). Existen distintas respuestas del porqué las cortes locales usan derecho internacional y citan a otras pese a no estar obligadas a hacerlo en muchos casos (Bahdi, 2002; Sandholtz, 2015; González-Ocantos, 2018). El uso de derecho internacional en temas de derechos humanos es la referencia más recurrida por las cortes supremas (Sandholtz, 2015). Actualmente, cada vez toma más relevancia la jurisprudencia comparada en la argumentación de los jueces y las cortes como una guía y orientación (Serna, 2012). En América Latina es reciente el análisis sobre el uso que hacen las cortes del derecho internacional y cada vez se comienzan a tener más trabajos que abordan sobre todo la interacción de las cortes locales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Rodiles, 2016; González-Ocantos, 2018).

¿Por qué las cortes supremas usan el derecho internacional? La literatura ofrece varias respuestas. La primera pone énfasis en la internacionalización del lenguaje de los derechos humanos; la segunda considera las motivaciones propias de los jueces (Sandholtz, 2015), y, finalmente, una tercera respuesta es por los mecanismos de difusión que despliegan las cortes internacionales, como lo es la Interamericana, de su jurisprudencia (González-Ocantos, 2018).

Para el caso de México es muy significativa la apertura de la Corte hacia el exterior, ya que durante gran parte del siglo XX existió un “nacionalismo jurídico” que veía con recelo la adopción de otras tradiciones en el estudio

del derecho (Fix-Fierro, 2013); adicionalmente, el derecho comparado no tuvo mucho desarrollo entre los juristas mexicanos (Hale, 2011).

Actualmente, en el debate existen dos posturas encontradas sobre la relación de la SCJN con el derecho internacional. La mirada nacionalista apela al principio de soberanía nacional y de la pirámide jerárquica en la cual está la Constitución por encima de cualquier norma (Serna, 2012). La literatura precisa que uno de los principales obstáculos en el desarrollo del derecho internacional es la concepción que muchos Estados tienen sobre su soberanía (Jayawickrama, 2002). Por otro lado, está la mirada que reconoce la importancia de los tratados internacionales y de la Corte Interamericana, y la necesidad de contar con una defensa supranacional de los derechos humanos (Serna, 2012).

De esta forma, se debe analizar si la Corte paulatinamente tuvo una apertura hacia el derecho comparado y si se amplió la mirada para ver cómo otras cortes habían decidido problemas similares. El artículo 133 constitucional que trata sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento mexicano no ha sido modificado desde 1934; se ha mantenido constante desde entonces, pero lo que sí ha variado es la interpretación que hacen los jueces. El tema de fondo de la disputa jurídica es determinar el papel que tienen los tratados internacionales y su vínculo jerárquico con la Constitución.

Tres decisiones han marcado el debate en esta materia. La primera fue en 1992 en un contexto autoritario y con una Corte sin independencia. En la Tesis P.C./1992 se sostuvo que los tratados internacionales estaban en el mismo nivel normativo que las leyes federales y por debajo de la Constitución.

En 1999 una Suprema Corte de Justicia renovada en su independencia y poder, cambió el criterio de interpretación del artículo 133 constitucional, en el Amparo 1475/1998 determinó que los tratados internacionales están ubicados por encima de las leyes federales y abajo de la Constitución. En 2007 la Corte volvió a decidir sobre el significado del artículo 133 constitucional. En esta ocasión, mediante la Tesis Jurisprudencial P. IX/2007, la Corte sostuvo que los tratados internacionales se ubican por encima de las leyes generales, federales y locales.

Desde entonces, distintos actores han apelado a que la Corte definiera mediante la interpretación del artículo 133 constitucional la jerarquía de los tratados internacionales. Fue hasta la reforma en materia de derechos humanos, con las adiciones al artículo 1o. constitucional, que existió más claridad en el tema.

Además de la influencia de tribunales internacionales, un aspecto adicional del diálogo jurisprudencial se refiere a la literatura que se cita en las sentencias. ¿Cómo usa la Suprema Corte de Justicia la literatura jurídica? ¿Cita autores nacionales o internacionales? En la SCJN existía un acuerdo en el que se prohibía citar autores vivos en las sentencias (Cossío y Lara, 2012), no obstante, actualmente aparecen referencias y citas tanto de doctrina jurídica de autores vivos, así como decisiones de otras cortes del mundo. También, se incorporó a las sentencias literatura científica de otras disciplinas como la medicina, la biología o la psicología. Como apuntan Tiller y Cross (2006), es importante ubicar y analizar cómo los jueces utilizan el derecho porque la forma en la que lo usan proviene de sus espacios de socialización: escuelas de derecho, estudios de posgrado, su entorno y relaciones con los demás jueces.

