

La argumentación constitucional de la Suprema Corte

A diez años de la reforma de derechos humanos

Roberto NIEMBRO ORTEGA



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL
DE LA SUPREMA CORTE

A diez años de la reforma de derechos humanos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 911

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
Fernanda Sugely Pacheco Díaz
Cuidado de la edición

Felipe Luna
Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

ROBERTO NIEMBRO ORTEGA

LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE

A diez años de la reforma de derechos humanos



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
México, 2021

Primera edición: febrero de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

www.juridicas.unam.mx

DR © 2021. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-7822-72-1



Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Javier Marra Olea
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

Issa Luna Pla

Secretario técnico

Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho

*A mi abuelo,
Ricardo Ortega Rodríguez,
in memoriam*

AGRADECIMIENTOS

Los capítulos que conforman este libro han sido pensados y escritos en los últimos cinco años. Además, han sido discutidos en seminarios, cursos y conferencias con alumnas y alumnos de licenciatura y posgrado. A todas esas personas mi agradecimiento por sus comentarios y críticas. Asimismo, agradezco a Micaela Alterio y a Zaira Pérez Figueroa por sus agudas e inteligentes observaciones.

CONTENIDO

PRÓLOGO	XVII
Armin VON BOGDANDY	

INTRODUCCIÓN.....	XXI
I. La Suprema Corte durante el régimen autoritario.....	XXIII
II. La Suprema Corte en democracia	XXV
III. La incorporación judicial del derecho internacional de los derechos humanos y el diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos	XXIX

CAPÍTULO PRIMERO

LIBERTAD E IGUALDAD. LA JURISPRUDENCIA

SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO	1
I. Planteamiento	1
II. La Suprema Corte y la lucha por el reconocimiento	2
III. Posibles enfoques para resolver el planteamiento sobre el matrimonio igualitario.....	8
A. Liberal-no comparativo	9
B. Igualitario-comparativo	11
IV. Análisis del discurso de la Suprema Corte mexicana en la jurisprudencia del matrimonio igualitario	15
V. Conclusión	32

CAPÍTULO SEGUNDO

AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DELIBERACIÓN

DEMOCRÁTICA. EL CASO <i>MARIHUANA</i>	33
I. Sobre las contribuciones de la justicia constitucional a la democracia deliberativa	34

A. Contribuciones a la deliberación parlamentaria	34
B. Enriquecimiento de la deliberación parlamentaria	35
II. Promover y garantizar la deliberación y participación en la esfera pública.	45
A. Promover la deliberación en asuntos controvertidos	46
B. Proveer de argumentos y convertir problemas en asuntos públicos.	47
III. Contribuciones de la Suprema Corte a la deliberación democrática. El caso <i>Marihuana</i>	48

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA. EL CASO *BONILLA*

Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO	57
I. Introducción	57
II. La garantía judicial del proceso político	59
III. La utilidad parcial para América Latina de la garantía judicial del proceso político. El caso <i>Bonilla</i>	63
IV. La concepción deliberativa de la democracia y la jurisprudencia sobre vicios en el procedimiento legislativo.	67
A. Hacer que legislen	69
B. Garantizar una deliberación parlamentaria efectiva, representativa y democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad	71
V. Conclusión	77

CAPÍTULO CUARTO

LIBERTADES ECONÓMICAS Y METODOLOGÍAS DE ADJUDICACIÓN.

LOS CASOS <i>UBER</i>	79
I. Categorización como servicio de transporte o como servicio de intermediación por plataformas tecnológicas	83
II. La clasificación legal de la disputa. Derechos <i>vs.</i> intereses	85

III. La metodología es substancia. Razonabilidad, proporcionalidad o <i>balancing</i>	88
IV. Conclusión	97

CAPÍTULO QUINTO

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Y LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL: EL CASO DEL HOSPITAL GENERAL DE HUAJUAPAN DE LEÓN	99
I. La controversia constitucional 38/2015	100
II. El constitucionalismo transformador y la justiciabilidad de los derechos sociales	102
III. Las obligaciones positivas del Estado para proteger los derechos sociales	104
IV. Las controversias constitucionales como procesos efectivos para la garantía de los derechos humanos	106
V. Conclusión	112

CONCLUSIONES	113
------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	117
------------------------	-----

PRÓLOGO

Es un placer para mí prologar esta obra y cumplir con entusiasmo, para su audiencia lectora, la labor de presentar a su autor y las líneas transversales de los estudios destinados a poner de relieve la argumentación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, con motivo de los diez años de la reforma de derechos humanos de 2011. En este sentido, mis palabras revelarán, por una parte, el trayecto de la ruta del debate académico compartido con Roberto Niembro a lo largo de este período en torno a las transformaciones democráticas del derecho público contemporáneo. Por otra parte, haré mención a las principales preocupaciones teóricas y prácticas en su agenda investigativa, que se reflejan en los casos emblemáticos seleccionados para examinar los aportes de la Suprema Corte en cuanto a la libertad, la igualdad, la autonomía individual y los derechos sociales. Un elemento común se expresa en la importancia de los diálogos emergentes a la luz de la Constitución de Querétaro en el marco del constitucionalismo transformador.

Conocí a Roberto Niembro en 2012, cuando realizó una estancia de investigación doctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg. En diversos intercambios científicos, tanto en Heidelberg con los Coloquios iberoamericanos y su participación en el Master Class de 2017 que estuvo a cargo de Manuel José Cepeda, como en diversos encuentros en México y en otros países latinoamericanos, entre ellos la Conferencia anual de ICON-S de 2019 en Chile, el autor ha mostrado su interés profundo en el derecho constitucional. Su obra escrita igualmente deja constancia de su formación teórico-práctica, dado su conocimiento de las ciencias jurídicas y la experiencia adquirida durante los últimos siete años de trabajo en el propio seno de la Suprema Corte. En los dos libros de su autoría, además de las valiosas contribuciones en la labor como editor y coordinador de otras tantas obras colectivas, Roberto Niembro explica conceptos, categorías y metodologías de adjudicación utilizadas en la denominada Décima Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

XVIII

PRÓLOGO

El lector o lectora de esta publicación constata, desde la introducción, los perfiles que el autor asigna al giro de la Suprema Corte en el ejercicio de sus funciones, el aumento del número de juicios de amparo sobre derechos humanos, la etapa de la “agenda de los derechos” que se vio reforzada con las reformas constitucionales al juicio de amparo y en el ámbito de los derechos humanos de 2011 y los giros prudenciales que continúan hasta la fecha.

En el primer capítulo el autor analiza dos líneas argumentativas que utiliza la Suprema Corte para concluir que la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio es inconstitucional, a saber, una enfocada en el libre desarrollo de la personalidad y la otra en el derecho a la igualdad. Roberto Niembro defiende el discurso sustentado en el derecho a la igualdad y considera que es muy significativo que se reconozca el mismo valor y la capacidad que tienen las parejas homosexuales y heterosexuales para tener relaciones estables y de ayuda mutua, pues, en su criterio, solo así se da respuesta a su expectativa por la igualdad de reconocimiento.

En el segundo capítulo el autor aborda el tema de la autonomía individual protegida por el libre desarrollo de la personalidad, a propósito de la sentencia mediante la cual la Suprema Corte declaró inconstitucional la prohibición del consumo lúdico de la marihuana. Asimismo, estudia con detalle el proceso de deliberación democrática que la sentencia detonó tanto en el Parlamento como en la esfera pública más amplia. Roberto Niembro, una vez más, destaca cómo los tribunales constitucionales pueden promover y enriquecer el diálogo mediante sus sentencias, brindando nuevas perspectivas y argumentos. Para él, resultó clave que en este caso paradigmático, la Suprema Corte incorporó en el debate los argumentos que califican el consumo de la marihuana como un problema de salud pública y de derechos humanos.

En el tercer capítulo el autor se detiene en el tema de las teorías de la democracia que permiten, en su criterio, entender y explicar mejor algunas de las sentencias de la Suprema Corte. Desde su punto de vista, los jueces y las juezas constitucionales no suelen hacer explícitas sus concepciones de la democracia y solo se aproximan al tema cuando se hace valer la objeción contramayoritaria a su potestad para declarar la inconstitucionalidad de leyes. Sin embargo, para Roberto Niembro es necesario que los jueces y las juezas debatan a profundidad cuáles son estas concepciones. Argumenta que en casos en los que la Suprema Corte defiende las reglas del procedimiento democrático y la voluntad del electorado, citando el caso *Bonilla*, la Corte defiende la voluntad mayoritaria y no “establece límites a la mayoría” como

entiende la concepción sustantiva de la democracia. Finalmente, tomando como fundamento la línea jurisprudencial sobre vicios en el procedimiento legislativo, se dedica a mostrar la influencia de la concepción deliberativa de la democracia en las decisiones del más alto Tribunal mexicano, según su enfoque.

En el capítulo cuarto Roberto Niembro se acerca a la novedosa temática concerniente a la regulación del mercado de las plataformas tecnológicas para la contratación del servicio de transporte de punto a punto como Uber. Indaga sobre los retos importantes para la justicia constitucional de diversos países frente a la aparición de este tipo de plataformas y de la concepción del libre mercado que las sustenta, entre los cuales alude a la regulación del mercado laboral o la competencia de los órganos territoriales para regularlas. En el caso de México, conforme a la narrativa del autor, la Suprema Corte se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la inconstitucionalidad en abstracto de algunos requisitos que se impusieron en las legislaciones locales para los automóviles o conductores. El autor focaliza una reflexión sobre las metodologías de adjudicación tratándose de la violación a las libertades económicas con base en este caso de estudio. De acuerdo con su análisis, a diferencia de un test de razonabilidad empleado por la mayoría de los ministros o un test de proporcionalidad usado por la minoría, la Suprema Corte debió utilizar un *balancing* de intereses.

En el último capítulo el autor, aludiendo a lo que denomina “la creatividad judicial transformadora”, afirma la justiciabilidad de los derechos sociales, específicamente el derecho a la salud, a través de las controversias constitucionales. En esta línea de pensamiento, parte de la reconstrucción del objetivo de la controversia constitucional en México, que estuvo destinada ordinariamente a la distribución competencial y no a la defensa de los derechos humanos. Por esta razón, Roberto Niembro llama la atención sobre la forma en que la Suprema Corte logró proteger el derecho a salud al ordenarle a un gobernador que ejerciera sus competencias y terminara la construcción de un hospital. Enfatiza la urgencia en la protección de los derechos sociales dentro de la agenda de la Suprema Corte y, también, la conveniencia de no perder de vista el papel de las sentencias para facilitar la actuación de las organizaciones sociales de derechos humanos en la etapa de su cumplimiento.

Para concluir señalo que el autor de este libro brinda una perspectiva fundamental para aproximarse a la evolución de la argumentación constitucional de la Suprema Corte, remarcando etapas superadas y el contexto actual. Para la comunidad de práctica en derechos humanos en México y

para el derecho comparado en general, la obra comprende un valioso estudio sobre el lenguaje, los conceptos, las categorías y las metodologías de adjudicación que permite un discurso jurídico-público informado y crítico. Desde la mirada del derecho común en América Latina en respuesta a problemas regionales semejantes y el afán por salvaguardar la tríada derechos humanos, democracia y el Estado de derecho, reconozco que Roberto Niembro hace una invitación particular para fomentar la discusión acerca del constitucionalismo regional. Esta publicación evidencia un trabajo arduo de largo alcance y tiempo, en el que se advierte su dedicación a los interrogantes vinculados a la evolución histórico-política e institucional en que se despliega la labor jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia en México y defiende sus posturas acerca de una interesante teoría democrática y de la igualdad. El libro invita a pensar los desafíos de la agenda de los derechos más allá de las fronteras nacionales. Y, además, hace una apuesta por el potencial transformador del derecho y los derechos. Felicito al autor y recomiendo su lectura.

Heidelberg, febrero de 2021
Armin VON BOGDANDY

INTRODUCCIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha convertido en los últimos 25 años en un actor jurídico y político fundamental para el sistema institucional mexicano. En estos años, la Corte ha sofisticado su argumentación constitucional, ha construido a través de su jurisprudencia la interpretación del derecho a la igualdad, la autonomía individual, las libertades económicas, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entre otros. Asimismo, ha expandido y mejorado el uso del test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio judicial, ha interpretado y desarrollado los derechos de grupos en situación de vulnerabilidad como niños, niñas y adolescentes, pueblos y comunidades indígenas, la comunidad LGTTTQ+, ha abordado distintas concepciones de la democracia, etcétera.

En este libro, el lector y la lectora encontrarán cinco textos (capítulos) que me han servido para explicar en diversos cursos de Doctorado, Maestría y Licenciatura la argumentación constitucional de la Suprema Corte de la Décima Época, utilizando algunos de sus casos emblemáticos. Más aún, la lectora podrá evaluar las razones de la Corte y proponer comprensiones distintas de los derechos, de las metodologías empleadas o idear reformas institucionales. El objetivo es que cualquier persona que quiera argumentar ante nuestras juezas y jueces supremos pueda hacerlo empleando el lenguaje y las herramientas que ellas utilizan. De esta manera, busco facilitar el acceso a la justicia constitucional y contribuir, con base en una teoría constitucional sólida, a la reflexión sobre la argumentación de nuestro máximo Tribunal.

Para estudiar la argumentación de la Suprema Corte es necesario, por un lado, tener en cuenta que la Constitución mexicana —a diferencia de otras como la de Estados Unidos— ha sido caracterizada como un ejemplo temprano del constitucionalismo transformador, es decir, una Constitución que tiene el compromiso de cambio social a través del derecho.¹ Esto se de-

¹ Klare, Karl, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998; Grote, Rainer, “The Mexican Constitution of 1917. An early example of Radical Transformative Constitutionalism”, en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Nueva York, Oxford University

muestra tanto por la incorporación pionera de derechos sociales en la Constitución —aun cuando existe un gran déficit en su cumplimiento— como por la cosmovisión que imperaba en el momento constituyente y que existe hasta ahora sobre las obligaciones positivas que tiene el Estado. En otras palabras, un Estado que debe proveer y garantizar derechos de igualdad y no solo abstenerse de interferir en la esfera privada de las personas.²

Por otro lado, hay que tener presente que, en México, el ejercicio activo del control constitucional de la ley y de actos del poder ejecutivo es un fenómeno reciente. De esta manera, hace no más de 25 años preocupaciones sobre la objeción contramayoritaria y las funciones que debe cumplir la Suprema Corte en una democracia eran totalmente ajenas a la discusión sobre la justicia constitucional mexicana. Por ejemplo, teorías tan influyentes como la de John Hart Ely, en Estados Unidos,³ simplemente fueron desconocidas en nuestro entorno.

Dentro del contexto democrático, en su primera fase (1995-2008),⁴ la Suprema Corte cumplió la función de un árbitro de conflictos políticos entre poderes del Estado,⁵ es decir, entre elites políticas.⁶ Esta tarea se llevó a

Press, 2017, pp. 150-155; Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 100; Zaldivar, Arturo, “Constitucionalismo social inacabado”, Ciudad de México, *Milenio*, 5 de febrero de 2019.

² Grimm, Dieter, “Types of Constitutions”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 120.

³ Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

⁴ Fijo 2008 como el fin de la primera fase y el inicio de la segunda fase de agenda de derechos, por el aumento significativo en las facultades de atracción de casos que involucran la interpretación de derechos humanos. Véase Portal de Estadística Judicial, *Los Derechos Humanos en las Solicitudes de Ejercicio de Facultad de Atracción*, SCJN, <http://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/alex/temas/judiciales.aspx>

⁵ Sánchez, Arianna; Magaloni, Beatriz y Magar, Eric, “Legalist versus Interpretativist. The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico”, en Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio (eds.), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 187; Zaldivar, Arturo, “La Suprema Corte en la democracia mexicana”, *Revista Nexos*, 1 de septiembre de 2017, <https://www.nexos.com.mx/?p=33469>. Para una diferente opinión véase Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, “Are Mexican Justices True arbiters among the political elites? An empirical analysis of the court’s rulings from 2000-2011”, en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl (eds.), *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2016, p. 87.

⁶ Magaloni, Beatriz, “Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico”, en Ginsburg, Tom y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 180; Pozas

cabo a través de la resolución de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad y le dio a la Corte un papel relevante en la transición democrática. Claro, una democracia entendida de manera minimalista, pues la preocupación principal fue que la alternancia en el poder a nivel federal y local se diera de manera pacífica.

En la segunda fase (2008-actual), la Suprema Corte incorpora en su agenda a los derechos humanos y adopta una visión sustantiva de la democracia que legitima su papel como institución contramayoritaria, siempre y cuando garantice y dé contenido a los derechos fundamentales.⁷ En esta fase de “agenda de los derechos” se han adoptado metodologías como el test de proporcionalidad, que dan un margen de maniobra a los jueces, y se han resuelto casos con grandes repercusiones para nuestro sistema constitucional, político y económico.

I. LA SUPREMA CORTE DURANTE EL RÉGIMEN AUTORITARIO

México vivió en un sistema autoritario durante buena parte del siglo XX. En un marco de toma de decisiones vertical y jerarquizado, la Constitución se convirtió en un instrumento político y legitimador del grupo hegemónico, de modo que el constitucionalismo solo fue nominal,⁸ reduciendo la esfera de actuación de la Corte a una actividad restringida de protección de los principios de legalidad y debido proceso. Si bien es cierto que la Constitución de Querétaro previó un régimen democrático —recogía valores como el sistema federal, la división de poderes, la supremacía constitucional o la soberanía popular—, este no se desarrollaba en la práctica. La Constitución mexicana se subordinó al ideal revolucionario y a los requerimientos coyunturales que el presidente de la República en turno y el Partido Revolucionario Institucional (PRI) consideraban convenientes. De esta forma, durante buena parte del siglo XX no hubo supremacía constitucional. De manera progresiva, el sistema cambió, abriéndose paso a la renovación.

En un sentido amplio, la transición democrática se dio desde 1977, con la incorporación de representantes electos por el principio de representa-

Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, “The Transformations of the Role of the Mexican Supreme Court”, en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl (eds.), *op. cit.*, p. 29.

⁷ Para la distinción entre concepciones de la democracia véase Saffon, Maria Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory*, vol. 41, núm. 2, 2013; Alterio, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Problema*, núm. 8, 2014.

⁸ Véase Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 217.

ción proporcional, hasta el 2000, cuando sucedió la alternancia en la presidencia de la República. México transitó de un régimen político con un partido hegemónico y elecciones concurridas —pero sin competencia— a un sistema electoral de partidos democráticos.⁹ Así, hubo lento desplome del sistema autoritario¹⁰ que dio paso al asentamiento de la vida democrática que, lejos de llevarse a cabo como un brinco o una clara ruptura, más bien se fundamentó en la deconstrucción de las relaciones de poder y el reemplazo de las estructuras autocráticas por instituciones que dan cabida al pluralismo.¹¹

De este modo, durante buena parte del siglo XX, la Suprema Corte fue parte de un régimen autoritario que duró 70 años gobernados por el PRI, que la redujo a un papel secundario. Mediante distintos mecanismos, como nombramientos y renunciaciones, el presidente de la República logró controlar a la Corte.¹² Aun cuando durante el autoritarismo la Suprema Corte jugó un papel pasivo y subordinado al poder ejecutivo, era una institución importante para legitimar legalmente al régimen. Debido a la existencia de un partido político dominante, a las componendas entre el poder judicial y el poder ejecutivo, así como a reformas constitucionales que menguaron su independencia —particularmente la reforma de 1928, que le dio al presidente el poder de proponer al Senado los nombres de candidatos a ministros y la reforma de 1934, que redujo el nombramiento vitalicio a un periodo de seis años—, la Suprema Corte se limitó a resolver conflictos de legalidad y tener una relación complaciente con el presidente de la República.¹³

⁹ En el caso de México, la democracia se califica *de iure*, ya que, pese a que en la Constitución sí estaba reconocida, no era en la práctica desarrollada. De este modo, la democracia se instaló, a diferencia de en otras experiencias latinoamericanas, donde se reinstalaron. Véase Woldenberg, José, *Historia mínima de la transición democrática en México*, México, El Colegio de México, 2012, p. 13.

¹⁰ *Ibidem*, p. 34.

¹¹ Cfr. Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta-Joaquín Mortiz, 1999, p. 54.

¹² Véase Magaloni, Beatriz, “Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico”, en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 287. Para Andrea Pozas y Julio Ríos, son tres los roles de los ministros de la Suprema Corte de México: de 1917 a 1940, el papel de los jueces fue de árbitros; de 1941 a 1997, como partidarios del régimen, y de 1998 a 2013, como intérpretes constitucionales. Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, *op. cit.*, p. 10.

¹³ Domingo, Pilar, “Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 32, núm. 3, octubre de 2000, pp. 706 y 710; Magaloni, Beatriz, “Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court...”, *cit.*, p. 285.

En esa etapa, la Suprema Corte recurrió a la interpretación literal de la Constitución, a las exposiciones de motivos de las iniciativas o al “espíritu revolucionario” de la misma,¹⁴ pero no tuvo propiamente una teoría constitucional que guiara sus decisiones. Durante la época autoritaria, las decisiones de la Suprema Corte versaron sobre todo acerca de cuestiones de legalidad y no se inmiscuía en los procesos políticos.¹⁵ Asimismo, la objeción contramayoritaria al control judicial de la ley que en Estados Unidos ha sido considerada como una obsesión, en México no fue nunca una preocupación de las élites políticas ni de la academia. En efecto, en tanto la Suprema Corte no se confrontaba con el poder político, la objeción contramayoritaria no tenía ningún sentido.

Afortunadamente, esto empezó a cambiar hace algunos años con las reformas constitucionales que la fortalecieron y gracias a la alternancia en la presidencia en el año 2000, lo que ha permitido a la Corte empezar a proteger derechos humanos.

II. LA SUPREMA CORTE EN DEMOCRACIA

Una vez que tomó fuerza el multipartidismo y se dio la alternancia en el poder ejecutivo a nivel local desde 1989 y a nivel federal en la elección presidencial de 2000, el poder judicial empieza a tener mayor relevancia como actor político independiente y autónomo.¹⁶ Esto es así porque, ante la decadencia del presidencialismo y del poder del PRI, los partidos políticos necesitaron de un mecanismo de coordinación que les permitiera resolver sus conflictos.¹⁷ Esta relevancia tiene mayor auge con las reformas constitucionales de 1995 y 2011, que marcaron una nueva concepción y narrativa de la función de la justicia constitucional en México.

En primer lugar, la Suprema Corte experimentó un cambio importante con la reforma constitucional de 1995, mediante la cual se establecieron las

¹⁴ Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2003, pp. 95, 102, 116 y 119. Del mismo autor, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998, pp. 31-36.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 125 y 135.

¹⁶ Domingo, Pilar, *op. cit.*, pp. 728 y 731; Magaloni, Beatriz, “Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court...”, *cit.*, p. 267; Sánchez, Arianna; Magaloni, Beatriz y Magar, Eric, “Legalist vs. Interpretivist. The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico”, Stanford Public Law Working Paper no. 1499490, 2009, p. 215.

¹⁷ Magaloni, Beatriz, “Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court...”, *cit.*, p. 295.

acciones abstractas de inconstitucionalidad y se ampliaron los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales. Asimismo, mediante la reforma constitucional de 1996 se atribuyó a la Suprema Corte la facultad de conocer acciones de inconstitucionalidad en materia electoral. Gracias a estas modificaciones, la Constitución empezó a ser concebida como una norma suprema y vinculante. Durante los primeros 13 años de la reforma de 1995, las principales temáticas que ocuparon a la Corte fueron los conflictos entre poderes y niveles de gobierno,¹⁸ los que previamente se resolvían por el presidente de la República como líder del PRI.¹⁹ Sin embargo, transcurrido el tiempo de la reforma de 1995, abogados y académicas comenzaron a demandar un papel más activo de la Corte en la protección de los ciudadanos,²⁰ exigiéndole la defensa de los derechos humanos y la interpretación de valores sustantivos.²¹

La agenda de derechos humanos empezó a florecer aproximadamente hace 12 años (2008) y ganó fuerza con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y del juicio de amparo de 2011.²² En una cultura jurídica tan formalista como la nuestra, fue necesaria una reforma al artículo primero constitucional que estableciera que todas las autoridades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos²³ para que los operadores y operadoras jurídicas empezaran a to-

¹⁸ Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, México, 1995, p. 807; Zaldívar, Arturo, “La Justicia Constitucional en México. Balance y Retos”, *Tribunales y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 423.

¹⁹ Magaloni, Beatriz, “Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court...”, *cit.*, p. 293.

²⁰ *Ibidem*, p. 272.

²¹ Magaloni, Ana Laura y Zaldívar, Arturo, “El ciudadano olvidado”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara-Nexos, 2007, pp. 111-115. Para una respuesta véase Lara, Roberto; Mejía, Raúl y Pou Giménez, Francisca, “¿De verdad deseamos una Corte redentora?”, *Nexos*, 2006.

²² Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011; Pou Giménez, Francisca, “The Constitution of Mexico”, en Hübener Mendes, Conrado y Gargarella, Roberto (eds.), *The Oxford Handbook of Latin American Constitutional Law*, en prensa, p. 6; Niembro Ortega, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 16, núm. 2, 2014.

²³ CPEUM, art. 1. 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 (reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la*

márselos en serio. Desde entonces, los derechos humanos ocupan una parte importante de la agenda de la Corte.

La resolución de casos sobre derechos le ha permitido a la Corte estudiar y aplicar principios como el pro persona, universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, utilizar metodologías para analizar la constitucionalidad de restricciones a derechos e implementar diferentes escrutinios de control constitucional. Es importante mencionar que la Corte considera a todos los derechos humanos de la misma jerarquía y utiliza el test de proporcionalidad para estudiar la justificación de posibles restricciones.²⁴ Como veremos en este libro, la Corte ha interpretado una variedad de derechos como igualdad, libertad de expresión, libertad religiosa, derecho a la privacidad, igualdad de género, derechos sociales, etc., a la luz de una realidad social cambiante y del pluralismo presente en la sociedad mexicana.²⁵

A diferencia de otros países, en el desempeño de la función de la Suprema Corte como garante de los derechos humanos no han tenido influencia las teorías del proceso político como la de Ely²⁶ y, en cambio, otros autores

Federación [DOF] el 10 de junio de 2011). 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 (adicionado mediante decreto publicado en el *DOF* el 10 de junio de 2011). 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 (adicionado mediante decreto publicado en el *DOF* el 10 de junio de 2011). 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 (adicionado mediante decreto publicado en el *DOF* el 14 de agosto de 2001). 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.

²⁴ Pou Giménez, Francisca, “Proportionality without a culture of justification”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, Universidad de Palermo, Sesión 2, 2018.

²⁵ Véase Salazar, Pedro; Niembro Ortega, Roberto y Alonso Beltrán, Carlos, *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, IJJ-UNAM, 2019.

²⁶ La única cita que he encontrado de su obra en la jurisprudencia mexicana es en un voto particular del ministro Arturo Zaldívar en la acción de inconstitucionalidad 63/2017, para sustentar que la comunidad LGBTTTI es una minoría social. La acción se resolvió el 21 de septiembre de 2017.

como Ronald Dworkin, Robert Alexy o Luigi Ferrajoli sí han sido profusamente estudiados y citados. Como se sabe, estos autores sostienen una visión de la justicia constitucional en la que los jueces tienen la última palabra sobre la interpretación de la Constitución y es legítimo que incorporen sus valores morales. De esta manera, la Suprema Corte mexicana ha optado, sin una discusión teórica intensa, una teoría que legitima que los jueces tengan la última palabra sobre cuestiones morales profundamente controvertidas.²⁷

El recurso a autores como Dworkin, Alexy o Ferrajoli en la jurisprudencia y en la doctrina constitucional mexicana tiene varias explicaciones. Por un lado, sus obras han sido traducidas al español y son accesibles en las bibliotecas y librerías en México. Además, buena parte de los secretarios de estudio y cuenta y de los académicos que han estudiado en el extranjero lo hicieron en España y algunos pocos en Alemania o Italia. De esta manera, se explica que el modelo adoptado de justicia constitucional haya sido el europeo de la segunda posguerra, en el cual los tribunales tienen la función de ser guardianes de la democracia y de los derechos fundamentales.²⁸ En este sentido, es menor la influencia que la doctrina estadounidense, en un sentido amplio, ha tenido en nuestra discusión constitucional, aun cuando en los últimos años empieza a haber un cambio, pues ahora hay más personas que estudian sus posgrados en Estados Unidos. La poca atención a la doctrina de ese país resulta llamativa si tenemos en cuenta que nuestras constituciones desde la Guerra de Independencia tuvieron una fuerte influencia de la Constitución de Estados Unidos.

De hecho, el derecho constitucional comparado no ha sido una rama a la que las escuelas de Derecho y centros de investigación judiciales hayan dedicado sus recursos. Salvo algunas contadas excepciones, las instituciones educativas y judiciales no se han centrado en el estudio de teorías, instituciones o sentencias de otras partes del mundo, lo que se refleja en las sentencias dictadas por los tribunales del país. En efecto, hasta hace poco tiempo, el derecho constitucional mexicano era muy endogámico. Como legado del sistema autoritario, el análisis de las instituciones mexicanas —por ejemplo, del juicio de amparo— se hizo durante muchos años con base en el pensamiento de autores nacionales, pues representaba una manifestación de “nuestra mexicanidad”. Basta con tener en cuenta que uno de los pocos tratados que hay en México sobre derecho constitucional comparado fue

²⁷ Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

²⁸ Weinrib, Lorraine E., “The Postwar Paradigm and American Exceptionalism”, en Choudry, Sujit (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, p. 90.

escrito en 1999, lo que demuestra la poca importancia que se le ha dado a la materia.²⁹ Además, en su mayor parte, el ejercicio comparativo es ajeno a las teorías de la democracia o a la filosofía política.

Asimismo, la adopción de un modelo fuerte de control constitucional y de una concepción sustantiva de la democracia que basa la legitimidad de la justicia constitucional en la protección de los derechos fundamentales se muestra, entre otras formas, en la adopción de metodologías como el test de proporcionalidad y, particularmente, de una concepción maximalista del test³⁰ y en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y el diálogo jurisprudencial sobre derechos. En los capítulos siguientes abordaré el test de proporcionalidad y otras metodologías de adjudicación, por lo que, para terminar esta introducción, haré algunos comentarios sobre cómo se ha desarrollado el diálogo jurisprudencial entre la Suprema Corte y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

III. LA INCORPORACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DIÁLOGO CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como ya adelanté, durante esta última etapa, además de construir líneas jurisprudenciales sobre los derechos humanos, la Suprema Corte fijó los términos de su relación con la Corte IDH. Así, la Suprema Corte se incorporó a la segunda ola del control judicial en la que los tribunales nacionales le dan fuerza vinculante al derecho internacional³¹

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Constitución mexicana han establecido algún tipo de comunicación *ex lege*, pues han sido los propios ordenamientos los que obligan a tener en cuenta la jurisprudencia ajena y a reconocerse como interlocutoras.³² Por un

²⁹ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999.

³⁰ Lo que es distintivo de esto es que “[...] las limitaciones a los derechos humanos deben justificarse por referencia a los beneficios de otros intereses, principios o valores. La cuestión es si los beneficios son suficientes para compensar la pérdida del derecho contratado por la medida.” Urbina, Francisco, *A critique of proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 18 y 19.

³¹ Lustig, Doreen y Weiler, Joseph H. H., “Judicial review in the contemporary world-Retrospective and prospective”, *International Journal of Constitutional Law. ICON*, vol. 16, núm. 2, 2018, p. 327.

³² Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto de 2012, pp. 19

lado, la Suprema Corte tiene la facultad de interpretar la Constitución y la CADH en el curso de los asuntos que le corresponde resolver, siendo que los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.³³ Por el otro lado, la CADH otorga a la Corte IDH la facultad para interpretar la Convención,³⁴ que, por cuanto prevé derechos en términos similares o iguales a la Constitución, provoca una superposición interpretativa.³⁵ De esta manera, la Constitución y la CADH no establecen una jerarquía en materia interpretativa entre ambas cortes, más bien reconocen que ambas tienen algo que decir sobre los derechos fundamentales.

En mi opinión, hay dos resoluciones fundamentales para analizar la relación entre la Suprema Corte mexicana y la Corte IDH a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011. La primera es la resolución dictada en el expediente varios 912/2010 en la que la SCJN modificó su interpretación y reinstauró el control difuso de constitucionalidad en México. Además, aceptó la vinculatoriedad para todos los jueces nacionales y para sí misma —cuando el Estado mexicano ha sido parte en un litigio— de la doctrina contenida en los fallos de la Corte IDH.³⁶ La segunda resolución es la dictada en la contradicción de tesis (CT) 293/2011, en la que la Suprema Corte estableció que los derechos humanos previstos en tratados internacionales forman parte del parámetro de regularidad constitucional y amplió la doctrina vinculante de la Corte IDH para los jueces nacionales al establecer que todos los criterios interpretativos conte-

y 32. Estas conexiones pueden implicar para los tribunales involucrados considerar a sus constituciones como parte de un cuerpo más amplio de documentos internacionales, lo que a su vez puede repercutir en el deseo o no de mirar hacia o entablar un diálogo con la jurisprudencia de otros tribunales. Leigh Grove, Tara, “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”, *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000-2001, pp. 2063 y 2072.

³³ CPEUM, arts. 1, 103, f. I, 105, f. II, incisos b), c) y g) y 133.

³⁴ CADH, arts. 62 y 64.

³⁵ Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, p. 26. Bustos se refiere a la superposición entre las regulaciones de distintos ordenamientos sobre un mismo objeto.

³⁶ Véase Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 339, y la resolución dictada por el Tribunal Pleno de la SCJN en el expediente varios 912/2010, párrs. 15 y ss., publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011. En esta resolución, la Suprema Corte distingue entre la doctrina sostenida en los litigios en los que el Estado mexicano es parte, en cuyo caso es obligatoria para todos los poderes, mientras que en los casos en los que no ha sido parte, solo tendrá el carácter de criterio orientador.

nidos en sentencias interamericanas son obligatorios para los jueces mexicanos, aun en aquellos casos en los que el Estado mexicano no haya sido parte.

Ahora bien, en la CT 293/2011, la Suprema Corte atemperó la fuerza de la vinculación de la doctrina de la Corte IDH de cuatro formas. En primer lugar, dijo que

[...] la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el resto de las cortes supremas de los Estados de las Américas que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben mantener un *diálogo jurisprudencial* constante con el tribunal internacional, puesto que ambos tienen la misma finalidad: la protección de los derechos humanos. Es en este sentido que las relaciones entre esta Suprema Corte y la Corte Interamericana deben entenderse en términos de cooperación y colaboración.³⁷

En segundo lugar, señaló que

[...] la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun entendida como vinculante para los operadores jurídicos mexicanos, no pretende ni puede sustituir a la jurisprudencia nacional ni debe ser aplicada en forma acrítica. Por el contrario, la aplicación de la jurisprudencia del tribunal interamericano debe hacerse en clave de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente impliquen una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho en específico deberán ser resueltos, en términos de lo apuntado en el apartado anterior, con base en el principio pro persona [...].³⁸

es decir, la jurisprudencia interamericana es vinculante para los jueces nacionales cuando se justifique que resulta más favorable.

En tercer lugar, tratándose de la doctrina derivada de los casos en los que México no ha sido parte, debe verificarse que el marco normativo analizado, el contexto fáctico y las particularidades del caso sean análogas y, por tanto, idóneas para la aplicación del precedente interamericano.

Finalmente, y este es el punto que más ha llamado la atención de la CT 293/2011, la Suprema Corte se guardó una carta de triunfo, pues “[...] cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”.³⁹

³⁷ SCJN, CT 293/2011, pp. 57 y 58.

³⁸ *Ibidem*, p. 58.

³⁹ *Ibidem*, p. 37.

El giro que dio la Corte en la CT 293/2011 tiene aspectos positivos y negativos. Por un lado, como argumentaré enseguida, son correctas las ideas del diálogo y colaboración entre tribunales, la aplicación basada en razones de la jurisprudencia más favorable y la necesidad de atender al marco normativo y al contexto analizado tratándose de los casos en los que México no ha sido parte. Sin embargo, en alguna medida es criticable que la Suprema Corte se haya quedado con una carta de triunfo, consistente en que cuando haya una restricción expresa al ejercicio de derechos humanos se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, pues es una manera de prevalecer en el diálogo sin necesidad de dar razones por las que se tiene una mejor interpretación. Ahora bien, también es cierto que fue la mejor resolución colegiada posible en ese momento, ya que la incorporación de la regla relativa a las restricciones expresas previstas en la Constitución, que no era parte del proyecto original de la CT 293/2011 presentado ante el Tribunal Pleno, fue necesaria para que algunos ministros y ministras aprobaran el bloque de constitucionalidad.

En cuanto a la idea de diálogo entre los tribunales nacionales de última instancia y la Corte IDH, resulta fundamental establecer el alcance de la vinculatoriedad de su doctrina y qué institución tiene la última palabra sobre la interpretación de los derechos humanos. En mi opinión, en este aspecto, la Suprema Corte estableció en la CT 293/2011 los criterios y matices necesarios para su aplicación.

En primer lugar, es necesario recordar que si bien la CADH prevé la facultad de la Corte IDH para interpretarla, esta no le otorga una posición privilegiada ni determina la fuerza vinculante de su jurisprudencia. Así, la sujeción de los tribunales nacionales a la interpretación de la Corte IDH no viene impuesta por la CADH, sino que atiende a la idea de que se trata de una jurisdicción supranacional de mayor imparcialidad y calidad,⁴⁰ lo que convierte al otro participante del diálogo en un sujeto dispensable.⁴¹

⁴⁰ Rodríguez Huerta, Gabriela, “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM-SRE-Corte IDH, 2009, pp. 213 y 214. El problema de esta postura es que no hace explícito qué entiende o cómo es que se logra esa mayor imparcialidad y calidad de las decisiones, más allá de que desconoce el hecho de que algunas cortes internacionales son agentes de Estados poderosos. Bevenisti, Eyal y Downs, George W., “Prospects for the Increased Independence of International Tribunals”, *German Law Journal*, vol. 12, núm. 5, 2011, p. 101. Con ello no quiero decir que ese sea el caso de la Corte IDH, sino que la conclusión a la que llega Rodríguez no puede alcanzarse tan rápidamente.

⁴¹ Como señala Bustos, en el diálogo judicial las razones esgrimidas por el resto de los tribunales involucrados en él son determinantes para la búsqueda de soluciones mutuamente

De ahí que no basta con hacer referencia al texto de la CADH para sustentar la vinculatoriedad de la doctrina de la Corte IDH, pues en realidad se trata de una decisión que atiende más a la concepción que se tenga de la Corte IDH y del papel que esta debe jugar en el Sistema Interamericano.⁴² Esto porque incluso aquellos que reconocen que ninguna norma del Pacto de San José de Costa Rica le da a la doctrina de la Corte IDH carácter vinculante —salvo para el caso concreto— se esmeran en encontrar la respuesta en los principios y postulados que reinan en el derecho internacional de los derechos humanos, a cuyo tenor, según estos autores, se impone la vinculatoriedad moral y jurídica de la doctrina, por cuanto el incumplimiento de los tratados y directivas de la Corte IDH genera la responsabilidad internacional del Estado (art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CVDT]).⁴³

El problema con esta postura es que utiliza como fundamento el artículo 27 de la CVDT, que se refiere a la imposibilidad de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados, en cuyo caso habrá responsabilidad del Estado, pero que no dice nada sobre la fuerza vinculante de la doctrina. Es decir, para que haya incumplimiento de una obligación, lo primero que tenemos que definir es qué implica esa obligación. Así, lo que nos estamos preguntando es si existe la obligación o no de seguir la doctrina de la Corte IDH más allá del caso concreto y quién está obligado a hacerlo. Solo en caso de responderse afirmativamente a esta pregunta es que no podría alegarse el derecho interno para no seguir la doctrina de la Corte IDH (conforme al art. 27 CVDT). De ahí que para establecer si el seguimiento de la doctrina de la Corte IDH es una de las obligaciones asumidas por los Estados en la CADH no basta con

aceptables. Por tanto, requiere como paso previo que se reconozca al otro (u otros) sujeto dialogante como digno de participar en el mismo. De esta manera, ningún tribunal puede tener el monopolio y compite a menudo con otras instituciones en su interpretación. Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, p. 31.

⁴² Como dice Prieto Sanchís, no debemos perder de vista que en el debate sobre la última palabra lo que se discute son problemas ideológicos y de poder, sobre el presupuesto de que el común sometimiento a la Constitución que se predica no promueve necesariamente una única respuesta, ni jurídica ni moral. Esto porque, junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 134 y 135.

⁴³ Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 147, 148, 154 y 155.

citar el artículo 27 de la CVDT, sino que se necesita de otra disposición. Lo que, en mi opinión, tampoco se contesta con los artículos 1.1 y 2 de la CADH.⁴⁴

Veamos ahora lo que dispone el artículo 62.3 de la CADH. Este artículo prevé que la Corte IDH tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia. Como se puede apreciar, del texto de dicha disposición tampoco se desprende que la Corte IDH tenga la última palabra interpretativa,⁴⁵ pues perfectamente podría entenderse que su facultad de interpretar la CADH no le permite cerrar el debate a través de sus sentencias. De ahí que, de nueva cuenta, la lectura que adoptemos depende más del papel que le queramos otorgar a la Corte IDH en el entramado del Sistema Interamericano.

Ahora bien, que la Corte IDH tenga la última palabra tiene importantes implicaciones. En primer lugar, agrava la objeción democrática del control judicial de la ley, en la medida en que no existe contrapeso legislativo a nivel internacional y que en el nombramiento de los jueces que la integran no participa el poder legislativo nacional, lo que priva a dichos jueces de la muy discutida legitimidad indirecta que tienen los jueces nacionales.⁴⁶ Con ello no quiero decir que, si estos últimos tuvieran la última palabra, la objeción democrática desaparecería, sino que, en términos comparativos, por el contexto en el que se desenvuelven los jueces internacionales, la objeción es mucho más intensa cuando son estos los que ostentan la última palabra.

En segundo lugar, la primacía de la Corte IDH rompe con la posición de igualdad que requiere un diálogo genuino, en el que la continuidad de

⁴⁴ Como lo señala Hitters, sin desarrollar argumento alguno. *Idem*.

⁴⁵ En esta apartado, con “última palabra” me estoy refiriendo a la última palabra interpretativa.

⁴⁶ Como nos explica Gargarella, la objeción a la legitimidad indirecta no dice que el poder judicial esté en contradicción con o sea enemigo de la democracia, sino que, dado su menor grado de legitimidad democrática, debe mantenerse alejado de algunas tareas que reservamos para los órganos que cuentan con mayor legitimidad democrática. Gargarella, Roberto, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 154. En el mismo sentido, Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 1391 y 1394. Sobre los distintos métodos de elección de los jueces internacionales véase Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, “On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking”, *German Law Journal*, vol. 12, núm. 5, 2011, p. 496.

la discusión no puede quedar al arbitrio de una de las partes. De hecho, no era difícil esperar que, conforme al criterio del expediente varios 912/2010, el diálogo se convirtiera en un monólogo en el que la Corte IDH hablara y la SCJN escuchara, pues, para que un diálogo pueda desarrollarse, ninguno de los participantes debe tener una autoridad completa sobre el otro y deben tener la misma oportunidad de participar.⁴⁷ Lo primero significa que cada tribunal debe tener la capacidad de ejercer presión sobre el sistema del otro tribunal, pero sin que pueda imponer su voluntad. Esto es, hay un grado de autonomía en la interpretación de los derechos. Lo segundo se traduce en que todos los participantes deben poder presentar una interpretación y contradecir (desafiar) la interpretación de los otros.⁴⁸ Como hemos visto, ninguno de estos requisitos se cumple cuando es la Corte IDH la que tiene la última palabra.

Para algunos, la última palabra de la Corte IDH podría estar justificada con el fin de asegurar la eficacia de la CADH y del emergente proceso de integración. Sin embargo, lo cierto es que también podría darse el resultado contrario, esto es, desincentivar a los tribunales nacionales a cooperar e involucrarse en el diálogo, generando resistencias y reafirmación nacional.⁴⁹ Por eso es que, en mi opinión, lo que en el fondo reflejan estas posturas es una valoración distinta del desacuerdo: mientras que la primera lo ve como un problema y busca una interpretación totalmente coincidente, la segunda lo considera una fuerza creativa y le basta con que no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta.⁵⁰

De esta forma, la posición jerárquica de la Corte IDH que se establecía en el expediente varios 912/2010 hacía caer por los suelos a las teorías que intentan legitimar al diálogo judicial basadas en la posibilidad de que todos los que están sujetos a una decisión colectiva puedan participar en una deliberación auténtica a través de la cual se tome esa decisión.⁵¹ En efecto, partiendo de una aproximación constructivista de los derechos, estas teorías consideran que, para su interpretación, los tribunales supranacionales deben involucrarse en un diálogo horizontal con los tribunales nacionales intentando arribar a una interpretación en la que todos puedan coincidir,

⁴⁷ Torres Pérez, Aida, *Conflict of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 118.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 124 y 126.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 116, 117 y 125.

⁵⁰ En términos semejantes habla del pluralismo Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, pp. 22 y 39.

⁵¹ Torres Pérez, Aida, *op. cit.*, p. 105.

aunque de momento no suceda así.⁵² De esta manera, se demuestra la igual consideración que se tiene respecto a la identidad constitucional de cada uno de los miembros de la comunidad.⁵³

Dicho diálogo, que se desarrolla en el tiempo y cuyo resultado interpretativo no debe considerarse como fijo, puede arrojar los siguientes beneficios: *a)* la obtención de resultados más racionales para la comunidad en su conjunto, por cuanto promueve el conocimiento y el entendimiento de los intereses y valores en conflicto, integrando diferentes voces y perspectivas; *b)* la promoción de la participación de los miembros, lo que permite considerar a la interpretación como un resultado compartido; *c)* ayudar a la construcción de una identidad común y facilitar la interacción en un contexto de pluralidad, y *d)* considerar el tomar el conflicto como una oportunidad para alcanzar interpretaciones a nivel supranacional que puedan acomodar de mejor manera los valores y sensibilidades de todas las partes.⁵⁴

Desde este punto de vista, el problema de la relación jerárquica es que no se toma en serio la pluralidad de voces, lo que desincentiva la participación de los demás implicados y puede generar que la Corte IDH desatienda las identidades de cada uno de los Estados miembros. Todo ello repercute en la calidad del proceso deliberativo, en tanto la pluralidad de voces incentiva el debate y la crítica de “verdades” hegemónicas.⁵⁵ Así, con el predominio de una de las dos jurisdicciones se desconoce el pluralismo y se vuelve a

⁵² *Ibidem*, pp. 109 y 110. Como veremos, el problema de estas teorías es que solo se enfocan y les es suficiente el diálogo entre tribunales, cuando el diálogo, para ser legítimo, requiere de la participación del pueblo y de sus representantes.