Usar determinada literatura jurídica refleja la mirada que tienen los jueces y la SCJN sobre el derecho y sus fuentes. Una Corte que está dialogando con sus pares sobre los mismos problemas, y que está utilizando derecho comparado, sugiere que está usando otras fuentes del derecho para justificar sus decisiones. De esta forma, las fuentes del derecho no se reducen a lo que dice el código, la ley y la Constitución, sino que sus fuentes son los tratados internacionales y lo que dicen otros tribunales. Un reto de la literatura sobre la conducta de la SCJN en materia de derechos humanos es la explicación de por qué se comenzó a tener un diálogo jurisprudencial.

1. Diálogo jurisprudencial y citas en decisiones sobre el derecho a la no discriminación

En la forma en que la SCJN utiliza decisiones de otras cortes y de tribunales internacionales en derechos humanos existe una variación. En 2008, cuando la Corte sostuvo que el desarrollo de la libre personalidad incluye el derecho o no a casarse, se utilizaron leyes sobre el tema de otros países⁶ y decisiones de cortes internacionales en derechos humanos como el Tribunal

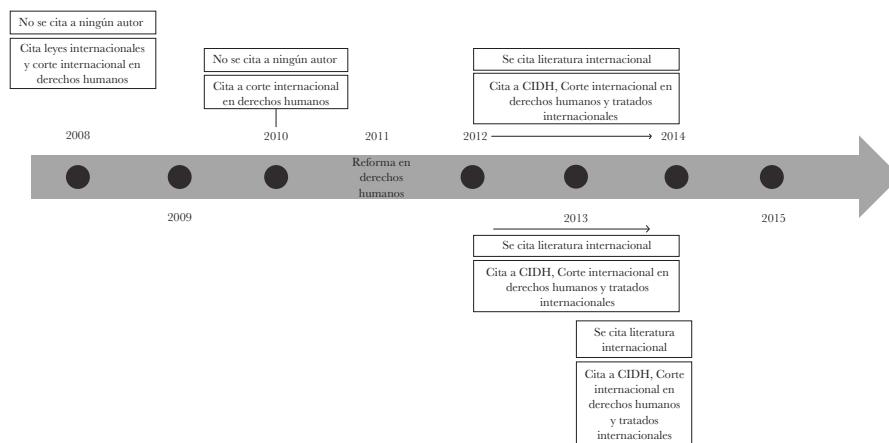
⁶ Ley sueca del 21 de abril de 1972. La ley alemana, del 11 de agosto de 1980. La ley italiana número 164, del 14 de abril de 1982. Reino Unido, Ley de Reconocimiento de Género (Gender Recognition Act), expedida en 2004. La ley holandesa, del 24 de abril de 1985, que modifica el artículo 29 del Código Civil. España, a través de la ley 3/2007, del 15 de marzo de 2007, “Ley Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas”. Convenio de Roma.

Europeo de Derechos Humanos, en el *caso Christine Goodwin vs. Reino Unido*. No había referencias a literatura, internacional ni nacional.

En 2010, cuando la Corte sostuvo que la Constitución no protege un solo tipo de familia y definió el matrimonio como lazos afectivos, se citó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y no se citó ningún autor ni literatura.

Con los amparos promovidos durante 2012 las cosas comenzaron a cambiar. Se retomaron las dos decisiones anteriores, pero los elementos adicionales que se agregan en la decisión —la procreación no es el fin del matrimonio, y el matrimonio es el derecho a otros derechos, por lo que negarlo es discriminar— se sostuvieron tanto en literatura internacional, como en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tratados internacionales y cortes internacionales. La literatura internacional comienza a utilizarse en estas sentencias, sobre todo el texto de Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia* (2012), y también aparece Roberto Saba y su texto sobre las categorías sospechosas (2009). El diálogo que se establece tanto con las demás cortes internacionales, como con los tribunales en derechos humanos es mayor en las sentencias que aparecen a partir de 2012. Comienzan a construirse como una línea de argumentos y citas que no se violentan una a otra.

CUADRO 4
Diálogo jurisprudencial en las decisiones sobre derecho a la no discriminación (matrimonio entre personas del mismo sexo)



En este primer eje temático se puede apreciar el uso que de las fuentes del derecho hace la SCJN. Desde el primer caso en 2008, se usó el derecho comparado y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en las últimas decisiones se utilizaron criterios de la Corte Interamericana, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tratados internacionales y literatura internacional para justificar las decisiones. Esta variación en las herramientas jurídicas que utiliza la SCJN para garantizar el derecho a la no discriminación sugiere una Corte abierta al diálogo con sus pares internacionales y que considera otras fuentes del derecho.