⁵³ *Ibidem*, p. 111.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 112-117. No debe perderse de vista que las consideraciones de Torres Pérez se hacen con vista en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; sin embargo, considero que sus reflexiones también son de utilidad para el Sistema Interamericano, en el que se propugna por una integración a través del derecho. En un sentido similar a Torres Pérez véase Slaughter, Anne-Marie, “A typology of transjudicial communication”, *Richmond Law Review*, vol. 29, núm. 1, 1994, pp. 133-135. Esta última autora agrega que el diálogo judicial sirve para difundir y elevar la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, este argumento no toma en cuenta el desacuerdo que tenemos sobre el contenido concreto de los derechos y no nos dice a qué se refiere con “elevar” la protección, pues eso depende de quién haga dicha valoración. Pero además, da por sentado —sin aportar mayor prueba— que los jueces hacen un mejor trabajo al interpretar los derechos y asume que los tribunales están libres de los grupos de presión, de ideología y de prejuicios. Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 115.

⁵⁵ Oddvar Eriksen, Erik, “An Emerging European Public Sphere”, *European Journal of Social Theory*, vol. 8, núm. 3, 2005, p. 358.

un monismo clásico,⁵⁶ que hace fútil el diálogo judicial;⁵⁷ pues una cosa es que la CADH y la Constitución prevean el reconocimiento de la Corte IDH como un interlocutor cuya doctrina será atendida según la *auctoritas* reconocida por los tribunales nacionales, y otra es que esta deba obedecerse como un argumento de autoridad.⁵⁸

⁵⁶ Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, p. 25. Para Bustos, el predominio de alguna jurisdicción hace que no estemos ante una situación de pluralismo; sin embargo, en mi opinión, más bien se desconoce sin que por ello deje de existir.

⁵⁷ Así, me separo de la idea de McCormick en el sentido de que, en un contexto de pluralismo, la máxima autoridad dentro de cada sistema debe tener el poder de decir la última palabra interpretativa, pues, en mi opinión, el pluralismo se congenia mejor con un diálogo fluido en el que nadie tiene la última palabra, en el que los interlocutores deben prestar atención y tener consideración respecto a lo que dicen los otros; pues solo así es que se logra que la pluralidad no se convierta por la fuerza en unidad. McCormick, Neil, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 118.

⁵⁸ Bustos Gisbert distingue entre el reconocimiento del interlocutor, por un lado, y la intensidad de ese reconocimiento que depende de la *auctoritas*, por el otro. Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, p. 32.

CAPÍTULO PRIMERO

LIBERTAD E IGUALDAD. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO¹

I. PLANTEAMIENTO

Este capítulo tiene como objetivo reflexionar sobre las distintas formas en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha protegido la libertad y la igualdad de las parejas homosexuales que han reclamado ante esta su derecho a contraer matrimonio. Para ello, es necesario analizar el discurso que la Corte utiliza en las sentencias a través de las cuales reconoce la constitucionalidad de dicho derecho. Al referirme al discurso, asumo que la Corte habla a través de sus sentencias y que lo que dice o deja de decir, así como la forma en que lo dice, es relevante para lograr la igual consideración y respeto de todos los individuos y, en concreto, de la comunidad homosexual.²

Asimismo, un análisis pormenorizado del discurso de la Corte nos brinda los siguientes beneficios: por un lado, nos permite vislumbrar importantes diferencias en la concepción que tienen los ministros sobre el tipo de reclamos que presentan la exclusión de las parejas homosexuales del derecho al matrimonio, así como la mejor forma de responderlos³ y, por el otro, nos da las bases para criticar y exigir un mejor discurso a nuestra Corte.

¹ Este capítulo fue publicado previamente en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, IJJ-UNAM, 2017.

² Como explica Dworkin, el derecho a la igual consideración y respeto implica, por un lado, dar un trato igual en la distribución de bienes, oportunidades y libertades y, por el otro, ser tratado como un igual —ser tomado en cuenta— al tomar la decisión política de cómo serán distribuidos esos bienes, oportunidades y libertades. Como veremos más adelante, en el caso del matrimonio igualitario, dar un trato igual significa otorgar los mismos derechos, mientras que tratar como iguales significa reconocer el mismo valor de las relaciones homosexuales y heterosexuales. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, p. 273.

³ Lo que se refleja en las sentencias en las que son ponentes.

El capítulo está dividido en cuatro apartados. En el primero planteo muy brevemente la concepción de la justicia constitucional de la que parto y el tipo de reclamo que conlleva el litigio sobre el matrimonio igualitario. El tipo de reclamo que se nos presenta nos obliga a reflexionar sobre lo que pueden considerarse minorías sociales o grupos subordinados para la teoría constitucional y la trascendencia que tiene para el discurso de las sentencias. En segundo lugar, explico los enfoques liberal-no comparativo e igualitario-comparativo con los que puede abordarse la constitucionalidad de la inclusión o exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio. En tercer lugar, teniendo en cuenta el tipo de reclamo que se nos plantea, el carácter minoritario de la comunidad homosexual basado en prejuicios y los enfoques liberal e igualitario, analizo el discurso que utiliza la Suprema Corte para resolver estos asuntos. Finalmente, presento algunas conclusiones.

II. LA SUPREMA CORTE Y LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO

De acuerdo con una concepción deliberativa de la justicia constitucional,⁴ dos de las funciones que cumplen las cortes supremas son: 1) participar en el diálogo constitucional proveyendo de nuevos argumentos o criticar otros ya tomados en cuenta en sede parlamentaria, y 2) garantizar la deliberación y participación igualitaria en la esfera pública, para lo cual debe, entre otras cosas, igualar las oportunidades para participar discursivamente en el debate público. En nuestros tiempos, la participación igualitaria en la esfera pública tiene como fin influir a los otros ciudadanos y conformar la opinión pública o comunicar algo a los representantes.

Es cierto que la justicia constitucional no puede asegurarnos que todos tengamos el mismo nivel de influencia en los demás o en la conformación de la opinión pública,⁵ pero sí puede reducir la desigualdad de oportunidades en atención al derecho de igualdad política, “según el cual todos los ciudadanos deben poder participar en condiciones de igualdad en el autogobierno de su comunidad”.⁶ En otras palabras, debe preservar la igualdad

⁴ Por razones de espacio no puedo detenerme a explicar esta concepción de la justicia constitucional, por lo que me permito remitir a mi trabajo *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

⁵ Sobre el tema de influencia política véase Dworkin, Ronald, “Political equality”, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 4a. ed., 2002, pp. 194-198.

⁶ Martí, José Luis, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 262.

de oportunidades de participación, mas no igualar la eficacia de sus distintos tipos.⁷

Uno de los obstáculos para esta participación social igualitaria es la existencia de prejuicios en contra de individuos o grupos que se reproducen a través de los mensajes que transmiten, entre otros, ciertas leyes. De acuerdo con esta concepción, las leyes cumplen una función simbólica y expresiva muy poderosa de la cultura dominante y son objeto de disputas culturales. Así, cuando se impugna una ley que está basada en prejuicios y conlleva este tipo de mensajes estigmatizadores, las cortes están obligadas a reconocer esta vertiente del reclamo. En efecto, cuando una corte suprema se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley que excluye a un individuo o grupo con base en un prejuicio que reproduce, no solo toma una decisión legal de compatibilidad o no de la ley con la Constitución, sino que puede tomar partido en la disputa cultural y defender nuevos significados que combaten la subordinación. Incluso, puede ser un motor de cambio y de inclusión.⁸

En esta tesitura, el discurso que utiliza la Corte para reconocer la constitucionalidad del matrimonio igualitario no es un tema baladí. Qué es lo que dice y lo que deja de decir es sumamente relevante para la lucha del reconocimiento de la comunidad homosexual, es decir, para lograr su participación social como iguales.⁹

Como se sabe, es posible distinguir entre reclamos de justicia redistributivos y de reconocimiento. Los primeros se refieren a la redistribución de recursos económicos, mientras que los segundos buscan una relación recíproca ideal entre sujetos en la que cada uno ve al otro como su igual. Los reclamos de reconocimiento se enfrentan a injusticias culturales derivadas de patrones de representación, interpretación y comunicación que impiden la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social. En la mayoría de los casos, ambos reclamos interactúan y requieren de respuestas que atiendan las dos vertientes.¹⁰ Como veremos enseguida, los reclamos de re-

⁷ Urbinati, Nadia, “Free Speech as the Citizen’s Right”, *Citizens Divided, Campaign Finance Reform and the Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 2014, pp. 136, 137 y 139. Sobre el tema también véase Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trad. de Thomas Burger, Massachusetts, MIT Press, 1991, p. 227.

⁸ Karst, Kenneth L., *Law’s Promise, Law’s Expression. Visions of Power in the Politics of Race, Gender, and Religion*, Connecticut, Yale University Press, 1993, pp. 3, 7, 8, 9 y 202.

⁹ Sobre la importancia del reclamo de reconocimiento en el litigio del matrimonio igualitario véase Clérico, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, Laura (coord.), *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, pp. 139-164.

¹⁰ Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth,

conocimiento están vinculados con el aspecto social que define a una minoría social o a un grupo subordinado.

La definición clásica de minorías sociales deriva de la nota al pie número cuatro, párrafo tercero, del caso *Carolene Products*¹¹ de la Corte Suprema estadounidense, que establece la posibilidad de una exigencia especial de justificación de las decisiones que afectan minorías discretas e insulares contra las que hay un prejuicio que no les permite utilizar el proceso político para defender sus intereses. Esta nota al pie ha sido interpretada por Ely, quien señala que, si bien estas minorías pueden estar técnicamente representadas, se hallan en una situación funcional de impotencia, al encontrarse durante largos periodos en un estado permanente de incapacidad para protegerse políticamente (por bloqueos oficiales o extraoficiales a sus argumentos) de tratos menos favorables comparados con los que se dan a la mayoría, la que se los niega por simple hostilidad o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses.¹²

Ely llama la atención sobre los dos componentes que tiene la fórmula de *Carolene*: el político y el social. Así, Ely dice que, si bien el acceso político es importante, mientras no tenga la mayoría un grupo minoritario no puede protegerse contra la hostilidad declarada o corregir los prejuicios. De ahí que sea importante que las interrelaciones sociales aumenten, pues pueden ayudar a disminuir la hostilidad o los estereotipos y, como consecuencia, permitir la cooperación política.¹³

Por su parte, en 1985 Bruce Ackerman propuso dejar atrás las características discretas e insulares, entendiendo por discretas aquellas minorías que

Alex, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata-Paideia, 2006, pp. 17, 20 y 22.

¹¹ 304 U.S. 144 (1938). La nota al pie dice lo siguiente: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when *legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution*, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [...]”.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation [...].

Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious [...] or national [...] or racial minorities [...]: whether prejudice against *discrete and insular minorities* may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”.

¹² Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 109, 127, 130, 186 y 202.

¹³ *Ibidem*, p. 195.

pueden ser identificadas por un rasgo visible, e insulares aquellas que conviven recurrentemente y han generado una comunidad. Esto porque dichas características les permitirían actuar organizadamente en su beneficio.¹⁴ En lugar de proteger minorías discretas e insulares, como las personas de color, sugiere que los estándares de revisión más exigentes se apliquen para proteger minorías anónimas y/o difusas. El carácter anónimo se refiere a la posibilidad que tienen sus integrantes de mantener en privado la característica que los hace una minoría, por ejemplo, la homosexualidad, pues tienen un incentivo para no organizarse y pasar desapercibidos. Por su parte, el carácter difuso se refiere al nivel de interacción entre sus miembros, por ejemplo, las mujeres, que si bien son una minoría discreta, son difusas.¹⁵ Para Ackerman, no es que el prejuicio en contra de las minorías discretas e insulares sea algo del pasado, sino que estas tienen mayores posibilidades de protegerse políticamente si se les compara con las minorías anónimas y difusas.¹⁶

Una tercera propuesta vino de la pluma de Kenji Yoshino, quien en 2010 puso en cuestión que el carácter difuso y anónimo de la comunidad gay le haya impedido obtener poder político.¹⁷ Asimismo, critica la consideración hecha en el caso *Frontiero*¹⁸ en el que una pluralidad de jueces dijo que las mujeres podían ser consideradas sin poder a pesar de su número, al estar infrarrepresentadas en los *councils*. Para Yoshino, este es un estándar muy indulgente, pues casi cualquier grupo puede aducir o formular este argumento. También critica el estándar del caso *Cleburne*,¹⁹ según el cual las personas con retraso mental no podían considerarse sin poder, porque habían podido atraer la atención de los legisladores, pues solo los que fue-

¹⁴ Ackerman, Bruce, “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 4, 1985, p. 724.

¹⁵ *Ibidem*, p. 729.

¹⁶ *Ibidem*, p. 737. Cabe destacar que Ackerman apunta muy bien a la inevitabilidad de hacer consideraciones sustantivas —en contraposición a procedimentales— al proteger minorías, pues determinar si algo es un prejuicio o no involucra ese tipo de argumentos. *Ibidem*, pp. 739 y 740. Además, llama la atención sobre cómo la fórmula de Carolene Products se refiere a dos problemas distintos: el primero, las desventajas sistemáticas que sufren ciertos grupos para defenderse en el proceso político y, el segundo, el prejuicio como cuestión sustantiva. *Ibidem*, pp. 740 y 741.

¹⁷ Yoshino, Kenji, “The gay tipping point”, *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010, p. 1542. Del mismo autor, “Assimilationist Bias in the Equal Protection, The Visibility Presumption and the Case of Don’t Ask, Don’t Tell”, *Yale Law Journal*, vol. 108, 1998, pp. 565 y 566. En un trabajo anterior Yoshino distingue entre una parte de la comunidad gay que es anónima y difusa y otra que es discreta e insular “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *Columbia Law Review*, vol. 96, p. 1809.

¹⁸ 411 U.S. 677 (1973).

¹⁹ 473 U.S. 432 (1985).

ran desatendidos sistemáticamente serían considerados sin poder, lo que es un estándar muy exigente.²⁰ Por tanto, propone una aproximación flexible para fijar quiénes no tienen poder político, para lo cual deben atenderse diversos factores: 1) el ingreso y riqueza del grupo; 2) salud y longevidad; 3) protección frente a la violencia pública y privada; 4) posibilidades de ejercer sus derechos políticos; 5) nivel de educación; 6) posición social, y 7) existencia de prejuicios en su contra.²¹

Por su parte, para Owen Fiss, los grupos son aquellos que tienen una identidad y existencia separada del resto, y la identidad de los integrantes se define por la pertenencia al grupo, su estatus social está vinculado al mismo y la manera de actuar de los demás está basada en esta perspectiva. Además, hay una interdependencia entre la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo. Ahora bien, el carácter subordinado del grupo deriva de una posición social muy mala y de carecer de poder político (por razones económicas, numéricas y derivadas del prejuicio), aunado al tiempo que llevan ocupando dicho lugar. Para Fiss, el caso es el de la comunidad negra.²² Los grupos se distinguen de las clases derivadas de una clasificación legislativa, como podría ser los que resultan de una categorización impositiva. En un análisis de igualdad lo relevante no es que la clasificación se haga con base en una categoría sospechosa, sino el efecto que tiene al dañar el estatus del grupo.²³

A este tipo de aproximación Roberto Saba la denomina “desigualdad estructural”, para la cual el ideal de no arbitrariedad es insuficiente o incompleto. En esta lógica, para tratar realmente igual a las personas es necesario atender al contexto y al grupo al que pertenecen, pues, dependiendo del contexto, medidas que parecen neutrales pueden no serlo. Por el hecho de que la persona pertenezca a un grupo puede ser objeto de una exclusión sistemática y, por tanto, requerir de un trato distinto.²⁴

²⁰ Yoshino, Kenji, “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *cit.*, pp. 1542 y 1543. El indicio de que un grupo ha podido llamar la atención de los legisladores es la cantidad de legislación aprobada que le favorece. *Ibidem*, p. 1805.

²¹ *Ibidem*, p. 1543. Del mismo autor, “Assimilationist Bias in the Equal Protection, The Visibility Presumption and the Case of Don’t Ask, Don’t Tell”, *cit.*, pp. 565 y 566.

²² Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, núm. 5, 1976, pp. 107-117. En este trabajo citaré la traducción al español “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, trad. de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 138-141.

²³ *Ibidem*, pp. 142, 143 y 146.

²⁴ Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 185 y 191.

En mi opinión, la idea de que las minorías sean discretas y/o insulares, anónimas y/o difusas, etc., o de grupos subordinados, nos llama la atención sobre el trato sistemático²⁵ menos favorable que se da a un grupo de personas. Este trato se debe a que no tienen derecho al voto, tienen dificultades para organizarse, existen prejuicios o por alguna otra causa se les impide hablar, ser escuchados y debatir en condiciones de igualdad sobre los méritos de sus intereses, expectativas, o combatir los prejuicios.

Lo perverso de la situación de las minorías y de los grupos desaventajados es que para revertir el trato discriminatorio al que se ven sujetas tendrían que poder cambiar o combatir las condiciones que les impiden participar en condiciones de igualdad y, eventualmente, ganar votaciones en el Parlamento; sin embargo, no pueden hacerlo, ya que esas condiciones están más allá de su alcance. Así, al ser minorías que no tienen derecho al voto, no pueden participar en el Parlamento y, lógicamente, no pueden dotarse del derecho al voto; al ser minorías anónimas y difusas, tienen dificultades para organizarse políticamente y ser escuchadas, derivadas de condiciones que no pueden modificar sus integrantes, o siendo minorías que, si bien están organizadas políticamente, no son escuchadas por las mayorías que tienen prejuicios en su contra, lo que no pueden cambiar por sí solas.

Por tanto, debemos distinguir entre los diferentes problemas que aquejan a las minorías. Algunas no tienen voz, otras tienen serias dificultades intrínsecas para organizarse y otras, aunque organizadas, no son escuchadas por la mayoría al ser objeto de prejuicios.²⁶ El rasgo común es que, por distintas razones, no pueden participar en condiciones de igualdad y las condiciones que se lo impiden no pueden cambiarlas por sí solas.

Tratándose de la comunidad homosexual, estimo que el aspecto social que la hace una minoría social son los prejuicios que existen sobre su incapacidad para tener parejas estables o para criar hijos en un ambiente sano.²⁷ De esa manera, al abordar el litigio sobre el matrimonio igualitario,

²⁵ Como señala Fraser, cuando los arreglos sociales benefician sistemáticamente a unos y perjudican a otros, hay razones *prima facie* para pensar que el “bien común” es una mistificación, por lo que cualquier consenso en este contexto social debe ser visto con sospecha. Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Massachusetts, MIT Press, 1992, p. 131.

²⁶ No descarto la posibilidad de que una minoría sufra los tres problemas.

²⁷ De acuerdo con la encuesta de BGC, Beltrán Juárez y Asociados, publicada en el periódico *Excelsior* el 23 de mayo de 2016, en mayo de 2016, 65% de los entrevistados están de acuerdo con el matrimonio homosexual a nivel nacional, mientras que 34% está en desacuerdo. Por su parte, hay un 43% a favor de reconocerles el derecho de adopción y un 58% en contra.

los jueces deben responder tanto al reclamo de reconocimiento como al de distribución de derechos, y para abordar el reclamo de reconocimiento es necesario hacer frente a los prejuicios que existen en su contra, atender al contexto en el que se expide la legislación y optar por un análisis que considere igualmente sus capacidades.²⁸ Este último tema nos lleva a plantearnos los posibles enfoques para resolver el litigio sobre el matrimonio igualitario.

III. POSIBLES ENFOQUES PARA RESOLVER EL PLANTEAMIENTO SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO

El reconocimiento del derecho al matrimonio de los homosexuales puede ser enfocado, por lo menos, de dos maneras distintas: a) liberal-no comparativo, y b) igualitario-comparativo. En la práctica jurisdiccional, estos dos enfoques pueden mezclarse; sin embargo, en teoría es posible diferenciarlos. De hecho, en los casos en los que una sentencia utiliza más de un enfoque suele darse preponderancia a alguno de ellos.

No hay que perder de vista que, si estos dos enfoques se analizan desde el resultado de (in)constitucionalidad de las disposiciones que excluyen a las parejas homosexuales, no hay una diferencia relevante, pues ambos concluyen con la declaración de inconstitucionalidad y el otorgamiento del derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, es decir, dan un trato igual en la distribución de libertades, lo que ya de por sí es una forma de inclusión.²⁹ Ahora bien, si se analizan desde el discurso que se utiliza para declarar la inconstitucionalidad, entonces sí hay diferencias relevantes. En efecto, desde el punto de vista del discurso, no tienen los mismos méritos, particularmente por lo que se dice o deja de decir en relación con el aspecto cultural o social que excluye a los miembros de la comunidad homosexual del matrimonio, es decir, con los prejuicios que existen sobre sus relaciones y su capacidad para criar hijos, lo que contribuye o no a tratarlos como iguales.

²⁸ No hay que perder de vista que una de las propiedades que caracterizan a la persona desde el punto de vista liberal es que están constituidas por su capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos. Esta capacidad es previa a cualquier fin, interés o deseo. Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, ITAM-IIJ-UNAM-CEAD, 2017, p. 19.

²⁹ Aunque también hay quien piensa que la inclusión de los homosexuales en el matrimonio refuerza la discriminación hacia las parejas que no están casadas. Warner, Michael, "Beyond Gay Marriage", en Brown, Wendy y Halley, Janet (eds.), *Left legalism/Left critique*, Durham, Duke University Press, 2002, pp. 81-147.

La diferencia entre los enfoques liberal-no comparativo e igualitario-comparativo tiene como base la distinta concepción del mal que genera la discriminación. Mientras el enfoque liberal-no comparativo estima que el mal de la discriminación es la privación de una libertad,³⁰ el igualitario-comparativo estima que este consiste en no tratar a las personas como iguales.³¹

A. *Liberal-no comparativo*

En primer término, lo que caracteriza a este enfoque es la falta de referencia al aspecto social que define a una minoría social y la indiferencia al contexto en que se hacen las distinciones legislativas. Así, se considera innecesario combatir el prejuicio que existe en contra de las personas homosexuales y se omiten consideraciones relativas al carácter subordinado o no del grupo.

En segundo lugar, desde un punto de vista metodológico, se conceptualiza el matrimonio a la luz de la moral social vigente y de la concepción de familia. Posteriormente, se analiza si el acceso al matrimonio (como uno de los medios para conformar una familia) está o no protegido por un derecho fundamental como el libre desarrollo de la personalidad. Si *prima facie* lo está, entonces la pregunta subsecuente es si la restricción a dicha libertad —exclusión de los homosexuales del acceso al matrimonio— está basada en un criterio razonable. Para ello, se analiza si la orientación sexual es un criterio constitucionalmente permisible para excluir a los homosexuales de esa libertad (se analiza con especial rigor al tratarse de una categoría sospechosa).³² En otras palabras, la pregunta es si, en atención a la naturaleza o definición del matrimonio, las parejas homosexuales se adecuan a sus fines.

Conforme a esta perspectiva, no es necesario hacer un análisis comparativo entre las relaciones que están incluidas y las que están excluidas, sino, en atención a las características de la institución, analizar si los homosexua-

³⁰ Una de las principales defensoras de esta aproximación es Moreau, Sophia, “What is discrimination?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 38, núm. 2, pp. 143-179; “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

³¹ Una de las defensoras de esta perspectiva es Hellman, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *op. cit.*, y su libro *When is discrimination wrong?*, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.