Todo lo anterior puede ubicarse cronológicamente en el cuadro 4.

2. *Diálogo jurisprudencial y citas en decisiones sobre libertad de expresión*

En 2005 la SCJN negó el amparo al poeta por escribir el poema “La patria entre mierda”, justificando su decisión en el *Diario de los Debates*; buscó el sentido de la norma en lo que el legislador quiso decir. Un año después, en el Amparo Directo 1595/2006 conocido como el “Repartidor de octavillas”, la SCJN utilizó lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para afirmar el derecho a la libertad de expresión como un derecho fundamental en contextos democráticos para que los ciudadanos puedan ejercer otros derechos.

Posteriormente, en 2009, en la sentencia conocida como el *caso Acámbaro*, ADR 2044/2008, la SCJN sostiene su decisión en la Corte Interamericana y adopta el estándar de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: sistema dual de protección, utiliza lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tratados internacionales y usa literatura internacional en su decisión. Ésta es importante porque la SCJN comienza a tener un diálogo jurisprudencial con otras cortes internacionales en derechos humanos, utiliza las herramientas del derecho con las que cuenta como los tratados internacionales, y lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un lapso de cuatro años hay un cambio importante en la forma en que se utiliza el derecho por parte de la Corte.

Desde entonces, las decisiones y el diálogo jurisprudencial van en avance, como en el Amparo 28/2010 en el que se estipula que la Constitución no reconoce el derecho al insulto y que la prensa debe ser sujeta al mismo nivel de escrutinio que invoca. En esa sentencia se utilizaron como referentes a la Corte Interamericana, cortes internacionales (Estados Unidos y la Corte Colombiana, Tribunal Constitucional Español), cortes internacionales de

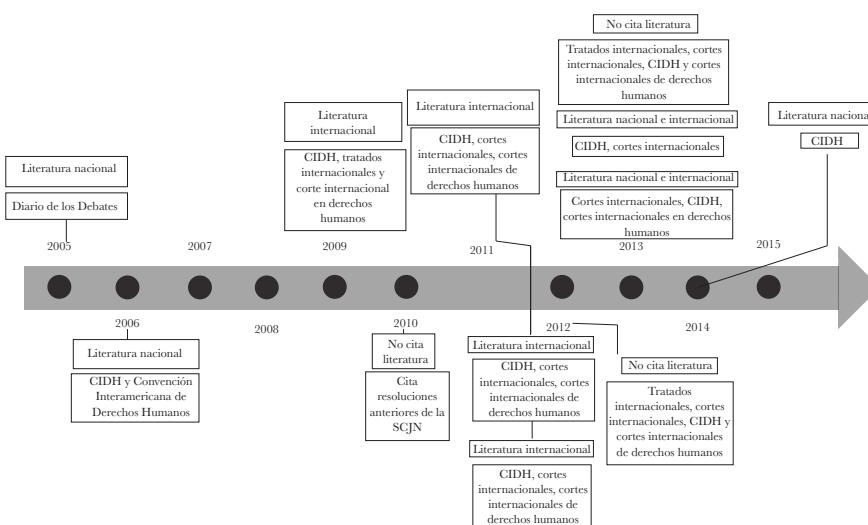
derechos humanos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y literatura internacional. Es decir, la Corte tiene una conversación con el derecho internacional y las decisiones de sus pares en otras partes del mundo.

En el Amparo Directo en Revisión 2806/2012, sobre el uso del lenguaje discriminatorio, la SCJN volvió a sostener que la Constitución no autoriza el derecho al insulto y afirmó que el lenguaje que discrimina es ofensivo y no está protegido por la Constitución. Para construir esta sentencia la Corte utilizó lo dicho por cortes internacionales, como el Tribunal Penal Internacional de Ruanda, el Tribunal Constitucional Español, la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y literatura internacional y nacional.

La SCJN utiliza las herramientas que el panorama del derecho le proporciona. Resaltan tres elementos: el primero es que la SCJN se inserta en la conversación internacional de los problemas de los derechos humanos, revisando y utilizando lo que otras han dicho sobre los mismos problemas en los que la Corte se tiene que pronunciar, oscilando entre dos referentes principales: el Tribunal Español y la Corte de Estados Unidos.