³² Hellman, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, *cit.*, pp. 52 y 57.

les deben estar o no incluidos en el ámbito de protección de la libertad. Es un análisis primordialmente abstracto de la restricción *prima facie* de una libertad, aunque eso no impide que se haga un análisis comparativo, pero este es secundario.³³

El inconveniente de este enfoque es que no se combaten discursivamente los prejuicios en contra de los homosexuales y se pasa por el alto la importancia del contexto en el que opera la ley.³⁴ Además, el estudio basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad puede guardar silencio sobre cosas que es importante decir. Por ejemplo, un análisis puro desde el

³³ Un ejemplo de esta aproximación puede verse en la tesis 1a./J. 55/2006 de la Primera Sala, de rubro y texto: IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. 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. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

³⁴ Karst, Kenneth L., *op. cit.*, pp. 182 y 186.

libre desarrollo de la personalidad no tiene por qué hacer, como punto de partida, una comparación entre las relaciones de los homosexuales y los heterosexuales, pues basta con decir que la orientación sexual no es una razón para restringir el acceso al matrimonio.³⁵

Finalmente, no debe perderse de vista que, conforme a este enfoque, es posible concluir que la privación del derecho al matrimonio para las parejas homosexuales conlleva también una violación refleja al derecho a la igualdad, al constatare que existen injustificadamente dos *regímenes* distintos para las parejas homosexuales y las heterosexuales que priva a las primeras de una libertad. Sin embargo, para concluir que se viola el derecho a la igualdad como efecto reflejo no se hace una comparación *fáctico-valorativa* entre las parejas homosexuales y heterosexuales, pues basta con constatar que no tienen los mismos derechos. De esta manera, si bien se constata la violación al derecho a la igualdad, la similitud entre las capacidades de las parejas homosexuales y heterosexuales para constituir relaciones afectivas estables juega un papel secundario para sustentar la conclusión, además de que no se combaten las bases culturales que la sostienen.

B. *Igualitario-comparativo*

A diferencia del enfoque liberal-no comparativo, en el igualitario-comparativo sí se hace referencia al prejuicio que sostiene la discriminación de las parejas homosexuales, al carácter histórico de esos prejuicios, y también se presta atención al contexto en que se hacen las distinciones legislativas, pues considera que las distinciones que hace la ley adquieren un significado según el contexto y la cultura, lo que es relevante para su evaluación constitucional.³⁶

Por otro lado, desde un punto de vista metodológico, el *punto de partida* no es definir la institución y valorar si la orientación sexual es una razón para excluir a personas del matrimonio, sino comparar si las parejas heterosexua-

³⁵ Piénsese, por ejemplo, en el AR 237/2014, conocido como el *Caso Marihuana*, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 235, último párr.; 237; 245, frac. I; 247, último párr., y 248, todos de la Ley General de Salud, con base en un análisis de proporcionalidad de la restricción que suponen del libre desarrollo de la personalidad. En ese caso, es muy claro que el libre desarrollo de la personalidad protege la autonomía de las personas para tomar la decisión de consumir marihuana para fines lúdicos y, en consecuencia, también a todas las *acciones* necesarias para poder estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.), sin que la Corte haga una valoración positiva o negativa de la decisión.

³⁶ Hellman, Deborah, *When is discrimination wrong?*, cit., p. 25.

les y las homosexuales son similares en la propiedad de comparación relevante para efectos de acceso al matrimonio.³⁷ Para ello, se fija un punto de comparación fáctico-valorativo (la capacidad de establecer relaciones estables o la orientación sexual) y se dice si los sujetos, hechos, situaciones, etc., comparados son o no similares en el punto de comparación.

Fijar cuál es el punto de comparación (*v. gr.*, capacidad para establecer relaciones estables o la orientación sexual) y si los sujetos comparados están en una situación similar conlleva un juicio de valor; es decir, no es una mera elección de una propiedad fáctica, sino de la propiedad fáctica que se considera relevante según la valoración del operador jurídico.³⁸ Y una vez que establecemos que las relaciones son similares en la propiedad relevante, en principio, deben ser tratadas de igual manera, salvo que exista una razón suficiente para tratarlas de manera desigual.³⁹

Lo que es notable desde el punto de vista discursivo es que hay que definir el término de comparación fáctico-valorativo y si los sujetos, hechos, situaciones, etc., son similares desde ese punto de vista.⁴⁰ De esta manera,

³⁷ Hellman, Deborah, "Equality and Unconstitutional Discrimination", *cit.*, p. 53.

³⁸ Alexy, Robert, "El derecho general de igualdad", *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993, pp. 352 y 353.

³⁹ La carga de la argumentación está en quien argumenta en contra de la igualdad, una vez que se ha considerado que están en una situación de hecho equivalente. *Ibidem*, p. 360.

⁴⁰ Un ejemplo de este tipo de aproximación comparativa puede verse en la tesis 2a./J. 42/2014 de la Segunda Sala, de rubro y texto: IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. La igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro. Por ello, el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de la garantía de igualdad no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante para el caso concreto. *Por tanto, el primer criterio necesario para analizar una norma a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente.* En caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual en cuestión. Así, una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida. Al respecto, debe considerarse que la posición constitucional del legislador no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1o., primer y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto

se toma una postura sobre si existe un término de comparación entre las parejas y cuál debe ser, por ejemplo, la capacidad de constituir relaciones estables o la orientación sexual.

Eso no significa que el análisis comparativo prescinda de una conceptualización del matrimonio, sino que esta conceptualización es concomitante y está modulada por el análisis comparativo. Así, la forma de concebir el matrimonio está determinada por el punto de partida que encuentra una similitud entre las parejas homosexuales y las heterosexuales en la propiedad relevante. En otras palabras, el propósito y la definición del matrimonio se adecuan a las capacidades e intereses similares de ambas parejas, pues el derecho a la igualdad así lo requiere.

Alguien puede pensar que no es necesario fijar ese término de comparación, pues se puede presumir que las parejas homosexuales y heterosexuales deben ser tratadas de igual manera; sin embargo, lo cierto es que la regla de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no implica una presunción en abstracto a favor del trato igual o del trato desigual.⁴¹ La presunción a favor del trato igual solo puede establecerse una vez que se determina la similitud en la propiedad que se considere relevante.⁴² Además, desde un punto de vista discursivo, no hacer la comparación explícita es una falencia grave, ya que implicaría dejar de decir que las parejas homosexuales tienen

de estas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino imperativo. La siguiente exigencia de la garantía de igualdad es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado; es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo, bastando para ello una aptitud o posibilidad de cumplimiento, sin que quepa exigir que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. En este sentido, no se cumplirá el requisito de adecuación cuando la medida legislativa no contribuya de modo alguno a la obtención de su fin inmediato. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo exigible que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido. Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. De ahí que el juicio de proporcionalidad exija comprobar si el trato desigual resulta tolerable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en el entendido de que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la diferencia.

⁴¹ Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, pp. 571-575.

⁴² Sobre este punto, Sadurski reprocha a Alexy que la carga de la argumentación en contra de la igualdad no puede ser en abstracto, pues para determinar la carga hay que definir si las personas son similares o diferentes en relación con el propósito de la regla. Wojciech, Sadurski, *Equality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 105.

la misma capacidad para establecer relaciones estables, lo que desde el reclamo de reconocimiento es importante manifestar.

Una vez que se define la propiedad fáctico-valorativa y se estima que existe similitud, entonces debe tratarse de igual manera a los sujetos comparados. La pregunta subsecuente es si el criterio de clasificación justifica que no tengan el mismo régimen (justifique un trato desigual), para lo cual pueden aplicarse los mismos pasos que en el test de proporcionalidad. Así, la diferencia con el enfoque liberal-no comparativo radica en el punto de partida, pues el enfoque igualitario-comparativo obliga a fijar un punto de comparación —excluyendo otros— y a pronunciarse sobre si hay o no similitud entre los sujetos comparados. Y en caso de darse la similitud, entonces debe darse el mismo trato. Eso no sucede en el enfoque liberal, ya que en este basta con afirmar que, en atención a las características de la institución del matrimonio, no se justifica que la orientación sexual sea un criterio para excluir a los homosexuales de esa institución. Es decir, no se dice necesariamente que las relaciones de los homosexuales y los heterosexuales son comparables y similares por su capacidad de constituirse en relaciones estables y, por tanto, que debe tratárseles igual.

El hecho de que el punto de partida sea tomar postura sobre cuál es el término de comparación fáctico-valorativo adecuado y sobre la similitud o no de las relaciones homosexuales y heterosexuales no es baladí para el reclamo de reconocimiento, ya que posiciona culturalmente a las parejas homosexuales como merecedoras del mismo respeto y consideración social. Además, una vez establecido que las relaciones son similares en la característica relevante, la pregunta se invierte, porque ya no se trata de verificar que las parejas homosexuales se adecuen a la definición de matrimonio, sino si el matrimonio se adecua a las capacidades de dichas parejas.

En términos discursivos, el punto de partida es trascendente, pues lo que la Suprema Corte les dice a las parejas homosexuales es distinto y afecta el establecimiento, legitimación y reproducción del *statu quo*.⁴³ En efecto, cuando se aborda desde el enfoque igualitario-comparativo se combate con mayor fuerza la creencia social que concibe a las relaciones homosexuales como desviadas, lo que ayuda a contrarrestar la distinción entre *ellos* y *nosotros*.⁴⁴

Finalmente, de acuerdo con este enfoque, la exclusión de los homosexuales del derecho al matrimonio es una violación del derecho a la igualdad y, como efecto reflejo, del libre desarrollo de la personalidad. Ahora

⁴³ Dijk, Teun Adrianus van, “Discourse and inequality”, *Lenguas Modernas*, núm. 21, 1994, p. 20.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 25.

bien, la violación del derecho a la igualdad no solo se debe al trato *legal* desigual que se da a las parejas homosexuales al privarlas injustificadamente de una libertad, sino a que, en atención a la similitud de sus capacidades, debió haberseles tratado de manera igual, además de que el trato legal desigual conlleva una falta de reconocimiento de su capacidad para tener relaciones estables basada en prejuicios.

IV. ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LA SUPREMA CORTE MEXICANA EN LA JURISPRUDENCIA DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

En este apartado analizaré si el discurso de la Corte plasmado en sus sentencias es de carácter liberal-no comparativo o igualitario-comparativo. Para ello, hay que prestar atención a si hace o no referencia al prejuicio en contra de los homosexuales, al maltrato sistemático del que son objeto o al carácter de grupo subordinado de la comunidad homosexual. Es decir, si toma en cuenta el aspecto social que hace a la comunidad homosexual una minoría y si tiene presente el contexto. Por otro lado, hay que analizar si aborda la exclusión del matrimonio como la restricción de un derecho de libertad, o si su punto de partida es comparar las relaciones homosexuales y heterosexuales. Al hacer un análisis del discurso de las sentencias es necesario poner mucha atención en el peso que cada argumento tiene en su construcción argumentativa, pues si bien pueden estar presentes tanto argumentos liberales como igualitarios, el discurso pone énfasis en algunos de ellos y relega otros.

Debo aclarar que mi objetivo no es una descripción detallada de lo que dice cada una de las sentencias, por lo que solo me detendré en las que considero más relevantes y enfatizaré la parte de estas que significan un pronunciamiento novedoso o la reiteración de un aspecto importante. La pregunta sobre el matrimonio igualitario se puede presentar mediante dos posibles escenarios: 1) que los homosexuales ya estén incluidos en el régimen y la autoridad quiera justificar su exclusión, y 2) que los homosexuales estén excluidos en el régimen y la autoridad busque justificar esa exclusión.

*Acción de inconstitucionalidad 2/2010 (Distrito Federal)*⁴⁵

En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la Procuraduría General de la República (PGR) impugnó el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio, previsto mediante reforma

⁴⁵ Resuelta el 16 de agosto de 2010 por el Tribunal Pleno, ponencia del ministro Valls Hernández.

al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal.⁴⁶ La relevancia de esta acción de inconstitucionalidad, resuelta por el Tribunal Pleno el 16 de agosto de 2010, se debe a varias razones: es el primer asunto en el que la Corte estudia la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho a adoptar, se fijan pautas que serán retomadas en los asuntos posteriores, y tiene la peculiaridad de tratarse de un caso de inclusión y no de exclusión de las parejas homosexuales por la asamblea legislativa.

Para la Corte, al tratarse de un caso de ampliación de derechos y no de restricción, y siendo que el núcleo de los argumentos de invalidez se dirige a demostrar la falta de razonabilidad objetiva de la medida legislativa como tal y no a impugnar un acto legislativo por violación al principio de igualdad y no discriminación, debía aplicar un test de razonabilidad y no de proporcionalidad reforzado. De acuerdo con la Corte, al estudiar la razonabilidad se debe verificar si: 1) la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y 2) los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual.

En su argumentación, la Corte dice que, por cuanto el artículo 4 constitucional no define al matrimonio,⁴⁷ la definición queda en manos del legis-

⁴⁶ Reforma publicada en la *Gaceta Oficial* el 29 de diciembre de 2009.

Art. 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

⁴⁷ El texto vigente al momento de la resolución de 16 de agosto de 2010 era el siguiente: Constitución general

Art. 40. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

lador ordinario, es decir, la Constitución no exige el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo, pero es una opción permitida por la misma. La inclusión de las personas del mismo sexo al matrimonio no trastoca su núcleo esencial, pues la diversidad sexual no es un elemento definitorio de la institución ni la finalidad del matrimonio es la procreación, además, es compatible con la protección y desarrollo de la familia entendida como realidad social.

Con apoyo en el precedente del amparo directo civil 6/2008 reconoce que la “[...] decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo”.⁴⁸ Así, la decisión de casarse o no casarse, y tener o no hijos y el número, es una decisión protegida por el libre desarrollo de la personalidad.

Asimismo, reconoce que las personas homosexuales han transitado dentro de la sociedad por un camino difícil y han sido históricamente discriminadas y “[...] no se advierte justificación razonable para estimar en un Estado democrático, en el que la prohibición de toda discriminación juega un papel trascendente, por mandato del artículo 1º constitucional, que el legislador ordinario *este impedido* para reconocer jurídicamente, a través del matrimonio, las relaciones de los individuos heterosexuales y homosexuales que por igual son estables y permanentes, solo por esa distinción”.⁴⁹

Por su parte, en el apartado del derecho a adoptar previsto en el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal⁵⁰ se dice que “[...] pensar que la Constitución exige excluir del régimen legal que discipline el régimen de

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

⁴⁸ SCJN, acción de inconstitucionalidad 2/2010, pp. 95, 102 y 105.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 104.

⁵⁰ Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 391. Podrán adoptar: I. Los cónyuges en forma conjunta, que al menos tengan dos años de casados; II. Los concubinos en forma conjunta, que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años; III. Las personas físicas solteras mayores de 25 años; IV. El tutor al pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; y V. El cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años.

adopción a una categoría entera de personas definidas por su orientación sexual, implica caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente”,⁵¹ y añade que concluir que las familias conformadas por personas del mismo sexo no satisface las garantías de cuidado resulta insostenible dentro de la Constitución y es contrario al derecho a no ser discriminados, pues parte de perjuicios que la Corte no debe convalidar.

Lo que nos dice y no nos dice la Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010

De esta sentencia hay que destacar el tipo de discurso preponderantemente liberal y tangencialmente igualitario que utiliza la Corte, así como criticar la conclusión de reconocer libertad de configuración al legislador ordinario de incluir a las personas del mismo sexo en la institución del matrimonio.

Por lo que toca al discurso, la Corte fundamenta su decisión en el análisis de la institución del matrimonio y de la familia a la luz de la moral positiva y la compatibilidad de la orientación homosexual con el mismo, la refuerza con el argumento de la protección del matrimonio por el libre desarrollo de la personalidad, y utiliza el argumento de la similitud de las relaciones homosexuales y heterosexuales para confirmar que su conclusión es correcta. De esta manera, la Corte se mueve entre los enfoques liberal e igualitario que expliqué *ut supra*, dándole una marcada preferencia al liberal, según el cual se define la institución del matrimonio y en atención a sus características se cuestiona si la orientación sexual es una razón para excluir a las personas homosexuales de la institución. Debe destacarse la conceptualización plural del matrimonio y de la familia, pues se trata de una visión no tradicional del matrimonio que permite incluir realidades que antes estaban excluidas. En efecto, la definición del matrimonio y de la familia como instituciones destinadas a proteger realidades sociales distintas es un paso fundamental en lo que vendrá después en la línea jurisprudencial de la Corte.

Por otro lado, hace un análisis comparativo como argumento de refuerzo y afirma que las relaciones de los homosexuales y heterosexuales son iguales en los aspectos relevantes, es decir, son estables, afectivas, etc., *por*

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque solo uno de ellos cumpla con el requisito de edad a que se refiere este capítulo, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años de edad cuando menos.

En todos los casos ambos cónyuges o concubinos deberán comparecer ante la presencia judicial en el procedimiento de adopción.

⁵¹ SCJN, acción de inconstitucionalidad 2/2010, p. 132.

lo que no hay razón para tratarlos de manera desigual. De esta manera, el análisis comparativo entre las relaciones homosexuales y heterosexuales no es su punto de partida, lo que hubiera obligado a la PGR a justificar el trato desigual. Además, para la Corte parece ser un argumento de poco peso, pues no sirve para exigir el trato igual, sino solo para descartar que sea una razón suficiente para tratarlos de manera desigual.

Una posible explicación del carácter preponderantemente liberal de su discurso es que, en el caso, la medida impugnada amplía el acceso al matrimonio para los homosexuales y lo que busca la PGR es justificar un trato desigual.⁵² En un principio, la Corte nos dice que la argumentación de la PGR no está destinada a hacer valer una violación al derecho a la igualdad (aunque posteriormente señala que la razonabilidad exige analizar si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual).

A este supuesto se le conoce doctrinalmente como discriminación por indiferenciación, en el que la inconstitucionalidad alegada radica en tratar de manera igual a los desiguales. En efecto, el principio aristotélico de igualdad contiene dos partes: 1) tratar igual a los iguales, y 2) tratar desigual a los desiguales. En el caso, la PGR hace esto último.

La pregunta es si la discriminación por indiferenciación puede ser abordada desde el principio de igualdad. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha reiterado en su doctrina que el principio de igualdad no es base para impugnar la discriminación por indiferenciación y esa parece ser la postura sostenida en sentencias posteriores de la línea jurisprudencial mexicana que estudiamos.⁵³

Si nos remontamos al origen de esta negativa del Tribunal Constitucional, en la sentencia (STC) 86/1985 encontramos que tiene como fundamento el cauce procesal en el que se hizo valer por primera vez, en el caso por vía de amparo, y no por medio de un control abstracto de constitucionalidad (FJ 3). Así, la doctrina parece surgir del impedimento procesal que existe en el amparo de plantear una discriminación por indiferenciación

⁵² Entre sus argumentos, la PGR señala que requerir que el matrimonio se celebre entre personas de distinto sexo no implica, de modo alguno, discriminación, p. 21.

⁵³ SCJN, AR 581/2012, AR 152/2013 y AR 263/2014, en los que se distinguen los supuestos en el que se amplía el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales y se dice que el problema es si la regulación es legítima desde el punto de vista constitucional, mientras que si lo que se hace es no permitir el acceso al matrimonio, el problema se analiza en clave de igualdad. Como he tratado de argumentar, ambos supuestos pueden analizarse desde el derecho a la igualdad.

que no afecte al promovente, pues, en el caso, el Ministerio Fiscal impugnó la afectación que las órdenes ministeriales generaban en centros docentes que no eran parte del proceso. Ahora bien, por alguna razón que desconozco, esta doctrina se ha reiterado por el Tribunal cuando por la vía abstracta del control se ha reclamado una discriminación por indiferenciación,⁵⁴ lo que parece ser solo una reiteración de su doctrina sin atender a la razón que le dio origen. Así, algún comentarista ha enfatizado —aunque por otras razones— la débil argumentación del Tribunal para fundamentar su restrictiva postura.⁵⁵

En mi opinión, no hay razón para no abordar la discriminación por indiferenciación desde el derecho a la igualdad, pues, como señala Edorta Cobreros Mendazona, la discriminación también puede darse por no tomar en cuenta una condición o circunstancia que obligue a dar una solución diferenciada a la genérica. Lo que sucede es que quien busca un trato desigual, una vez justificada la similitud en la propiedad fáctica-valorativa relevante, tiene la carga de la argumentación.⁵⁶

En el caso de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la PGR busca un trato desigual basado en la orientación sexual, por lo que tenía la carga de la argumentación y la obligación de dar razones robustas al buscar un trato desigual basado en una categoría sospechosa.⁵⁷ Eso no significa que

⁵⁴ Un caso relevante es la STC/2012, de 6 de noviembre de 2012, FJ 3, relativa al matrimonio homosexual.

⁵⁵ Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, p. 74. De acuerdo con Cobreros, el Tribunal solo ha dado dos razones para no admitir la discriminación por indiferenciación: 1) interpreta literalmente el artículo 14 de la Constitución española, que señala que los españoles son iguales ante la ley, por lo que la diferencia normativa no está incluida en su ámbito, y 2) el requisito de generalidad de la ley es contrario a la diferenciación obligada de todo lo diverso.

⁵⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 360. En el mismo sentido, Cobreros Mendazona, Edorta, *op. cit.*, pp. 89 y 97.

⁵⁷ La SCJN identifica las categorías sospechosas por lo dispuesto en el art. 1 de la Constitución, en cuyo caso aplica un test de escrutinio estricto.

Art. 1. 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

para reconocer la constitucionalidad del trato igual la Corte deba dar razones igualmente robustas, pues quien debe demostrar la inconstitucionalidad es la PGR. En otras palabras, quien argumenta a favor del trato desigual y lo hace con base en un criterio sospechoso (la PGR) debe dar argumentos robustos, mientras que a la Corte le basta con reconocer la razonabilidad de la medida. En el caso, la Corte parece contestar este argumento aplicando un test de razonabilidad diciendo que las relaciones homosexuales y heterosexuales son similares en cuanto a la afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, etcétera.

Por otro lado, en relación con la permisión y no obligación de las legislaturas estatales de ampliar el acceso al matrimonio, la Corte no nos explica por qué la inclusión de las personas del mismo sexo a la institución del matrimonio queda en manos del legislador ordinario, es decir, está *permitido* que los incluyan pero no los están *obligando* a hacerlo. Desde la perspectiva del derecho a la igualdad, la conclusión correcta sobre el carácter deóntico (permitido u obligado) era que las legislaturas de los estados estaban obligadas a incluir a las personas del mismo sexo al matrimonio, y no preverlo como una opción constitucionalmente posible.⁵⁸ En efecto, si la Corte señala que no hay razón para tratar de manera desigual, en principio, el trato igual es obligatorio, salvo que haya una razón de peso que justifique que sea solo permitido. La Corte pudo haber fundado que no era obligatorio, sino permitido, por cuanto se trata de una cuestión profundamente controver-

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.

Véanse: Tesis 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175; Tesis 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183; Tesis 1a. CII/, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 185; Tesis 1a. XCIX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. XIX, abril de 2013, t. 1, p. 961.

⁵⁸ Como señala Alexy, “Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”, *op. cit.*, p. 360.

tida y con el fin de que el debate social continuara;⁵⁹ sin embargo, en este aspecto guarda silencio.

Finalmente, es criticable que, al analizar la inclusión de las personas del mismo sexo al matrimonio, la Corte no se refiera a la idea de prejuicio como causa de exclusión, pues solo nos dice que han sido objeto de una discriminación histórica.⁶⁰ Al no abordarse la existencia del prejuicio, desconoce el aspecto social que hace de la comunidad homosexual una minoría social.

*Amparos Oaxaca*⁶¹

En estos casos, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, lo que se impugnó fue la exclusión del régimen matrimonial de las personas del mismo sexo previsto en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca.⁶² La Corte considera que la medida legislativa examinada (el art. 143 del Código Civil de Oaxaca) distingue implícitamente entre las parejas de distinto sexo y las del mismo sexo, pues a las primeras les permite el acceso al matrimonio, mientras que a las segundas no.

En estos asuntos es posible diferenciar, por un lado, las sentencias que abordan por separado las porciones normativas relativas a la perpetuación de la especie como una de las finalidades del matrimonio y la definición de

⁵⁹ Alexy señala que la “[...] libertad de configuración legislativa, como tal, no es nunca una razón suficiente para una diferenciación. Al principio formal de la libertad de configuración legislativa tiene que añadirse siempre una razón que pueda apoyarse en un principio material”. *Ibidem*, p. 380, nota al pie 91.

⁶⁰ Aun cuando al analizar el derecho de las parejas homosexuales a adoptar sí se refiere a los prejuicios que existen sobre su incapacidad para criar hijos o el supuesto efecto dañino que tienen sobre los mismos, p. 131.

⁶¹ SCJN, AR 581/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea; AR 457/2010, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Cossío Díaz; AR 567/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Pardo Rebolledo; AR 152/2013, resuelto por la Primera Sala el 23 de abril de 2014, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

⁶² Art. 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.

El contrato de matrimonio solamente se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges o por el divorcio.

El Estado procurará, por todos los medios que estén a su alcance, que las personas que vivan en concubinato contraigan matrimonio. Para la realización de este fin, que es de orden público, se efectuarán campañas periódicas de convencimiento.

Hay concubinato cuando un solo hombre y una sola mujer solteros se unen, como si estuvieren casados. Salvo disposición de la ley en otro sentido, cuando este Código hable de concubina o concubino, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en este precepto.

este como la unión entre un hombre y una mujer, en las que se continúa con la línea argumentativa *liberal* de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, basada en el libre desarrollo de la personalidad,⁶³ y que constatan como efecto reflejo la violación al derecho a la igualdad y, por el otro, las sentencias *igualitarias* que estudian ambas porciones normativas en conjunto, dejan de lado el libre desarrollo de la personalidad y utilizan al derecho a la igualdad y a la no discriminación como eje de su línea argumentativa.⁶⁴

En las sentencias *basadas en el libre desarrollo de la personalidad* se estudia por separado el fin de la procreación y el requisito de que el matrimonio se celebre entre un solo hombre y una sola mujer. Se estima que establecer como fin del matrimonio la procreación vulnera el libre desarrollo de la personalidad e implícitamente el principio de igualdad. Por su parte, al analizar la definición del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer a través del principio de proporcionalidad, se determina que la medida no cumple con la segunda grada del escrutinio estricto —aplicable por cuanto la clasificación se hace con base en una categoría sospechosa—, es decir, la relación estrecha entre el medio (unión entre un hombre y una mujer) y el fin (ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y protección de la familia), por lo que se vulnera el derecho a la igualdad.

Ahora bien, en estas sentencias no se hace referencia al perjuicio que existe en contra de la comunidad homosexual ni al carácter subordinado del grupo. Simplemente se dice que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),

[...] la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación [y] de la experiencia en derecho comparado se advierte que, en diversos países, vía legislación o jurisprudencia, se ha evolucionado paulatinamente en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y la protección jurídica de sus uniones, justificándose

⁶³ SCJN, AR 457/2010, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Cossío Díaz; AR 567/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Pardo Rebolledo.

⁶⁴ SCJN, AR 581/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea; AR 152/2013, resuelto por la Primera Sala el 23 de abril de 2014, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

dichos referentes en la eliminación de la discriminación que históricamente han sufrido.⁶⁵

Incluso, cuando se afirma que tanto las relaciones homosexuales como las heterosexuales constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo, se utiliza como un argumento para decir que no hay razón para dar un trato desigual en relación con el derecho a contraer matrimonio, protegido por el libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, en las sentencias *basadas en el derecho a la igualdad* se estudia la constitucionalidad del artículo 147 como un todo, tanto el fin de la procreación como la unión de un hombre y una mujer. Se aplica un test de escrutinio estricto, al tratarse de una clasificación basada en una categoría sospechosa, y se determina que la medida es inconstitucional al no superar la segunda grada del escrutinio, es decir, la relación estrecha entre el fin de la medida (proteger la organización y el desarrollo de la familia) y el medio (establecer la procreación como fin del matrimonio y definirlo como la unión entre un hombre y una mujer). Así, concluyen que la medida es sobreinclusiva —aunque no discriminatoria—, pues comprende en la definición de matrimonio a las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. Por otro lado, la medida es subinclusiva y, por tanto, discriminatoria, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición, por cuanto son capaces de desarrollar una vida familiar con relaciones comprometidas y estables.

Además, se reconoce que la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo se debe a una decisión basada en un perjuicio que históricamente ha existido en contra de los homosexuales. No se trata de un descuido, sino de un legado de severos perjuicios en contra de las parejas del mismo sexo. Se afirma que la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas.

Entre los casos de Oaxaca enfocados en la igualdad, una de las sentencias que más enfatiza el reclamo de reconocimiento es el amparo en revisión

⁶⁵ SCJN, AR 567/2012, p. 41.

(AR) 152/2013.⁶⁶ En ella, la Corte conceptualiza el interés legítimo para dar cabida a una afectación por la parte valorativa de una ley, es decir, por el mensaje estigmatizador que transmite, asume expresamente un papel activo en el cambio cultural y utiliza marcadamente el carácter de grupo vulnerable de la comunidad homosexual.⁶⁷

Ahora bien, en *todas* las sentencias se reconoce que el derecho a casarse implica el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio y a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución: beneficios 1) fiscales; 2) de solidaridad; 3) por causa de muerte de uno de los cónyuges; 4) de propiedad; 5) en la norma subrogada de decisiones médicas, y 6) migratorios para los cónyuges extranjeros.

Finalmente, la Corte da un paso más y afirma que la “amplia libertad de configuración que poseen los Congresos estatales para regular el estado civil de las personas se encuentra limitada por los mandatos constitucionales. En ese sentido, los derechos fundamentales condicionan materialmente dicha regulación”.⁶⁸ Es decir, la inclusión de las parejas homosexuales en el matrimonio es un imperativo constitucional.

Lo que nos dice y no nos dice la Corte en los amparos de Oaxaca

Es loable que en ambos grupos de sentencias se reconozcan los efectos expresivos del matrimonio, pues ello hace patente la vertiente expresiva de la ley, que hace aún más reprochable la discriminación. Como se vio, los reclamos de reconocimiento involucrados en el litigio sobre el matrimonio igualitario se relacionan con la injusticia cultural relativa a la falta de igualdad de oportunidades para alcanzar la estima social, el respeto, el prestigio, etc. Por ello es que se busca combatir los *patrones institucionalizados* de valor cultural que subordinan a un grupo como los homosexuales y que afectan su derecho a participar en condiciones de igualdad.⁶⁹

Ahora bien, si atendemos al reclamo de reconocimiento de la comunidad homosexual, es una falencia que en las sentencias *enfocadas en la liber-*

⁶⁶ Sobre esta sentencia véase el trabajo de Alterio, Ana Micaela, “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *op. cit.*

⁶⁷ Sobre el carácter de grupo vulnerable véanse las tesis: P. VII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIV, agosto de 2011, p. 5; 1a. XLIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 3, febrero de 2014, t. I, p. 645; 1a. XLI/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 3, febrero de 2014, t. I, p. 647.

⁶⁸ SCJN, AR 581/2012, p. 50.

⁶⁹ Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, *cit.*, pp. 19-24, 37 y 42.

tad no se haga referencia al prejuicio que históricamente ha existido en su contra ni a la idea de que la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento.⁷⁰ Desde mi punto de vista, esta es una carencia grave de ese grupo de sentencias, ya que invisibiliza el aspecto social que define a la comunidad homosexual como minoría social y, en consecuencia, no son igualmente fuertes al combatir la subordinación.

Por otro lado, si bien en ambos grupos de sentencias la Corte nos dice que las relaciones homosexuales son similares a las heterosexuales para los efectos de acceso al matrimonio, es muy relevante para qué efectos se utiliza el argumento. Mientras que las sentencias liberales retoman lo dicho en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 y dicen que las relaciones son similares y, por ende, no existe una razón fundada para dar un trato desigual, las sentencias enfocadas en la igualdad utilizan el argumento de la similitud para concluir que hay subinclusión y, por tanto, una violación al principio de igualdad. En otras palabras, las sentencias liberales lo utilizan para descartar que debiera darse un trato desigual, mas no para exigir el trato igual,⁷¹ mientras que las sentencias enfocadas en la igualdad utilizan la similitud como argumento para sostener la subinclusión de la medida, lo que implica que la situación similar es el parámetro para decidir la inconstitucionalidad de definir el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.⁷² De esta manera, la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en la propiedad relevante, es decir, la capacidad para establecer relaciones afectivas estables, exige que la definición del matrimonio se adecue a sus capacidades.⁷³

Finalmente, en todos los asuntos de Oaxaca se da un paso fundamental en favor de la igualdad, pues cambia el carácter deóntico —de permitido a

⁷⁰ Por su parte, las sentencias enfocadas en la igualdad sí reconocen la existencia del prejuicio en contra de los homosexuales; sin embargo, no nos dicen en qué consiste ese prejuicio.

⁷¹ Eso no impide a las sentencias basadas en la libertad concluir que la inclusión de las parejas homosexuales al matrimonio es un imperativo constitucional. El punto que hago notar aquí es el peso que tiene la comparación y la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales para la conclusión.

⁷² Sobre el carácter sobre- y subincluyente derivado de un análisis comparativo véase Tussman, Joseph, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 3, núm. 3, 1949, pp. 347 y ss.

⁷³ Sobre este punto, las sentencias basadas en la igualdad señalan que la medida es sobreinclusiva, al establecer como fin la procreación, por incluir a las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. En mi opinión, también podrían haber dicho que el fin de la procreación es discriminatorio, pues no es una razón para excluir a las parejas homosexuales del matrimonio.

obligatorio— de la inclusión de las parejas homosexuales en el matrimonio, es decir, no es una posibilidad más para el legislador ordinario, sino una obligación constitucional. Ahora bien, nótese que este cambio del carácter deóntico tiene una base distinta en las sentencias sustentadas en el libre desarrollo de la personalidad y en las basadas en la igualdad. Mientras que en las primeras la inclusión de los homosexuales es compatible con la concepción vigente del matrimonio y el respeto de su autonomía, en las segundas la inclusión la exige el derecho a la igualdad.

*Amparos Colima*⁷⁴

Los asuntos de Colima resultan interesantes en los siguientes aspectos. La Corte hace un pronunciamiento sobre el carácter discriminatorio de la figura del enlace conyugal, que es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo, a diferencia del matrimonio que se celebra entre personas de diferente sexo.⁷⁵ Sobre este punto, la Corte —reiterando su doctrina—⁷⁶ considera que, aun cuando la distinción entre el matrimonio y el enlace conyugal radica en la denominación, la diferenciación es discriminatoria por constituir un régimen de “separados, pero iguales”. La Corte retoma el reclamo de reconocimiento y señala que la creación del enlace conyugal “[...] perpetúa la noción prejuiciosa de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras del reconocimiento que se les da a los heterosexuales, lo que necesariamente lleva un mensaje implícito de discriminación que constituye una ofensa a la dignidad de las personas en tanto que a través de él se permea la idea de que no existe igualdad entre las parejas heterosexuales y las

⁷⁴ SCJN, AR 615/2013, resuelto por la Primera Sala el 4 de junio de 2014, ponencia del ministro Pardo Rebolledo; AR 704/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena; AR 735/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea.

⁷⁵ El art. 147 reformado durante la tramitación del juicio conserva la definición de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer e incluye la figura de enlace conyugal para las personas del mismo sexo.

Art. 147. Las relaciones conyugales se establecen por medio de un contrato civil celebrado entre dos personas, con la finalidad de formar una familia, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayudarse mutuamente en su vida.

En el Estado existen dos tipos de relaciones conyugales: I.- Matrimonio: Es aquel que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; y II.- Enlace Conyugal: Es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo.

A quienes celebren una relación conyugal se les denominará indistintamente, cónyuges, consortes, esposos o casados.

La ley reglamentará las relaciones conyugales.

⁷⁶ SCJN, AR 581/2014, p. 49; AR 152/2013, p. 68.

homosexuales”.⁷⁷ Además, afirma que las parejas del mismo sexo han sufrido una discriminación histórica y que su exclusión está basada en prejuicios y estereotipos, por lo que el sistema judicial debe impulsar un cambio cultural.

Por su parte, en el AR 615/2013, al analizar la definición del matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer, la SCJN retoma el discurso liberal:

[...] si bien, en nuestra Constitución, no se contempla un derecho a contraer matrimonio, lo cierto es que esta Corte ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no, de manera que, tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre en las personas con orientación sexual hacia otras de diferente sexo (heterosexuales), *es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas* con personas del mismo sexo, relaciones, unas y otras, que, como informan los diferentes datos sociológicos, comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo; *de ahí que no exista razón fundada para dar un trato desigual a ambos tipos de parejas*.⁷⁸

Lo que nos dice y no nos dice la Corte

A diferencia de los amparos de Oaxaca, los tres asuntos de Colima coinciden en darle un peso decisivo al reclamo del reconocimiento para declarar la inconstitucionalidad de la figura del enlace conyugal, y en la existencia de una discriminación histórica basada en prejuicios y estereotipos. Ahora bien, solo en dos de ellos (AR 704/2014 y 735/2014) hay una asunción expresa del rol que juega la Corte en el cambio cultural, y únicamente en el AR 615/2014 se utiliza el discurso liberal-no comparativo que ya ha sido criticado.

*Acción de inconstitucionalidad 8/2014 (Campeche)*⁷⁹

En esta acción de inconstitucionalidad, la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche impugnó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia, que establece que los convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual.⁸⁰ La Corte analiza este artículo como una medida que clasifica con

⁷⁷ SCJN, AR 615/2013, p. 101.

⁷⁸ SCJN, AR 615/2013, pp. 137 y 138.

⁷⁹ Resuelta por el Tribunal Pleno el 29 de enero de 2015, ponencia de la ministra Luna Ramos y encargado del engrose el ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

⁸⁰ Art. 19. Los convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guardia y custodia de los hijos

base en el estado civil y en las preferencias sexuales, esto último por cuanto la medida tiene un impacto desproporcionado sobre los convivientes del mismo sexo. Y siendo que tanto el estado civil como las preferencias sexuales están previstos en el artículo 1 constitucional, aplica un escrutinio estricto.

De esta forma, por un lado, al estudiar la medida como una distinción basada en el estado civil, la Corte concluye que la medida no cumple con un fin imperioso como son la protección de la familia o el interés superior del menor, pero no identifica a un grupo subordinado al que haya que proteger a través del derecho a no ser discriminado. Por otro lado, cuando estudia el artículo como una medida que clasifica con base en la orientación sexual, identifica la discriminación analizando el contexto, ya que las sociedades de convivencia son las únicas a las que pueden acceder las parejas del mismo sexo en la legislación civil local y las que no otorgan derecho a la adopción. Además, considera que las minorías sexuales son grupos vulnerables y subordinados, discriminados históricamente, que están en una situación sistemática de desventaja y en contra de los cuales existe un prejuicio, cuya exclusión del régimen de adopción perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento. Finalmente, se refiere al mensaje que transmiten las leyes, las que tienen una carga axiológica sobre las uniones que se dan a través de las sociedades de convivencia.

Lo que nos dice y no nos dice la Corte

En esta sentencia, la Corte se acerca a las clasificaciones por estado civil y por preferencias sexuales desde dos paradigmas del derecho a la no discriminación: la anticlassificación y la antisubordinación. De acuerdo con el primero, lo que obliga a aplicar un escrutinio estricto es la sola clasificación basada en una categoría sospechosa. De acuerdo con el segundo, lo que obliga a la aplicación de un escrutinio estricto es la clasificación basada en una categoría sospechosa que *perjudica* a individuos o grupos vulnerables, excluidos o subordinados (comúnmente se considera que les afecta una situación de desigualdad estructural).⁸¹ Así, la mera clasificación basada en una categoría sospechosa no conlleva la aplicación del escrutinio estricto, sino que debe determinarse si la medida perjudica o no a un grupo vulnerable, para lo cual hay que definir si se trata o no de ese tipo de grupo.

menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contravenga esta disposición.

⁸¹ Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B., “The American Civil Rights Tradition: Classification or Antisubordination”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, núm. 34.

En algunos precedentes, la Corte ha adoptado este tipo de paradigma de la antisubordinación⁸² y resulta relevante para los casos en los que se analizan acciones afirmativas o discriminaciones indirectas, como sucede en este supuesto.⁸³

Ahora bien, con independencia de estas dos aproximaciones a las categorías sospechosas y al derecho a no ser discriminado, la mayoría de la Corte hace bien en considerar que la medida implica una discriminación indirecta en contra de las parejas homosexuales.⁸⁴ Es importante recalcar que sobre este punto hubo una fuerte discusión en las sesiones del Tribunal Pleno, entre la minoría de ministros que consideraba innecesario pronunciarse sobre la discriminación por orientación sexual y pretendía basarse solo en la discriminación por razón del estado civil (dado que el art. 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia incluye a las parejas homosexuales como heterosexuales)⁸⁵ y la mayoría, que estimó necesario hacer ambos estudios. Así, este caso nos hace patente las implicaciones que tienen las lógicas liberales e igualitarias que se pueden advertir en los precedentes y que hasta el momento habían sido integradas en las sentencias.

Por un lado, el enfoque liberal plantea el problema como si se tratara de una regulación neutral distinta de las instituciones matrimonio, concubinato y sociedad de convivencia, sin considerar que esta última es la única

⁸² Tesis 1a. XCIX/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, lib. 4, marzo de 2014, t. I, p. 524; Tesis P. VII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 24; Tesis XLIII, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, lib. 3, febrero de 2014, t. I, p. 644.

⁸³ En efecto, desde una perspectiva anticlassificación, una acción afirmativa es sospechosa porque clasifica con base en una categoría sospechosa, aunque sea en beneficio de un grupo vulnerable. En cambio, desde la antisubordinación, una acción afirmativa no resulta sospechosa. Por su parte, una discriminación indirecta que no utiliza una categoría sospechosa para clasificar (es neutral), pero tiene un impacto desproporcionado sobre un grupo vulnerable, de acuerdo con la concepción de anticlassificación es constitucional, no así desde una concepción de antisubordinación.

⁸⁴ Contrario a lo que sostiene el ministro Cossío Díaz en su voto concurrente: “Si bien comparto buena parte de lo sostenido por la mayoría, no así lo tocante a la discriminación por razón de orientación sexual, por escapar al planteamiento del asunto, que tiene que ver con los mecanismos de formación de familia. Tales consideraciones, además de ser meramente declarativas, resultan innecesarias, en tanto argumento adicional, para resolver el problema de constitucionalidad planteado, y considero que con las mismas además no se soluciona el problema específico de discriminación estructural al grupo en cuestión como se señala en la sentencia”.

⁸⁵ Art. 2. La Sociedad Civil de Convivencia es un contrato que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un domicilio común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, para organizar su vida en común. Los convivientes que la constituyan tendrán el carácter de compañeros civiles.

institución a la que pueden acceder los homosexuales y que no considera el derecho para adoptar. Por su parte, el enfoque igualitario sí hace ese análisis contextual del que se desprende que la sociedad de convivencia, única institución a la que pueden acceder los homosexuales, no por coincidencia es la única que no contempla derecho de adoptar.

Es posible pensar que para declarar la invalidez era suficiente que la Corte se limitara a estudiar la discriminación basada en el estado civil —al aplicarse un escrutinio estricto—; sin embargo, eso equivale a ser ciego a la discriminación indirecta y al uso de la ley para expresar y legitimar posiciones de dominación. En efecto, ya que en Campeche la única institución prevista para las parejas del mismo sexo es la sociedad convivencia y esta no contempla el derecho de adopción, es evidente que la medida busca perjudicar a la comunidad homosexual. Además, el enfoque liberal implicaría no tener en cuenta el reclamo de reconocimiento que existe en este tipo de litigios, pues, como se ha explicado, desde un punto de vista discursivo es sumamente relevante lo que se dice en una sentencia. De ahí que la Corte cumple su papel en el cambio cultural diciendo que se trata de una clasificación basada en las preferencias sexuales y combatiendo el prejuicio en el que se basa.

*Acción de inconstitucionalidad 28/2015 (Jalisco)*⁸⁶

En esta acción, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos impugnó el artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco, que prevé que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer.⁸⁷ La decisión resulta relevante, pues el Tribunal Pleno estaba integrado por dos nuevos ministros y la votación fue unánime en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa “el hombre y la mujer”. En esta sentencia se hace un breve recuento de parte de la doctrina de la Suprema Corte, se reitera que, según los datos sociológicos, las relaciones homosexuales y heterosexuales constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo y, en consecuencia, no hay razón para excluirlos del matrimonio protegido por el libre desarrollo de la personalidad. Se dice que en diversos países, vía legislación o jurisprudencia, se ha evolucionado en el reconocimiento de derechos a los homosexuales, justificándose en la eliminación de la discriminación

⁸⁶ Resuelta por el Tribunal Pleno el 26 de enero de 2016, ponencia del ministro Cossío Díaz.

⁸⁷ Art. 260. Para contraer matrimonio, el hombre y la mujer necesitan contar con cuando menos dieciocho años de edad de conformidad a lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley General de las Niñas, Niños y Adolescentes.

histórica que han sufrido. Se declara la inconstitucionalidad de la porción normativa “el hombre y la mujer” por atentar contra la autodeterminación de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y, de manera implícita, generar una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a las personas del mismo sexo.

Lo que nos dice y no nos dice la Corte.

De nueva cuenta, en esta ocasión el discurso de la Corte es preponderantemente liberal-no comparativo, pues si bien dice que las relaciones de los homosexuales y heterosexuales son similares, no lo toma como un punto de partida para hacer un análisis de igualdad, sino que lo utiliza como dato sociológico para señalar que no hay razón para excluirlos del derecho a casarse protegido por el libre desarrollo de la personalidad. Incluso, cuando habla de la discriminación histórica la relaciona con lo que sucede en diversos países y no en México, no precisa cuál es el prejuicio que existe en su contra, y considera la violación al principio de igualdad como “implícita”. Así, el énfasis está puesto en la restricción al libre desarrollo de la personalidad.

V. CONCLUSIÓN

De un análisis de la línea jurisprudencial de la Suprema Corte sobre matrimonio igualitario se puede concluir que esta ha abordado el tema tanto desde el enfoque liberal-no comparativo como desde el igualitario-comparativo. Si analizamos las sentencias por su conclusión sobre la (in)constitucionalidad de la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo, ambos enfoques concluyen que es inconstitucional (dan un trato igual en la distribución de libertades). Ahora bien, si las analizamos desde el discurso, el enfoque igualitario-comparativo es más adecuado para responder el reclamo de reconocimiento (para tratarlos como iguales). Y no solo eso: el enfoque comparativo atiende al contexto de las distinciones legislativas, lo que en casos de discriminación indirecta como el de Campeche resulta fundamental.