El segundo aspecto sobresaliente es que la SCJN utiliza como referentes lo que los tribunales en derechos humanos han dicho en casos similares, sobre todo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte IDH.

CUADRO 5 *Diálogo jurisprudencial en las decisiones sobre libertad de expresión*



Un tercer rasgo sobresaliente es que se cita explícitamente literatura de autores, tanto del mundo del derecho como de otras disciplinas, hecho que antes estaba prohibido. Destaca literatura internacional por encima de la nacional. Estos cambios sugieren que la Corte inserta el uso del derecho internacional y busca conversar con sus pares.

En materia de libertad de expresión sobresale que, desde antes del *caso Radilla* y de la reforma de derechos humanos de 2011 que obliga a utilizar fuentes internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aparece citada como un referente en las decisiones, lo que hablaba de una apertura gradual de la SCJN a los referentes internacionales. Este elemento puede observarse en el cuadro 5.

3. Diálogo jurisprudencial y citas en decisiones sobre derechos reproductivos

El tema del aborto en la SCJN ha sido polémico por las diferencias entre los jueces sobre el momento del surgimiento de la vida. En esta discusión paulatinamente se ha dado un diálogo jurisprudencial y se ha usado la opinión de científicos. En la primera decisión en 2002, en la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, la Corte utilizó el *Diario de los Debates* para justificar que la Constitución protege el derecho a la vida y los tratados internacionales.

Seis años después, en la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, la Corte llamó a expertos y científicos para interrogarlos sobre cuándo surge la vida y las implicaciones del aborto. En la decisión sobre la autorización del aborto antes de las 12 semanas de gestación, la SCJN utilizó lo dicho por cortes internacionales (Corte de Estados Unidos, Corte Suprema de Canadá, Tribunal Constitucional de España, Corte Interamericana), literatura nacional (Sergio García Ramírez), e internacional (Manuel Atienza). Un hecho que llama la atención en esta sentencia es que se acordó que los considerandos no constituyen jurisprudencia.

En 2010, con la Controversia Constitucional 54/2009 sobre la píldora del día siguiente, se utilizó como guía y fuente las decisiones de la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000 y en las acciones de inconstitucionalidad 146 y 147/2007. En la construcción de las sentencias se citan referencias de la Corte Interamericana y cortes internacionales.

Después de esta sentencia los estados comenzaron a legislar para poner en sus Constituciones la protección a la vida desde la concepción. En 2011 llegaron a la Corte las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009 relativas a las reformas realizadas por los estados de Baja California y San

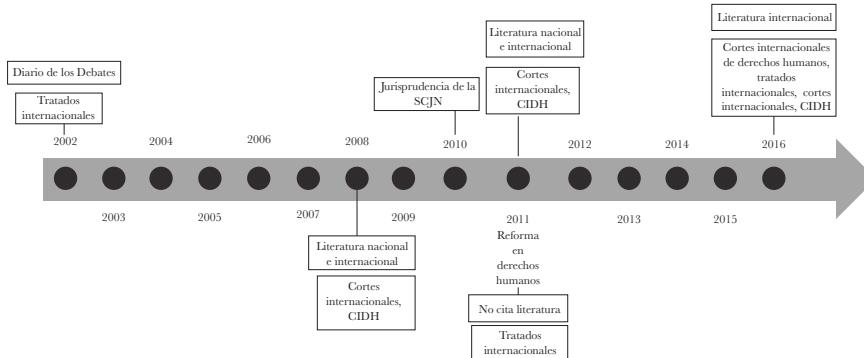
Luis Potosí. En esta ocasión, para la sentencia 11/2009, la SCJN utilizó tratados internacionales, y para la 62/2009 utilizó referencias de la Corte Interamericana, cortes internacionales, literatura nacional e internacional. En estas dos decisiones la SCJN no logró un acuerdo ya que en las votaciones estuvieron siete a cuatro, por lo tanto, se desecharon.

Finalmente, la última sentencia relativa al aborto fue en el Amparo en Revisión 1388/2015 decidido el 29 de junio de 2016. Pese a que la postura planteada en el proyecto fue derrotada, éste se basó en cortes internacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), tratados internacionales, Corte Interamericana y literatura internacional.

En el tema de los derechos reproductivos podemos ver una evolución sobre todo en la visión que se tiene de lo que dice la Constitución respecto al derecho a la vida, y en esta discusión las fuentes del derecho cambiaron: del *Diario de los Debates* a lo que dice la Corte de Estados Unidos, el Tribunal Constitucional de España y la Corte Interamericana, además de las posturas de Manuel Atienza y Sergio García Ramírez.