Finalmente, aun cuando el discurso igualitario-comparativo sea más adecuado para responder al reclamo de reconocimiento, eso no significa desconocer la importancia que tiene la violación al libre desarrollo de la personalidad que implica la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio y, por tanto, la necesidad de incorporar en las sentencias la reflexión correspondiente.

CAPÍTULO SEGUNDO

AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA. EL CASO *MARIHUANA*¹

El propósito de este capítulo es reflexionar sobre cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) contribuyó a la deliberación democrática llevada a cabo tanto en la esfera pública como en el Congreso de la Unión sobre la legalización del uso de la marihuana, con motivo de la resolución dictada por la Primera Sala en el amparo en revisión 237/2014, el 4 de noviembre de 2015. Debo aclarar que no se trata de un comentario detallado sobre los argumentos que sostienen la sentencia, sino de una reflexión sobre el proceso de deliberación democrática que suscitó al plantear un nuevo paradigma sobre el consumo de drogas. En nuestro ámbito resulta extraño pensar sobre este tipo de aportes de la justicia constitucional a la democracia, pues la visión imperante en nuestro medio es indiferente al papel que los tribunales cumplen como promotores e interlocutores en la deliberación pública.

En otro trabajo he explicado con mayor detalle cómo la justicia constitucional puede entenderse como sede, interlocutora, promotora y garante de la deliberación.² Todas estas facetas de la justicia constitucional deliberativa son importantes y deben distinguirse. De acuerdo con esta concepción deliberativa, en la medida en que el proceso democrático y las instituciones representativas no pueden satisfacer todos los requerimientos de la Constitución ideal,³ los tribunales tienen la tarea de fortalecer el proceso deliberativo y lidiar con patologías especiales de las instituciones democráticas. Desde mi punto de vista, la justificación de la justicia constitucional (siempre sin supremacía judicial) en una democracia deliberativa está condicionada

¹ Este capítulo fue publicado previamente en Salazar Ugarte, Pedro; Niembro Ortega, Roberto y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto, *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, IJJ-UNAM, 2019.

² Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

³ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 260 y 261.

a los aportes que haga al proceso de deliberación,⁴ incluyendo aquel que se lleva a cabo en el espacio público informal, pues la formación discursiva de la opinión y de la voluntad en modo alguno se restringe a los parlamentos.⁵

El comentario está dividido en tres apartados. En primer lugar, explico brevemente las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer a la democracia deliberativa, para lo cual distingo entre los aportes a la deliberación parlamentaria y a la esfera pública. Respecto de las contribuciones a la deliberación parlamentaria, me enfoco en cómo los tribunales pueden enriquecerla. Por su parte, tratándose de los aportes a la esfera pública, me concentro en las tareas de promover la deliberación en temas controvertidos, proveer argumentos y convertir problemas en asuntos públicos. Finalmente, analizo las contribuciones que la sentencia del caso *Marihuana* hizo a la deliberación pública.

I. SOBRE LAS CONTRIBUCIONES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

En este apartado distingo los aportes que la justicia constitucional puede hacer para mejorar la deliberación democrática desde un punto de vista constitucional a la luz de sus capacidades y limitaciones institucionales. Al respecto, habrá que distinguir entre los aportes que la justicia constitucional puede realizar a la deliberación parlamentaria, a la que se da fuera del Parlamento y a los esfuerzos que puede hacer para servir como canal de comunicación entre la deliberación que se da fuera del Parlamento con la que se da entre muros.

A. Contribuciones a la deliberación parlamentaria

En relación con la deliberación parlamentaria, la justicia constitucional puede contribuir obligando a que los legisladores cumplan con su función de legislar, garantizar que dicha deliberación sea efectiva, representativa, de-

⁴ Dependiendo de la lectura que se haga de la democracia deliberativa, el control judicial puede estar encaminado a lograr la racionalidad de los argumentos, o bien, de las estructuras y procedimientos que regulan y posibilitan la deliberación, por lo que su alcance no es el mismo. Moreno Rodríguez-Alcalá, Diego, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, p. 340. En cualquiera de los dos casos, la función de la justicia constitucional es una muy distinta a aquella que le asigna “la garantía de los derechos fundamentales”.

⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2008, p. 254.

mocrática, pública, libre y en condiciones de igualdad, o enriquecer la deliberación en sede legislativa. Por razones de espacio, en este comentario solo me enfocaré en cómo puede enriquecer la deliberación del poder legislativo.

B. *Enriquecimiento de la deliberación parlamentaria*

La legitimidad de las reglas emitidas por el Parlamento atiende a su producción en un procedimiento legislativo que se pueda considerar racional, es decir, en el que se asegure que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír, se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles.⁶

En esa tesitura, una de las formas en que los tribunales constitucionales pueden enriquecer el proceso de deliberación democrática es compensando las deficiencias argumentativas de las instituciones representativas. Los tribunales pueden: *a)* ser un foro para la expresión y un canal de comunicación de argumentos que de otra manera serían ignorados; *b)* proveer de nuevos argumentos, y *c)* impugnar otros ya dados (p. ej., resultantes de la falta de información, el prejuicio o impulsos de índole meramente perfeccionista).⁷ Distingamos estas tres tareas.

a) Ser un foro para la expresión y un canal de comunicación de argumentos que de otra manera serían ignorados

En este supuesto, los tribunales pueden ser un foro de inclusión para aquellos que no tienen injerencia en el proceso de toma de decisiones⁸ y/o ser un medio para la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria⁹ y resultan afectadas por la decisión.

⁶ *Ibidem*, pp. 92 y 238.

⁷ Gargarella, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1, 2005, p. 165. En el mismo sentido, Limbach opina que cuando se haya echado en falta información, competencia profesional y reflexión, cabe al Tribunal devolver al legislador una decisión normativa de valor, que en su momento bien pudo haber decidido mayoritariamente de forma diferente. Pero el *Bundesverfassungsgericht* se guardará mucho de prescribir los contenidos de la regulación a los autores de la ley. Limbach, Jutta, “El papel y poder del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, julio-diciembre de 1999, p. 101.

⁸ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 696.

⁹ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, p. 178. Aunque para algunos, si de lo que se trata es de otorgar vías de participación a los

Además de ser un foro de expresión de los excluidos de la sede parlamentaria, los tribunales constitucionales pueden adoptar los argumentos de estos y comunicarlos a los parlamentarios. En este último supuesto, el tribunal hace suyos los argumentos y los transmite a través de sus decisiones.

Cabe recordar que la desatención sobre ciertos intereses puede deberse a problemas de inercia que derivan de las limitaciones de las sesiones o de las prioridades electorales del poder legislativo, a los costos políticos que implican para el grupo político mayoritario o a la falta de revisión parlamentaria.¹⁰ El caso más extremo de intereses no tomados en cuenta es el de quienes no tienen derecho al voto.¹¹

b) Evaluar argumentos y pruebas ya considerados en sede parlamentaria

En esta actividad, los jueces deben contrastar las razones y pruebas aportadas en el procedimiento legislativo.¹² Asimismo, pueden ayudar a distinguir entre acuerdos genuinos y pseudocompromisos basados en relaciones de poder; señalar lo que es de interés del público en contraposición con lo que es de interés particular de un grupo.¹³

grupos aislados, existen otras maneras de perfeccionar las instituciones representativas, sin necesidad de echar mano de un procedimiento cuya legitimidad y eficacia resultan cuando menos dudosas. Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, “Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 105, septiembre-diciembre de 2015, p. 341.

¹⁰ Dixon, Rosalind, “Creating dialogue about socio-economic Rights: Strong v. Weak-form judicial review revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 3-4 y 19-29. En el mismo sentido, Jiménez Campo señala: “El todavía llamado legislador negativo es visto, cada vez más, como árbitro de la razonabilidad de un segundo procedimiento que daría ocasión para ponderar y entender lo que se juzga mal apreciado o indebidamente postergado en el procedimiento parlamentario”. Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley: Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional de España-CEPC, 1997, p. 20.

¹¹ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control jurisdiccional*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 146.

¹² Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 40; Zurn, Christopher F., “A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review”, en Ungureanu, Camil; Günther, Klaus y Joerges, Christian, *Jürgen Habermas*, Reino Unido, Ashgate-Cornwall, 2011, vol. 1, p. 443.

¹³ Benhabib, Seyla, “Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation”, en Rosenblum, Nancy L. (ed.), *Liberalism and Moral Life*, Massachusetts, Harvard University Press, 1989, p. 154.

Así, la justicia constitucional puede hacer ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, así como las contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, forzándola de ese modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas.¹⁴

En otras palabras, como regla general, el proceso judicial puede conducir a un proceso reflexivo de deliberación pública que sirva para corregir la parcialidad o suplir la generalidad de la ley¹⁵ y observar las debilidades, fracasos y rupturas del sistema político.¹⁶

c) Proveer de nuevos argumentos

A diferencia del primer apartado, en el que los jueces sirven para transmitir lo que otros les han comunicado, en este supuesto son los jueces los que generan argumentos morales o prácticos distintos a los ya tomados en cuenta. Por un lado, los jueces pueden servir para recordarnos, si es que no lo hemos hecho antes, nuestro compromiso con los derechos fundamentales.¹⁷ Así, los tribunales pueden participar en un diálogo presentando cuestiones de principio a la atención del gobierno y de la gente.¹⁸ Con ello no quiero decir que el lenguaje de los derechos no pueda estar presente en sede política o que esta no sea un lugar idóneo para su exposición, como tampoco puedo aseverar que la consideración de los argumentos de principio por

¹⁴ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-IJJ-UNAM, 2010, pp. 353-355.

¹⁵ Spector, Horacio, “Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente”, en Alegre, Marcelo *et al.* (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 232-238.

¹⁶ Gargarella, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre de 2006, p. 21.

¹⁷ Ya sean derechos vinculados al proceso participativo o derechos sustantivos.

¹⁸ Roach, Kent, “A dialogue about principle and a principled dialogue: Justice Iacobucci’s substantive approach to dialogue”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2, 2007, pp. 449-477. En el mismo sentido, Moreno considera que en un contexto institucional en el que los tribunales no tienen la última palabra, estos puede ayudar a disciplinar el discurso político o colaborar a que el mismo sea conducido con arreglo a consideraciones de principio. Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *op. cit.*, p. 286. Para Tushnet, la dificultad de este argumento es que no es fácil distinguir las situaciones en las que las legislaturas no prestaron atención a los principios de aquellas en las que sí lo hicieron pero les dieron un peso distinto al que los tribunales consideran adecuado. Tushnet, Mark, “Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, *Law and Philosophy*, núm. 22, 2003, p. 364.

parte de las fuerzas políticas se deba solo a la labor de los jueces, al tratarse de una cuestión contrafáctica.¹⁹ Sin embargo, mientras que en los procesos constitucionales es necesaria la presentación de argumentos basados en la Constitución y su resolución está basada en este y otro tipo de razones, en la deliberación política su consideración es eventual.²⁰ Sobre este punto volveré más adelante al tratar el test de proporcionalidad.

Por el otro lado, los jueces pueden ayudar a subsanar lo que Dixon ha denominado “puntos ciegos”, que se deben a que el legislativo no siempre puede prever los casos en los que la inconstitucionalidad de una ley deviene de su aplicación;²¹ al no poder anticiparse al impacto que pueden tener las leyes en personas con muy distintas experiencias y perspectivas, o por no haber intuido la forma de compatibilizar los derechos con los objetivos políticos.

De hecho, es una forma en que los legisladores cumplan con el deber de cuidado. Este deber implica que pongan atención sobre los efectos de las decisiones que toman o dejan de tomar sobre los ciudadanos y la sociedad, cuál es el impacto que una decisión individual tiene sobre los derechos e intereses de los ciudadanos.²²

Para el enriquecimiento de la deliberación parlamentaria, los tribunales constitucionales aplican métodos específicos para evaluar las razones y las bases empíricas que sustentan la constitucionalidad de las “decisiones” de los otros poderes, como el test de proporcionalidad, y exigen distintos niveles de justificación según se trate de una minoría social que debe ser especialmente protegida.²³ En el caso *Marihuana*, el test de proporcionalidad

¹⁹ Zurn, Christopher F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 204.

²⁰ En este punto coincido con Ferreres, quien afirma que los tribunales constitucionales no huyen de los principios más abstractos de moralidad política que figuran en el catálogo de derechos y libertades de la Constitución. Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 87.

²¹ Para Jiménez Campo, en estos casos lo que corresponde es que el Tribunal sugiera al legislador su modificación. Véase, por ejemplo, la STC 3/1983. Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, p. 70.

²² Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, en Bauman, Richard W. y Kahana, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, p. 24.

²³ De acuerdo con Kenji Yoshino, tratándose de la interpretación de la cláusula de igualdad de la Corte Suprema estadounidense, para determinar si un grupo merece escrutinio estricto, los tribunales consideran si el grupo: 1) ha sufrido un historia de discriminación (este análisis se divide en dos pasos. Primero se compara si el grupo comparte alguna característica con los grupos ya protegidos, segundo, se piensa en las especificidades de opresión del grupo); 2) no tiene poder político, y 3) se define por una característica inmutable. Con

tiene una gran relevancia, por lo que es necesario detenerme a explicar sus características.

El test de proporcionalidad

Empecemos por repasar qué es lo que se evalúa con el test de proporcionalidad. En principio, se trata de analizar la constitucionalidad de la posible restricción de un derecho fundamental o la afectación de un principio por una decisión legislativa, administrativa o judicial. Incluso, esa posible restricción o afectación puede derivarse de un conflicto entre particulares. Pero ¿qué es exactamente lo que se analiza cuando se plantea una posible restricción de un derecho fundamental?

Si partimos de que “tener un derecho” puede significar tener un derecho subjetivo, una libertad, una potestad y/o una inmunidad y la imposición correlativa de un deber (de abstención o de hacer), un no derecho, una sujeción o una incompetencia, respectivamente,²⁴ lo que analizamos a través del test de proporcionalidad es si la regulación legislativa, la determinación administrativa o judicial, o la actuación de los particulares sobre esos derechos subjetivos, libertades, etc., se justifican a la luz de los fines, la relación medio-fin y el balance entre principios.

Además, a través del test de proporcionalidad podemos evaluar si se justifican las condiciones que se imponen al titular del derecho, libertad etc., para que este se cumpla. Por ejemplo, si el titular debe o puede exigir, facilitar, hacer posible o colaborar con el sujeto pasivo para que ese derecho, libertad, etc., se cumpla.²⁵

Ahora bien, para llevar a cabo dicho análisis, el test de proporcionalidad verifica lo siguiente:

- 1) El para qué de la restricción a un derecho fundamental o afectación de un principio, es decir, el fin que se busca proteger, cuya definición puede estar dentro del ámbito de discrecionalidad de la autoridad o

este análisis lo que se busca es que los jueces eviten los mismos prejuicios que las legislaturas, forzándolos a plantearse reflexivamente qué tipo de grupo es y las cuestiones que tienen asumidas sobre el mismo. Yoshino, Kenji, “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *Columbia Law Review*, vol. 96, pp. 1755, 1766 y 1774.

²⁴ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos, Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez*, núm. 4, 1986-1987, pp. 29-43.

²⁵ Sobre esas condiciones y su carácter deóntico también llama la atención Atienza. *Ibidem*, p. 36.

mandado o excluido por la Constitución.²⁶ Ese fin puede ser un bien colectivo u otro derecho fundamental.

- 2) El cómo de la restricción: ¿hay una relación (idónea) entre el medio y el fin y los medios son los menos lesivos para el derecho fundamental afectado siendo igualmente efectivos (necesidad)? El grado de idoneidad entre el medio y el fin admite distintos niveles, cuya exigencia dependerá del escrutinio que se aplique.²⁷ Por ejemplo, se puede utilizar la idoneidad como un criterio negativo para excluir los medios que no son idóneos, o como un criterio para exigir el medio más idóneo.²⁸
- 3) ¿La intensidad de la restricción de un derecho fundamental o de afectación a un principio²⁹ se justifica a la luz de la importancia³⁰ y satisfacción del fin buscado y otros principios en juego?³¹

²⁶ Alexy habla del margen de acción estructural para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de intervención que deja abiertas las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que se produzca la intervención legislativa, sino que solo permite que esto suceda en caso de que concurren dichas razones. Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XXII, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 23.

²⁷ Para Alexy, el margen para la elección de medios no origina demasiados problemas cuando los diversos medios son igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen un significado destacable. Esto no ocurre, sin embargo, cuando los diversos medios fomentan el fin en diferente medida o cuando no es seguro en qué medida lo hacen; o cuando los diversos medios se comportante negativamente una medida distinta en relación con otros fines o principios, o cuando no es seguro en qué medida lo hacen. *Ibidem*, p. 25.

²⁸ De acuerdo con Alexy, al legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo. *Ibidem*, pp. 28 y 29.

²⁹ Alexy habla de afectación leve, intermedia y grave, que siempre son concretas. *Ibidem*, p. 33

³⁰ La importancia de los principios puede ser abstracta, aunque se termina definiendo en los casos concretos. *Ibidem*, p. 38. De acuerdo con Alexy, los elementos del caso concreto que resultan esenciales para la decisión son la medida examinada y las consecuencias que su ejecución y no ejecución tienen para los principios implicados.

³¹ Se podría decir que las preguntas que plantea el test de proporcionalidad buscan sacar a la luz errores de la deliberación como: a) que se tomen decisiones sin comprender cabalmente las alternativas y consecuencias; b) que se tengan visiones incompletas de las opciones que tiene la institución, y c) que solo se tomen en cuenta las necesidades e intereses de una fracción de la comunidad. Eskridge, William N. y Ferejohn, John, “Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review”, *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1227. En palabras de Pettit, el control judicial es un mecanismo de réplica que nos permite evitar falsos positivos, es decir, la identificación errónea de políticas que son en beneficio de intereses de

En primer lugar, cabe reiterar que en las tres preguntas hay márgenes de apreciación sobre cuestiones normativas y empíricas.³² Ejemplo de lo primero: ¿el derecho a la igualdad exige una acción afirmativa?; ejemplo de lo segundo: ¿a la luz de los hechos y estudios científicos, el diseño de tal acción afirmativa a favor de las mujeres es efectiva para lograr su participación política? Asimismo, en relación con las cuestiones normativas y empíricas puede haber errores, por no haber contemplado argumentos normativos, o no haber tenido a la mano o no haber tomado en cuenta investigaciones empíricas.³³ Y en los tres pasos pueden aplicarse distintos niveles de escrutinio, más o menos estrictos, según la intensidad de la restricción o afectación, o por las personas involucradas, entre otros criterios.

Desde un punto de vista discursivo, el test de proporcionalidad puede evaluarse como estructura de justificación para los individuos afectados por la decisión³⁴ y/o por los resultados que arroja. Como estructura de justificación, tiene las siguientes características.

En primer lugar, se analiza la decisión de otros poderes y los problemas se plantean en términos de derechos, lo que implica que están presentes en la discusión.³⁵ Como dijimos, esta es una contribución de la justicia constitucional a la deliberación, pues nos obliga a discutir sobre los mismos.

fracciones; mientras que las instituciones parlamentarias son las indicadas para evitar falsos negativos, es decir, fallas en percibir opciones públicas. Pettit, Philip, “Depoliticizing Democracy”, *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 60-63.

³² Esto es inevitable, pues se trata de cuestiones políticas que no son tan arbitrarias como escoger entre dos tipos de comida, pero tampoco son cuestiones de conocimiento en las que los expertos nos puedan dar una respuesta correcta. Pitkin, Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, Berkeley-Los Ángeles, University of California Press, 1967, p. 212.

³³ Alexy, Robert, “Epílogo...”, *cit.*, p. 60.

³⁴ Así lo ha llamado Kumm, Mattias, “Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalists Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *EJLS*, vol. 1, núm. 2, p. 2. Para Kumm, el principio de proporcionalidad permite a los tribunales evaluar todas las consideraciones morales y pragmáticas relevantes de manera explícita, sin ser una mera discusión legal. El énfasis de que se trata de una justificación *para los individuos* lo hace Dyzenhaus, David, “Proportionality and Deference in a Culture of Justification”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 254 y 258.

³⁵ Cabe resaltar que muchas veces a través del test de proporcionalidad los conflictos se entienden como un enfrentamiento entre los derechos de un individuo y los derechos de otros, y no necesariamente entre los derechos de uno frente a las preferencias mayoritarias de otros. Miller, Bradley W., “Justification and Rights Limitations”, en Huscroft, Grant (ed.), *Expounding the Constitution Essays in Constitutional Theory*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 105.

En la literatura especializada suele afirmarse que el punto de partida del test de proporcionalidad es la existencia de una pretensión protegida por un derecho fundamental *prima facie*, por lo que tiene cierta prioridad y las razones para negarla deben tener una fuerza especial.³⁶

Para Kai Möller, por cuanto la aplicación del test exige la posible violación a un derecho *prima facie*, esto provoca la inflación de los derechos, lo que conlleva que todos los problemas legales, por triviales que sean, se planteen en términos de derechos y libertades.³⁷ Es lo que, según Möller, ha pasado en Alemania, en donde, a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cualquier tipo de interés alegado puede encuadrarse dentro de un derecho fundamental.³⁸

En segundo lugar, el test de proporcionalidad es una estructura ordenada y transparente de argumentación que sirve para disciplinar y racionalizar las decisiones judiciales,³⁹ en las que se explicitan y evalúan los fines, los medios, la relación entre ellos y la fuerza que tienen a la luz de otros principios o consideraciones en las circunstancias particulares. Asimismo, cabe recalcar que el análisis que se hace por medio del test de proporcionalidad tiene en cuenta el contexto al momento en que se examina la decisión, mismo que puede ser diferente al del momento en que esta se tomó. Además, es un análisis que atiende a las características del caso concreto que lo distingue del proceso de toma de decisiones del legislador, lo que para algunos puede conllevar una perspectiva reductora.⁴⁰

Eso no quiere decir que no haya un amplio margen de apreciación en cada uno de los pasos que componen el test⁴¹ ni que su aplicación sirva para obtener la respuesta correcta o salve la objeción democrática de que los jue-

³⁶ A este modelo Tremblay lo denomina modelo de prioridad de derechos que contrapone al modelo de optimización. Tremblay, Luc B., “An egalitarian defense of proportionality-based balancing”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 4, 2014, p. 866. Cabe aclarar que no en todas las concepciones los derechos tienen cierta prioridad especial sobre otros intereses. Véase Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 16-42.

³⁷ Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*, p. 155.

³⁸ *Ibidem*, p. 159.

³⁹ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁰ Ekins, Richard, “Legislating Proportionately”, pp. 367-369; Miller, Bradley W., “Proportionality’s Blind Spot: Neutrality and Political Philosophy”, p. 375, ambos en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*

⁴¹ Antaki, Mark, “The Rationalism of Proportionality’s Culture of Justification”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*, p. 294.

ces tengan la última palabra interpretativa,⁴² pues no excluye un alto grado de subjetividad en un terreno de profundos desacuerdos.⁴³

En tercer lugar, el test de proporcionalidad da la oportunidad para que las autoridades expliciten las razones, los fines, los medios, etc., de sus decisiones que dan contenido a los derechos fundamentales. En otras palabras, no es una estructura monológica en la que el juez fija los límites a los derechos, sino dialógica y, por ende, democratizadora.⁴⁴ Ahora bien, la aplicación del test de proporcionalidad en sede judicial no debe conducirnos al error de pensar que es la única forma de razonar sobre derechos o que formalmente así lo deben hacer los legisladores,⁴⁵ pues solo es una estructura de justificación que sirve para verificar que se hayan dado razones, evaluarlas y, en su caso, excluir algunas e incluir otras que no fueron tomadas en cuenta; además, sirve para evaluar los hechos, la forma de caracterizarlos y el peso que se les dio en la decisión.⁴⁶

En cuanto filtro de razones instrumentales y morales,⁴⁷ el test de proporcionalidad requiere de algo más, pues para decidir si una razón es buena o

⁴² Como sí sostiene Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

⁴³ Por ello es que comparto la conclusión de Gardbaum de que el principio de proporcionalidad no es suficiente para justificar el control de constitucionalidad, sino que debe darse una forma de *weak judicial review* como los del *new Commonwealth model*. Gardbaum, Stephen, “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*, pp. 279 y 283. Por otro lado, no comparto la afirmación del autor de que en los modelos débiles de control judicial se puede revertir la sentencia de inconstitucionalidad sin pasar la carga de la justificación del test de proporcionalidad (*ibidem*, p. 276), pues si la facultad para sobreponerse a la sentencia se aplica con posterioridad a que esta fue dictada, el test de proporcionalidad ya se aplicó.

⁴⁴ No entro al debate sobre si fijar límites es justificar restricciones, interferencias en el derecho, o si es delimitar, especificar los límites del derecho. Sobre el punto véase Webber, Grégoire, “On the Loss of Rights”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*, pp. 146-149 y Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, pp. 280 y 281.

⁴⁵ Möller, Kai, *op. cit.*, p. 152; Dyzenhaus, David, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁶ Dyzenhaus, David, *op. cit.*, p. 251.

⁴⁷ Kumm, Mattias, “Institutionalising Socratic Contestation...”, *cit.*, p. 20. Sobre estas dos racionalidades que se evalúan por el test de proporcionalidad llama la atención Pavlakos, George, “Between Reason and Strategy: Some Reflections on the Normativity of Proportionality”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*, p. 92. Pavlakos objeta la idea de filtro por tratarse de un filtro que llega demasiado tarde, pues el acto será moralmente arbitrario hasta que sea pasado por el test de proporcionalidad y por generar una presunción en contra de la legitimidad de las normas legales, *ibidem*, pp. 91 y 110. En mi opinión, el test de proporcionalidad no llega demasiado tarde, pues la evaluación moral de las decisiones autoritativas también se hace en otras sedes sin necesidad de aplicar el test de proporcionalidad. Es decir, solo cuando se piensa que es el único método para evaluar la calidad moral de las decisiones es que se piensa que llega demasiado tarde.

no, si es una razón perfeccionista, si está excluida absolutamente, si trata a las personas como medios⁴⁸ o si es o no una “razón pública”⁴⁹ se requiere de una teoría para evaluarlas. Así, por ejemplo, en muchas ocasiones definir cuál es el fin de una legislación y si está protegido o no por la Constitución, si los medios son los menos restrictivos e igualmente eficaces y si es o no aplicable un precedente, son en parte cuestiones valorativas influidas por la filosofía política.⁵⁰ Y es sobre este punto que el principio de proporcionalidad puede servir para oscurecer, en lugar de transparentar, la discusión; pues bajo el ropaje de un método técnico, los tribunales pueden esconder las razones últimas de su análisis, sobre las que sin duda hay también desacuerdos.⁵¹

Finalmente, por los resultados que podemos esperar del citado test, Alexy considera —y comparto su conclusión— que en algunos casos puede obtenerse un resultado de manera racional.⁵²

Una cuestión distinta, pero más importante aún, es cómo se afecta el debate subsecuente cuando un tribunal determina que tal interés está protegido o no por un derecho. De hecho, cuando un tribunal considera que cierto interés está protegido por un derecho fundamental, este toma una posición especial en el discurso. Este es uno de los privilegios de los tribunales, pues una vez que ellos hablan y dicen que se trata de un interés protegido por un derecho fundamental, debatir sus conclusiones es mucho más difícil, incluso en un sistema dialógico.

En conclusión, ya sea que evaluemos el test de proporcionalidad como estructura de justificación o por los resultados que arroja, considero que es un instrumento que contribuye a legitimar las decisiones —sin que asegure

⁴⁸ Kumm, Mattias, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en Pavlakos, George (ed.), *Law Rights and Discourse The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oregon, Hart Publishing, 2007, p. 133. Para Kumm, el discurso de los derechos, además de utilizar el principio de proporcionalidad, se acompaña de razones excluidas (p. ej., en el ámbito del derecho a libertad de expresión, discriminar entre opiniones con base en su plausibilidad o corrección) y prohibiciones de usar a las personas como medios. En mi opinión, el principio de proporcionalidad nos da la oportunidad de analizar si estamos frente a ese tipo de circunstancias.

⁴⁹ Para Kumm, el principio de proporcionalidad es una estructura de justificación de un acto en términos de la razón pública. Kumm, Mattias, “Institutionalising Socratic Contestation...”, *cit.*, p. 12. Estoy de acuerdo con la primera parte de la afirmación —es una estructura de justificación—, pero no necesariamente con la segunda —que se hace en términos de razón pública— si por ello se entiende un tipo de razones y no un método para razonar.

⁵⁰ Miller, Bradley W., “Proportionality’s Blind Spot...”, *cit.*, pp. 375-394. Kumm, Mattias, “Political liberalism...”, *cit.*, p. 148.

⁵¹ *Ibidem*, p. 396.

⁵² Alexy, Robert, “Epílogo...”, *cit.*, p. 32.

su justicia—, dado que racionaliza y transparenta la discusión a través de un método que puede aceptarse razonablemente.

II. PROMOVER Y GARANTIZAR LA DELIBERACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN LA ESFERA PÚBLICA

En el apartado anterior repasamos algunas de las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer al procedimiento de deliberación parlamentaria. Ahora toca pensar en las contribuciones que puede hacer para vitalizar el proceso comunicativo en la esfera pública, como base de la legitimidad democrática y realización del autogobierno.⁵³ En efecto, un procedimiento parlamentario público sin una esfera pública serviría solo para dotarlo de prestigio, pero no de legitimidad.⁵⁴ La idea de esfera pública se refiere a la deliberación crítica entre individuos y grupos sobre cuestiones de interés general que genera una opinión pública. Esta última tiene como tarea criticar y controlar formal (elecciones) e informalmente el ejercicio del poder estatal,⁵⁵ aunque también puede ser objeto de manipulación en beneficio de personas, instituciones, consumidores o programas.⁵⁶ En la esfera pública puede haber tantos públicos como asuntos controvertidos.⁵⁷

Las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer a la deliberación y participación en la esfera pública son: *a)* igualar las oportunidades para participar discursivamente en el debate público; *b)* fortalecer el debate en tiempos electorales; *c)* promover la deliberación en asuntos controvertidos, y *d)* proveer de argumentos y convertir problemas en asuntos públicos. Por razones de espacio me limitaré a las contribuciones identificadas con los incisos *c)* y *d)*.

⁵³ Post, Robert, “First Lecture: A short history of representation and discursive democracy”, *Citizens divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014, pp. 5, 36, 38, 41.

⁵⁴ Habermas, Jürgen, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)”, en Gripshud, Jostein *et al.* (eds.), *The Idea of Public Sphere*, Maryland, Lexington Book, 2010, p. 119.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 114 y 115.

⁵⁶ Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, trad. de Thomas Burger, Massachusetts, MIT Press, 1991, pp. 200 y 236.

⁵⁷ Benhabib, Seyla, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Massachusetts, MIT Press, 1992, p. 87. En el mismo sentido, Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig (ed.), *op. cit.*, p. 122-128.

A. *Promover la deliberación en asuntos controvertidos*

De acuerdo con Nino, la justicia constitucional de la democracia deliberativa tiene como fin incentivar el diálogo y mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y la justicia de toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas.⁵⁸

En mi opinión, la promoción intencionada del diálogo es imperiosa cuando existe un fuerte desacuerdo sobre lo que la Constitución exige. En qué medida existen esos desacuerdos es una cuestión subjetiva, pues mientras hay autores —como Alexy— que consideran que en todas las áreas de la Constitución existen abundantes supuestos pacíficos,⁵⁹ otros pensamos que no los hay tantos. En este sentido, no se trata de establecer *a priori* una serie de supuestos en los que dicho impulso resulta adecuado, pues estimo que esa es una empresa destinada al fracaso. Lo importante es que para arribar a su conclusión establezcan un discurso (horizontal) en varios niveles con el legislador, la opinión pública y la ciencia.⁶⁰

Lo anterior no equivale a decir que en caso de cuestiones controvertidas la decisión deba ser dejada en manos de la política, mientras que las pacíficas deban ser definidas por los jueces.⁶¹ Lo que quiero manifestar es que, tratándose de asuntos constitucionales en los que tenemos desacuerdos profundos,⁶² el juez debe procurar incentivar un diálogo entre los otros actores constitucionales a fin de intentar obtener, en un momento determinado,

⁵⁸ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia...*, cit., p. 293. Según Kramer, esta forma de concebir al control judicial empezó a gestarse desde 1790, cuando se divisó a este como otro mecanismo que haría prevalecer “la razón” en la discusión pública, al agregar otra voz capaz de promover la deliberación constitucional. Sin que con ello, por cierto, se quitara al pueblo la última palabra. Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 114.

⁵⁹ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed, Madrid, Trotta, 2009, p. 46.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 47. He agregado entre paréntesis la palabra “horizontal” para enfatizar que debe tratarse, por lo menos, según la teoría deliberativa, de un discurso en posición de igualdad de los participantes. Contrario a lo que sucede con un discurso “vertical”.

⁶¹ *Ibidem*, p. 47.

⁶² Lo que no sucede, por ejemplo, con la pena de muerte en Europa o con las reglas establecidas en términos específicos y categóricos. Sobre este último punto véase Ferreres Comella, Víctor, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, *Jurisdicción constitucional y democracia: Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Le-trados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional de España-CEPC, 2011, p. 15.

la mejor respuesta posible.⁶³ De la misma manera que si el juez estima que hay una interpretación constitucional que ha prevalecido durante un largo periodo debe poner de manifiesto a la ciudadanía que una nueva ley se desvía profundamente de esta y que es necesario el desarrollo de un nuevo debate en la esfera pública.⁶⁴

Es verdad que esta propuesta parece presentar una contradicción con la filosofía de un juez deliberativo, por cuanto la decisión sobre la existencia o no del desacuerdo queda (aparentemente) solo en sus manos; sin embargo, esto no es exactamente así. En primer lugar, porque los jueces viven ese desacuerdo al igual que todos y son capaces de percibirlo. Pero también porque a través de diferentes medios pueden conocer lo que opinan los diferentes actores constitucionales, como son las audiencias públicas, los *amicus curiae*, las respuestas del legislador ordinario a sus sentencias, etc. En cualquier caso, es importante hacer notar que estamos ante supuestos en los que el juez actúa intencionadamente como un motor de discusión, pues habrá ocasiones en que, sin buscarlo, también promueva el diálogo.⁶⁵

De este modo, la justicia constitucional puede ser un medio de promoción del debate popular sobre el sentido de la Constitución, que nos ayude como *demos* a tomar decisiones basadas en procesos deliberativos más robustos.

B. Proveer de argumentos y convertir problemas en asuntos públicos

Como hemos visto, la justicia constitucional puede enriquecer la deliberación parlamentaria mediante argumentos no tomados en cuenta o proveyendo de nuevas perspectivas, etc. Lo mismo sucede con la deliberación pública, ya que los jueces pueden contribuir con argumentos y puntos de vista novedosos a la esfera pública.

Por otro lado, por cuanto la lucha por incluir temas en la agenda es una lucha por la justicia y la libertad,⁶⁶ los jueces pueden identificar proble-

⁶³ Aarnio, Aulis, “La tesis de la única repuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 8, 1990, p. 36. Esto no significa que efectivamente se obtenga la “mejor interpretación”, sino que buscan obtenerla.

⁶⁴ Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo...*, cit., p. 127.

⁶⁵ Así, por ejemplo, Friedman considera que este es una consecuencia inevitable de una decisión importante o controvertida. Friedman, Barry, “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 72, 2004, p. 1296.

⁶⁶ Benhabib, Seyla, “Models of Public Space...”, cit., p. 79. Benhabib menciona como ejemplos la lucha por la inclusión en la esfera pública de las relaciones sobre la propiedad, la familia y la esfera privada, relaciones colectivas.

mas que no pueden convertirse en públicos por la distribución imperante del poder y abogar por su inclusión en la esfera pública;⁶⁷ es decir, pueden redefinir asuntos que se consideran “privados” como públicos y, por tanto, necesitados de ser discutidos públicamente.⁶⁸ De especial relevancia es hacer públicas las desigualdades sociales de diversos tipos que, en muchas ocasiones, se consideran cuestiones privadas.⁶⁹

Es cierto que los jueces, por sí solos, no pueden redefinir algo privado como público, pues no es una tarea unilateral, sino que la definición queda en manos de todos los participantes en la esfera pública.⁷⁰ El punto es que los jueces tienen herramientas eficaces para intentarlo.

III. CONTRIBUCIONES DE LA SUPREMA CORTE A LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA. EL CASO *MARIHUANA*

El 4 de noviembre de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 237/2014 y declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley General de Salud⁷¹ que prevén un sistema de prohibiciones administrativas para sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar la marihuana con el fin de su consumo lúdico personal, excluyendo del análisis las actividades relacionadas con el comercio. El amparo se otorgó en beneficio de las cuatro personas que promovieron el juicio, acorde con el principio de relatividad de las sentencias de amparo, es decir que solo se protege a los promoventes. El juicio fue interpuesto como un litigio estratégico buscando que la Suprema Corte se pronunciara sobre el tema.

⁶⁷ Benhabib, Seyla, “Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation”, en Rosenblau, Nancy L. (ed.), *Liberalism and Moral Life*, Massachusetts, Harvard University Press, 1989, p. 154.

⁶⁸ Benhabib, Seyla, “Models of Public Space...”, *cit.*, p. 84.

⁶⁹ Fraser, Nancy, *op. cit.*, p. 120.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 129.

⁷¹ Se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 235, último párr., 237, 245, frac. I, 247, último párr., y 248, todos de la Ley General de Salud, en las porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos —sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar— del estupefaciente *cannabis* (sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico “THC” (tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros: Δ6a (10a), Δ6a (7), Δ7, Δ8, Δ9, Δ10, Δ9 (11) y sus variantes estereoquímicas), en conjunto conocido como marihuana.

En un primer apartado, la sentencia argumenta que las medidas prohibitivas impugnadas inciden *prima facie* en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido jurisprudencialmente en el amparo directo 6/2008. Este derecho protege un espacio residual de autonomía no cubierto por las otras libertades específicas previstas en la Constitución o en los tratados internacionales. El libre desarrollo de la personalidad garantiza la *libertad* de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros o sea contraria al orden público, por lo que protege *prima facie* la decisión de qué actividades recreativas o lúdicas desean realizar los individuos, como el consumo de marihuana. Además, es contrario al paternalismo del Estado.

En un segundo apartado, la sentencia analiza el sistema de prohibiciones administrativas a través del test de proporcionalidad. Primeramente identifica que la prohibición tiene como fines legítimos la protección del derecho a la salud y el orden público, aclarando que la medida no podría tener y no tiene un fin perfeccionista, es decir, que las personas se conduzcan de acuerdo con un determinado modelo de virtud. En segundo lugar, considera que la medida es idónea para el fin buscado, pues existe una relación de medio a fin entre la prohibición y la protección del derecho a la salud y el orden público, pues, con base en literatura científica, concluye que el consumo de la marihuana es dañino para la salud, aunque no supone un riesgo importante, salvo en el caso de que se utilice de forma crónica y excesiva. Además, destaca que la marihuana tiene un nivel de incidencia *muy bajo* en el consumo de otras drogas más riesgosas y no incentiva la comisión de otros delitos —distintos a los accidentes viales—. En tercer término, analiza la necesidad de la medida y concluye que existen medidas igualmente idóneas que afectan en menor intensidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como un régimen de permisión controlado semejante al del tabaco y el alcohol acompañado de políticas educativas y de salud,⁷² por lo que la prohibición absoluta es inconstitucional. Finalmente, considera que la medida no es proporcional en sentido estricto, pues es una afectación intensa al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que se alcanza con la misma.

⁷² Este régimen consiste en: i) limitaciones a los lugares de consumo; ii) prohibición de conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de la sustancia; iii) prohibiciones a la publicitación del producto, y iv) restricciones a la edad de quienes la pueden consumir.

De esta manera, la Corte protegió la autonomía individual de las personas que desean consumir marihuana por razones lúdicas, es decir, la decisión de quienes la consumen porque es parte de su plan de vida.⁷³ Conforme a una visión liberal del Estado que asume la sentencia, corresponde a cada uno tomar esa decisión en lo individual, sin que se vea obstaculizada por el Estado atendiendo a razones perfeccionistas o paternalistas.⁷⁴ Por esta razón, el obstáculo que significa la Ley General de Salud es declarado inconstitucional, pues interfiere sin justificación en el área de libertad protegida por el libre desarrollo de la personalidad.⁷⁵

Es importante notar la diferencia entre autonomía y libertad (negativa) a las que se refiere la sentencia. Mientras que la autonomía consiste en la facultad que tienen las personas de escoger su propio plan de vida y su concepción del bien, del cual puede formar parte el consumo de marihuana, y ante el cual el Estado debe permanecer neutral, la libertad negativa es la esfera de no interferencia que el Estado debe respetar y, por tanto, no debe expedir leyes que la restrinjan injustificadamente.⁷⁶ En otras palabras, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege, junto con otras libertades constitucionales, la esfera en la cual el Estado debe abstenerse de interferir, lo que a su vez permite a los individuos decidir autónomamente.⁷⁷

Pues bien, el proceso de deliberación democrática generado por la sentencia sobre el uso lúdico de la marihuana es un caso sin precedentes en México. La deliberación comienza dentro de la misma Corte en la sesión pública de 4 de noviembre de 2015, en la que se discutió el proyecto de sentencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea, la cual posteriormente se vio reflejada en los dos votos concurrentes y el voto particular que se formularon. En su voto concurrente, el ministro Gutiérrez Ortiz Mena hace valer su preocupación por la legitimidad democrática de la intensidad del control

⁷³ Buss, Sarah y Westlund, Andrea, “Personal Autonomy”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/personal-autonomy/>

⁷⁴ Para una visión liberal y perfeccionista véase Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986. Un comentario a la visión de Raz véase en Waldron, Jeremy, “Autonomy and Perfectionism in Raz’s Morality of Freedom”, *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989.

⁷⁵ Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, *Sobre la libertad*, trad. de Julio Bayón et al., Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 205.

⁷⁶ En la tradición liberal, el principio de prevención del daño a terceros es el punto de partida para definir cuándo está justificado restringir esa esfera de no interferencia. Véase Mill, John Stuart, *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 13 y 14.

⁷⁷ Waldron, Jeremy, “Autonomy and Perfectionism...”, *cit.*, p. 1104.

que aplica la Suprema Corte, pues, desde su punto de vista, la sentencia no establece con claridad el tipo de escrutinio con el que debe analizarse una medida que invade una expectativa razonable de privacidad, en cuyo caso debe aplicarse un escrutinio más estricto. Además, señala que a la Corte no le corresponde sustituir al legislador democrático, por lo que este puede volver a legislar determinando la mejor política pública en el tema, evitando los vicios de inconstitucionalidad detectados.

Por su parte, en su voto concurrente, el ministro Cossío Díaz manifestó su desacuerdo con la metodología, pues, en su opinión, “[...] hubiera sido deseable acudir a conocimiento técnico y científico especializado *de manera formal*, así como escuchar las opiniones de diversos sectores”, para que la Corte se constituyera en el foro nacional para la discusión y futura implementación de una política integral en materia de drogas. Asimismo, argumentó que para analizar la constitucionalidad de la legislación, el único criterio no puede ser la magnitud del daño, pues hay otro tipo de consideraciones relacionadas con la salud pública que puede tener en cuenta el poder legislativo. Además, propugnó por darle un efecto estructural a la sentencia, consistente en proveer lineamientos para el establecimiento de una política integral en materia de drogas y exhortar al poder legislativo a reformar las normas como la Ley General de Salud y el Código Penal Federal, y aprobar el Presupuesto de Egresos 2016 incrementando los recursos necesarios a las autoridades competentes en materia de prevención y control de adicciones. También consideró que debió exhortarse a diversas autoridades administrativas para que implementen políticas públicas acordes con el paradigma de la permisión.

Por último, en su voto particular, el ministro Pardo Rebolledo manifestó estar en contra de la sentencia, pues técnicamente no podía concederse el amparo para sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar la marihuana si no se otorgaba el amparo para adquirir la semilla o la marihuana, lo que no era parte de la *litis* y constituye actividades delictivas.

Respecto del proceso de deliberación que se dio con posterioridad a la sentencia, es importante destacar que, con motivo de dicha resolución, el presidente de la República convocó a un Debate Nacional sobre el Uso de la Marihuana. Este debate se llevó a cabo en cinco grandes foros, divididos a su vez en distintas mesas. Los foros que tuvieron lugar fueron los siguientes: 1) Salud Pública y Prevención; 2) Ética y Derechos Humanos; 3) Aspectos Económicos y de Regulación; 4) Seguridad Ciudadana, y 5) se reiteraron las temáticas de los foros anteriores.

En el Debate Nacional se discutió el tema de la permisión o prohibición desde distintos ángulos: salud pública, derechos humanos, política de seguridad y criminal, justicia y ética, etc. Algunas intervenciones en el Debate

Nacional estuvieron enfocadas en analizar la argumentación de la sentencia, pero la gran mayoría en tratar el tema desde diferentes perspectivas. Así, la sentencia generó un proceso de deliberación sobre los argumentos que la sustentan y dio pie a una discusión que va más allá de la sentencia.

Con posterioridad al Debate Nacional, el presidente de la República expresó las siguientes conclusiones del encuentro:

- 1) la necesidad de atender el tema de las drogas, en general, y el de la marihuana, en particular, desde la perspectiva de los derechos humanos;
- 2) el consumo de marihuana debe atenderse desde una óptica de salud pública;
- 3) las adicciones deben tratarse con prevención y soluciones terapéuticas integrales, sin criminalizar a los consumidores;
- 4) se deben reforzar las acciones para prevenir el consumo de drogas, incluyendo la marihuana, especialmente las campañas orientadas a niños y jóvenes, y
- 5) se debe facilitar el acceso a sustancias controladas, para fines terapéuticos e investigación científica. Además, anunció que presentaría una iniciativa de reforma a la Ley General de Salud y al Código Penal Federal para autorizar el uso de la marihuana con fines científicos y médicos, la que finalmente fue aprobada y publicada el 19 de junio de 2017.⁷⁸

Por su parte, la Cámara de Senadores organizó audiencias públicas sobre las alternativas de regulación de marihuana y creó el Consejo Técnico para las Alternativas de Regulación de la Marihuana. Estas audiencias públicas se organizaron en las siguientes mesas:

- 1) regulación en el consumo, autoproducción y derechos humanos;
- 2) regulación en el contexto internacional;
- 3) regulación en relación con la política criminal y el sistema penitenciario;
- 4) regulación en relación con la seguridad pública;
- 5) regulación en relación con su uso medicinal o terapéutico;
- 6) efectos de la marihuana en la salud del consumidor y en la salud pública;

⁷⁸ Se reformaron los arts. 237, párr. primero; 245, frac. I, II y IV; 290, párr. primero; y se adicionan el art. 235 bis y un segundo párr. a la frac. V del art. 245 de la Ley General de Salud.