La SCJN se inserta en la conversación sobre los derechos humanos en la región, mira lo dicho por otros tribunales y cortes, y utiliza literatura internacional en su mayoría. Este tema también permite ver que frente a la oscuridad del derecho se ha recurrido a expertos, científicos y a lo que han dicho otras cortes antes que al *Diario de los Debates*. Este cambio es gradual, pero importante en la forma en la que la SCJN aborda los problemas jurídicos y las tensiones. Esto puede observarse en el siguiente cuadro:

CUADRO 6
Diálogo jurisprudencial en decisiones sobre derechos reproductivos



V. CONCLUSIONES: LA NECESIDAD DE EXPLICAR EL CAMBIO EN LAS DECISIONES DE LA SCJN EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS

En los últimos 10 años la conducta de la SCJN en materia de derechos humanos en temas de libertad de expresión, derecho a la no discriminación (matrimonio entre personas del mismo sexo) y derechos reproductivos ha variado y se ha transformado. En primer lugar, esto se evidencia en el triple cambio que experimentaron las sentencias: redacción, consulta a expertos y la incorporación del principio de proporcionalidad. Dichos cambios modificaron procesos cognitivos y rutinas de comportamiento en la Corte e implicaron un nuevo proceso de aprendizaje entre los jueces.

Posteriormente, se puede apreciar la transformación sustantiva de las sentencias en dos grandes ejes: en el sentido de las decisiones y en el diálogo jurisprudencial que se construye con las sentencias. En lo que respecta a las decisiones, en los temas analizados existe una variación importante en la lectura que los jueces hacen de la Constitución estipulando lo que implica la libertad de expresión, derecho a la no discriminación a través del matrimonio y el significado del aborto como parte de los derechos reproductivos.

En materia de derecho a la no discriminación se sostuvo que la Constitución no protege un solo tipo de familia, que el matrimonio es un derecho a otros derechos y que negarlo supone discriminar, por lo que el matrimonio no puede asociarse con la reproducción, ni con la preferencia sexual.

Sobre el derecho a la libertad de expresión la SCJN ha desarrollado un número importante de jurisprudencia. De estipular que la Constitución protege la libertad de expresión siempre y cuando no se ataque la moral, la SCJN transitó hacia la definición de la libertad de expresión como condición necesaria para la democracia representativa, sosteniendo el sistema dual de protección de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, afirmando que la Constitución no estipula el derecho al insulto, estableciendo que la libertad de expresión está por encima de los derechos de personalidad, que el derecho al honor está limitado por los derechos de opinar e informar, y que la prensa es fundamental en una democracia para la formación de opinión pública y que debe estar sujeta al mismo escrutinio que invoca.

En derechos reproductivos se avanzó de entender que la Constitución protege la vida independientemente del proceso biológico en el que se encuentre a sostener que no protege la vida en sentido normativo. Las transformaciones sugieren que la SCJN ha variado en sus sentencias y que ha

garantizado derechos de forma paulatina y gradual. A partir del análisis de las decisiones se aprecia que la SCJN no solamente ha sido un árbitro entre poderes, sino que también ha sido un actor decisivo en materia de derechos humanos.

El segundo cambio importante son las citas y el diálogo jurisprudencial que la Corte ha tenido en estos 10 años. En este periodo la SCJN se ha abierto a la conversación de los derechos humanos con sus pares y con los tribunales internacionales; ésta está usando todas las herramientas que el derecho le proporciona y no reduce las fuentes del derecho, sino que las amplia.

El tercer cambio es que la SCJN gradualmente sostiene sus decisiones en la literatura especializada sobre derechos humanos. Estos tres cambios suponen una Corte que ha modificado las tendencias en sus decisiones y su conducta. Se ha dejado atrás cierto nacionalismo jurídico (Fix, 2013) que fue la huella indeleble del estudio del derecho en el siglo XX y se ha abierto a otras tradiciones jurídicas. La apertura de la SCJN a otras visiones del derecho supone que el ambiente en México de las ideas jurídicas también se ha transformado y que hay una audiencia académica más atenta al trabajo de la Corte. Existe un contexto más receptivo sobre la importancia de los derechos humanos como la columna del ordenamiento jurídico.

Esta variación necesita ser explicada y la literatura aún no ha puesto el suficiente énfasis para hacerlo. Desde nuestra perspectiva, todos estos cambios ameritan la construcción de una teoría que contribuya a un mejor entendimiento del comportamiento judicial y de las ideas jurídicas.