- 7) regulación del consumo en relación con el tratamiento de adicciones;
- 8) regulación en relación con la responsabilidad de daños frente a terceros;
- 9) regulación en relación con su control sanitario;
- 10) regulación adecuada para la producción, distribución y comercialización de la marihuana, y
- 11) diseño de una política pública para la regulación de la marihuana.

En la Cámara de Senadores se presentaron distintas iniciativas de reforma a la Ley General de Salud y otras leyes⁷⁹ para regular el uso medicinal y lúdico de la marihuana, fundamentándose en buena medida en los argumentos de la sentencia de la Suprema Corte. En la Cámara de Diputados también se presentaron distintas iniciativas de reforma a la ley referida, entre otras.⁸⁰

De hecho, el 19 de junio de 2017 se publicó la reforma a la Ley General de Salud, que establece que la Secretaría de Salud deberá diseñar y

⁷⁹ El 2 de noviembre de 2015, los senadores Mario Delgado Carrillo, Luz María Beristáin Navarrete, Alejandro Encinas Rodríguez, Angélica de la Peña Gómez, Armando Ríos Piter, Benjamín Robles Montoya, Isidro Pedraza Chávez, Zoé Robledo Aburto y Raúl Morón Orozco (Partido de la Revolución Democrata [PRD]) propusieron reformar algunos artículos de la Ley General de Salud. El 10 de noviembre de 2015, la Senadora Cristina Díaz Salazar (Partido Revolucionario Institucional [PRI]) propuso reformar los arts. 237 y 245, frac. I de la Ley General de Salud, así como el cap. 12, apdo. 12.11 y el cap. 30, apdos. 30.03 y 30.04 de la Ley de Impuestos Generales de Importación y Exportación. El 31 de marzo de 2016, los senadores Angélica de la Peña Gómez, Miguel Barbosa Huerta, Luis Sánchez Jiménez, Alejandro Encinas Rodríguez, Armando Ríos Piter, Fidel Demediéís Hidalgo, Zoé Robledo Aburto, Raúl Morón Orozco, Luz María Beristáin Navarrete, Humberto Fernández Fuentes, Verónica González Rodríguez, Benjamín Hernández Ruíz, Fernando Mayans Canabal y Alejandra Roldán Benítez (PRD y Partido del Trabajo [PT]) propusieron reformar diversos artículos del Código Penal Federal. El 6 de diciembre de 2017, el senador Mario Delgado Carrillo (PT) propuso expedir la Ley General para el Control de la Cannabis y sus Derivados, así como reformar algunos artículos de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y de la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios. El 13 de marzo de 2018, el senador Marlon Berlanga Sánchez (PT) propuso expedir la Ley sobre la Cannabis y la Erradicación de la Violencia Provocada por su Prohibición en los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁰ El 18 de noviembre de 2015, el diputado Jonadab Martínez García (Movimiento Ciudadano) propuso reformar algunos artículos de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal. El 26 de abril de 2016, los diputados José de Jesús Zambrano Grijalva y Guadalupe Hernández Alcalá (PRD) propusieron adicionar y reformar artículos de la Ley General de Salud. El 5 de noviembre de 2015, los diputados Jorge Álvarez Máñez y Víctor Manuel Sánchez Orozco (Movimiento Ciudadano) propusieron expedir la Ley de Amnistía, a favor de los sentenciados por delitos relacionados con el consumo o posesión de *cannabis sativa*, indica o marihuana.

ejecutar políticas públicas que regulen el uso medicinal de los derivados farmacológicos de la *cannabis sativa*, índica y americana o marihuana, entre los que se encuentra el tetrahidrocannabinol, sus isómeros y variantes estereoquímicas, así como normar la investigación y producción nacional de los mismos; se retiró a la *cannabis sativa*, índica y americana o marihuana, de la lista de sustancias y vegetales respecto de las cuales se prohíbe sembrar, cultivar, cosechar, elaborar, preparar, acondicionar, adquirir, poseer, comerciar, transportar en cualquier forma, prescribir médicamente, suministrar, emplear, usar y consumir; se clasificó como sustancia psicotrópica con amplios usos terapéuticos y un problema menor para la salud a los productos que contengan derivados de la cannabis en concentraciones de 1% o menores de THC y que tengan amplios usos industriales, los que podrán comercializarse, exportarse e importarse. Asimismo, se reformó el Código Penal Federal para establecer que la siembra, cultivo o cosecha de plantas de marihuana no será punible cuando estas actividades se lleven a cabo con fines médicos y científicos en los términos y condiciones de la autorización que para tal efecto emita el Ejecutivo Federal.

Finalmente, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México creó un micrositio destinado al análisis de la sentencia, se escribieron artículos académicos y periodísticos sobre el tema, se organizaron programas de televisión y hubo muchas discusiones de sobremesa entre ciudadanos.

De la lectura de las intervenciones en los foros organizados con motivo de la sentencia referida resulta evidente que esta contribuyó al debate público de diversas formas. Por un lado, incentivó el debate sobre un tema profundamente controvertido como la prohibición del consumo lúdico de la marihuana. Además, puso sobre la mesa argumentos científicos sobre los daños que ocasionan y su relación con la comisión de delitos o la propensión a consumir drogas más fuertes. Por otro lado, incorporó la perspectiva de los derechos humanos al debate, enfatizando la violación que una prohibición absoluta conlleva al libre desarrollo de la personalidad, como concluyó después de realizar un test de proporcionalidad. Es decir, modificó el discurso sobre la prohibición de la marihuana, pues de ahora en adelante nos obliga a tener en cuenta la autonomía personal. Adicionalmente, utilizó una metodología que sirve para transparentar, ordenar y racionalizar la decisión, lo que permite a sus interlocutores tener un mejor debate. De hecho, los argumentos de la sentencia fueron discutidos tanto en la esfera pública informal como en sede parlamentaria. En los citados foros se reiteró que la regulación de la marihuana debe basarse en evidencia científica, sus riesgos y semejanzas con otras sustancias como el alcohol, teniendo en cuenta los

derechos fundamentales afectados, los aspectos de salud pública y seguridad, educación sobre sus efectos, etcétera.

De esta manera, la sentencia del caso *Marihuana* es paradigmática, pues promovió la deliberación sobre un tema controvertido, aportó nuevos argumentos e incentivó que fueran tomados en cuenta, a la vez que moderó sus efectos en un asunto controversial. Así, ayudó a que los ciudadanos y el poder legislativo reconsideraran la prohibición del consumo lúdico de la marihuana, pero no necesariamente a abandonarla. A través de esta decisión con efectos para las partes, la Suprema Corte generó un diálogo sin pretender darlo por concluido. De hecho, de haber adoptado la propuesta de exhortar a los otros poderes del Estado para llevar a cabo reformas legislativas e implementar determinadas políticas públicas, la Corte habría coartado en buena medida la deliberación subsecuente. Esto no quiere decir que los argumentos que sostienen la sentencia deban considerarse como irrefutables, sino como una invitación a continuar el diálogo democrático sobre un tema que nos afecta a todos.

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA. EL CASO *BONILLA* Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

I. INTRODUCCIÓN

En pocas ocasiones, los jueces constitucionales hacen explícita la teoría de la democracia que los guía para resolver las controversias que se les presentan. En este capítulo abordaré algunos asuntos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que se sostienen en dos concepciones distintas de la democracia: la sustantiva y la deliberativa. En el primero, el conocido como el caso *Bonilla*, la concepción sustantiva que fundamenta la resolución es inadecuada, por lo que sugiero debió haberse optado por una visión procedimental. En el segundo grupo de sentencias, la teoría deliberativa es idónea para comprender y justificar la declaratoria de inconstitucionalidad por vicios en el procedimiento legislativo. En ambos supuestos, las concepciones democráticas son indispensables para la argumentación de las sentencias.

Los jueces constitucionales se suelen acercar a las teorías de la democracia cuando se cuestionan la legitimidad del control judicial de la ley, particularmente, ante la objeción —contramayoritaria— que se ha hecho a la potestad que tienen los jueces de anular o desaplicar las normas emitidas por los congresos popularmente electos por considerarlas contrarias a la Constitución.¹ Una de las respuestas frente a esta objeción es restringir las funciones de la justicia constitucional; por ejemplo, John Hart Ely busca establecer los limitados supuestos en los que el control judicial está justificado, los que son menos sustantivos y más procedimentales.² Es cierto que esta no

¹ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Nueva York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1962.

² Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

es una contradicción, pues, sin ninguna duda, el constitucionalismo puede pensarse más allá de los tribunales.

Por otro lado, en un tiempo más reciente, las concepciones deliberativas de la democracia han buscado guiar el ejercicio de la justicia constitucional hacia un ideal normativo, por ejemplo, promover y garantizar las condiciones de una participación y deliberación popular robusta. Estas teorías, influidas por las concepciones de la democracia deliberativa de Jürgen Habermas o Carlos Nino, proponen guiar a los tribunales constitucionales en sus funciones como sedes de diálogo, interlocutores de otros actores, promotores y garantes de la deliberación.³ De esta manera, la teoría de la democracia deliberativa no tiene como fin únicamente hacerle frente a la objeción contramayoritaria —la que solo puede salvarse con un diseño institucional distinto que no le atribuye al poder judicial la última palabra sobre la interpretación de la Constitución—, sino tiene un cometido más amplio. En otras palabras, la deliberación entre iguales es un principio normativo para el diseño de la justicia constitucional y para la actuación de los jueces.

En este trabajo no me propongo defender algunas de estas teorías como el “mejor” ideal para la justicia constitucional, cosa que ya he hecho en otro libro.⁴ En esta ocasión mi cometido es más modesto. Mi objetivo es mostrar que algunas sentencias de la Suprema Corte se sustentan en una teoría —más o menos sofisticada— de la democracia, que en ciertas ocasiones se hace explícita y en otras no. En cualquier supuesto, es útil y necesario conocerlas para argumentar y resolver conflictos que se presentan cotidianamente ante los tribunales constitucionales, ya sea una concepción procedimental, sustantiva o deliberativa, etcétera.

Este capítulo se divide en cuatro apartados. En el primero describiré brevemente las teorías que encomiendan a los jueces la protección del procedimiento democrático previsto en la Constitución, conocidas como la garantía judicial del proceso político. Argumentaré que, si bien estas teorías no son ideales normativos idóneos para los tribunales de América Latina, sí son parcialmente útiles para explicar y justificar algunas resoluciones como el caso *Bonilla*. En el segundo apartado haré un análisis del citado caso a la luz de las teorías del proceso político. En tercer lugar, haré una reflexión sobre las sentencias en las que se han invalidado normas por vicios en el procedimiento legislativo siguiendo una concepción deliberativa de la democracia. Por último, daré una conclusión.

³ Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

⁴ *Idem*.

II. LA GARANTÍA JUDICIAL DEL PROCESO POLÍTICO

Es una teoría del control judicial que se guía por una concepción procedimental de la democracia.⁵ Fue impulsada por la aportación de John Hart Ely en su libro *Democracy and Distrust*, y recientemente ha sido retomada por Stephen Gardbaum⁶ con el objetivo de ampliar los alcances de la teoría que Ely propuso hace 40 años. Gardbaum extiende el tipo de fallas que los jueces u otras instancias deben revisar, así como los tipos de control judicial que estas demandan.⁷

Si recordamos, la teoría de Ely busca garantizar la participación democrática de las minorías sociales y fortalecer el sistema representativo, como un desarrollo de la nota al pie número 4 del caso *Carolene Products*.⁸ Al tratarse de una teoría del control judicial de constitucionalidad de las leyes, su preocupación principal es compatibilizar dicha potestad judicial con la democracia. En otras palabras, no es una teoría que piense a la justicia constitucional en toda su extensión, sino en la tensión que existe entre la potestad de los jueces de anular o inaplicar leyes y el autogobierno colectivo.

Ely quería evitar que los jueces impusieran sus valores morales, pues la democracia implica que los representantes gobiernan con el consentimiento de los ciudadanos.⁹ Para él, el papel de la Suprema Corte era resguardar el procedimiento democrático previsto en la Constitución, cuidando que los canales de comunicación y participación permanecieran abiertos para todos los que pudieran ser afectados por la decisión, así como defender minorías sociales que sistemáticamente fueran perjudicadas por los prejuicios de las mayorías.¹⁰ Su teoría buscaba evitar decisiones como *Lochner vs. New York* o *Roe vs. Wade*,¹¹ pues aun cuando compartía la resolución de *Roe*, no correspondía a los jueces imponer sus visiones morales o económicas.

De acuerdo con esta perspectiva, el control judicial debe estar limitado a la garantía de unos cuantos principios o estructuras democráticas

⁵ Saffon, Maria Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory*, vol. 41, núm. 2, 2013.

⁶ Gardbaum, Stephen, “Comparative Political Process Theory”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 18, 2020.

⁷ Ely, John Hart, *op. cit.*, pp. 92 y 100.

⁸ *United States vs. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

⁹ Ely, John Hart, *op. cit.*, pp. 4-7, 44 y 73.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 74, 76, 87 y 100.

¹¹ *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905) y *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

y así respetar un espacio amplio para la deliberación y la participación popular.¹² De esta manera, las teorías del proceso político son alternativas a las teorías enfocadas en la protección de los derechos fundamentales o a las teorías que propugnan por quitar la Constitución de las manos de los tribunales.¹³

Otras visiones del control judicial que se preocupan por el buen funcionamiento del proceso político son las desarrolladas por Michael Klarman, quien defiende una visión mayoritaria del control judicial, pues los jueces deben impedir el atrincheramiento de los representantes populares en el poder; la teoría de Samuel Issacharoff y Richard H. Pildes, quienes abogan por que, en los casos que involucran la regulación de la política, la Suprema Corte impida que los partidos políticos dominantes cierren las instituciones políticas impidiendo la competencia;¹⁴ o la teoría de Gardbaum, para quien el control judicial debe resguardar los procesos y estructuras de la democracia representativa. En pocas palabras, las teorías de la garantía judicial del proceso político encomiendan a la justicia constitucional el resguardo de los procesos y estructuras del sistema representativo.

Desde mi punto de vista, las teorías del proceso político son insuficientes para explicar y guiar a la justicia constitucional en América Latina por dos razones. Por un lado, porque los males que aquejan a las democracias latinoamericanas, como las profundas desigualdades económicas, políticas y sociales, la concentración del poder, los altos niveles corrupción, etc., no se reducen al cierre de los canales de acceso al poder o a la discriminación sistemática en contra de grupos hacia los que existen prejuicios sociales. Es cierto que estos últimos también son males que aquejan a las democracias en América Latina y, por tanto, son tareas que deben formar parte de la agenda de la justicia constitucional; sin embargo, no pueden ser las únicas.

Por otro lado, el diseño institucional y las tareas que tiene encomendada la justicia constitucional en Latinoamérica¹⁵ hacen imposible que las teorías del proceso político informen su cometido, particularmente, dadas

¹² Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012, pp. 181 y 205.

¹³ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.

¹⁴ Issacharoff, Samuel y Pildes, Richard H., "Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process", *Stanford Law Review*, vol. 50, núm. 3, 1998, pp. 644 y 648.

¹⁵ Pou Giménez, Francisca, "Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice", en Sieder, Rachel; Ansolabehere, Karina y Alfonso, Tatiana (coords.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2019.

las amplias atribuciones que tienen los tribunales constitucionales, que les obligan a resolver una extensa variedad de casos sobre temas como el combate a la corrupción, conflictos competenciales verticales y horizontales, protección de derechos sociales, disputas partidistas, garantía del sistema representativo, protección de minorías sociales, etc. Por ello, como lo señala Klarman, al hablar del control judicial mayoritario, las teorías del proceso político deben ser pensadas como complementarias a otras teorías del control judicial.¹⁶ Lo mismo sucede con la propuesta de Gardbaum, quien reconoce explícitamente que su teoría no debe ser el modo exclusivo o principal de control judicial.¹⁷ De hecho, el modelo de garantía judicial del proceso político derivado de la nota al pie número 4 del caso *Carolene Products* no fue pensado como un desarrollo acabado de la teoría de la interpretación.¹⁸

El cuestionamiento anterior a las teorías del proceso político podría contestarse señalando que su propuesta implica necesariamente una reducción de las tareas actualmente encomendadas a la justicia constitucional en muchas constituciones modernas.¹⁹ Es decir, en defensa de la garantía del proceso político podría decirse que, para su aplicación correcta, las materias del conocimiento de la justicia constitucional deben reducirse o modificarse, por ejemplo, quitando del ámbito de competencia de los tribunales constitucionales la resolución de conflictos sobre derechos sociales o contra la corrupción, por mencionar algunos. Ahora bien, en tanto esas materias le son atribuidas a la justicia constitucional o ella misma expande sus competencias,²⁰ creo que nuestras teorías deben ser pensadas para informar la actuación total de los tribunales o reconocer que la garantía judicial del proceso político solo es complementaria de otras propuestas. Lo que me resulta difícil de aceptar es que las teorías del proceso político sean suficientes para guiar la actuación de tribunales constitucionales, como los latinoamericanos, que tienen encomendadas una amplia gama de materias para su resolución y deben hacer frente a retos importantísimos que les plantea la realidad social.

¹⁶ Klarman, Michael J., “Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem”, *Georgetown Law Review*, vol. 85, 1996-1997, p. 501; Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷ Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, p. 40.

¹⁸ Klarman, Michael J., “The puzzling resistance to political process theory”, *Virginia Law Review*, vol. 77, núm. 4, 1991, p. 749.

¹⁹ Landau, David, “Substitute and complement theories of judicial review”, *Indiana Law Journal*, vol. 92, núm. 4, 2017, p. 1311.

²⁰ Klarman, Michael J., “Majoritarian Judicial Review...”, *cit.*, p. 550.

Es posible que, en países como Estados Unidos, la teoría del proceso político de Ely²¹ no genere una tensión con sus compromisos constitucionales, pues el control judicial no está previsto en su texto constitucional y mucho menos se prevén procedimientos específicos para cuestionar la constitucionalidad de leyes o actos de autoridades administrativas, como sí sucede en algunas constituciones de América Latina. Además, es una Constitución que no prevé derechos económicos y sociales o la aplicación horizontal de los derechos humanos, por mencionar algunas diferencias. Es decir, es posible entender la teoría de Ely porque tiene como presupuesto una Constitución como la estadounidense, la que no es un impedimento para que el día de mañana, si así lo decide la Suprema Corte, esta deje de conocer de materias que al día de hoy sí considera cuestiones justiciables. Ahora bien, este mismo presupuesto no se da en las constituciones latinoamericanas, porque muchas de ellas contienen un compromiso transformador y posliberal,²² de acuerdo con el cual el Estado tiene encomendado el cambio social y deberes positivos para lograrlo.²³

Por estas razones, la pregunta es en qué medida debemos inspirarnos en teorías de la garantía judicial del proceso político como la de Ely, ante las grandes diferencias de contexto de la región latinoamericana,²⁴ las distintas atribuciones que tienen nuestros tribunales constitucionales y el mandato transformador de muchas constituciones latinoamericanas. Más aún cuando la teoría del proceso político de Ely asumía que en Estados

²¹ Ely, John Hart, *op. cit.*, pp. 92 y 100.

²² Farinacci-Fernós, Jorge M., “Post-Liberal Constitutionalism”, *Tulsa Law Review*, vol. 54, núm. 1, 2018; Bogdandy, Armin von, “El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 19, 2019.

²³ Klare, Karl, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998; Grote, Rainer, “The Mexican Constitution of 1917. An early example of radical Transformative Constitutionalism”, en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The emergence of a New Ius Commune*, Nueva York, Oxford University Press, 2017; Davis, Dennis M., “Transformation and the Democratic Case for Judicial Review: The South African Experience”, *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2007, p. 46.

²⁴ Gargarella, Roberto, “Cinco movimientos de un debate inacabado. Sobre la justicia constitucional de la democracia deliberativa de Roberto Niembro”, en Niembro Ortega, Roberto (autor), *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, cit.; Gargarella, Roberto, “La revisión judicial para las democracias latinoamericanas”, en Niembro Ortega, Roberto y Verdugo, Sergio (eds.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, México, SCJN, 2019. Una pregunta que surge de este llamado a la contextualización latinoamericana del papel de la justicia es el anuncio sobre un papel más protagónico para los jueces constitucionales.

Unidos la competencia política y la representación funcionaban relativamente bien.²⁵

III. LA UTILIDAD PARCIAL PARA AMÉRICA LATINA DE LA GARANTÍA JUDICIAL DEL PROCESO POLÍTICO. EL CASO *BONILLA*

En el apartado anterior argumenté que las teorías del proceso político son insuficientes para dar cuenta de las atribuciones que tienen los tribunales constitucionales en la región latinoamericana y los retos que tienen ante sí. Ahora quiero ejemplificar cuál es la utilidad *parcial* que sí tienen para países como México, particularmente para pensar en nuevos diseños institucionales o resolver asuntos en los que está de por medio la garantía de los principios y estructuras del sistema representativo. En efecto, la idea de que solucionando o aminorando los problemas de exclusión de voces de la esfera pública permitirá que los intereses de los excluidos sean tomados en cuenta por los órganos representativos y sus problemas sean atendidos sigue siendo muy potente.

La utilidad de la garantía del proceso político es evidente a la luz de asuntos, entre otros, en los que quienes gobiernan modifican las reglas que regulan el proceso electoral en su beneficio, dificultando o impidiendo el acceso al poder de otros grupos. De acuerdo con las teorías de la garantía judicial del proceso político, este es un caso idóneo para el control judicial, incluso aplicando un escrutinio más riguroso, es decir, las cortes deberían analizar con mayor cautela la decisión de quienes detentan el poder de cambiar las reglas del juego para perpetuarse en el mismo, dificultando la entrada de quienes están afuera (segundo párr. de la nota al pie 4 de *Carolene Products*).

De hecho, no podemos pasar por alto la relevancia que la teoría sobre la garantía judicial del proceso político tiene en el actual contexto mexicano. Al menos discursivamente, una de las transformaciones sustanciales que prometió el cambio de régimen derivado de las elecciones de 2018 radica en una apuesta por la democracia participativa.²⁶ En este sentido, como argu-

²⁵ Parker, Richard Davies, “The Past of Constitutional Theory-And its Future”, *Ohio State Law Review*, vol. 42, 1981, p. 241.

²⁶ Véase Linares, Sebastián, *Democracia participativa epistémica*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

menté en otro artículo,²⁷ garantizar el acceso y correcto funcionamiento de los mecanismos de participación —entre ellos las elecciones— y del sistema representativo es sumamente pertinente.

Además, contamos con una Suprema Corte consolidada que puede hacerse cargo de esas tareas, pues dejó atrás la etapa de dependencia y sumisión al poder ejecutivo que caracterizó su actuar durante el autoritarismo.²⁸ En efecto, gracias a la reforma de 1994 y a la alternancia en la presidencia en el 2000, se fortalecieron sus funciones y su independencia para dar paso a la judicialización de los conflictos políticos²⁹ y, posteriormente, con la reforma de derechos humanos de 2011, a una agenda preocupada por su protección.³⁰ Sin embargo, hasta el momento no se ha conceptualizado la posibilidad de que, en algunos casos, la Corte funcione como una institución que protege los intereses de la mayoría de los ciudadanos, aun cuando anule la decisión de sus representantes.

Al resolver el caso *Bonilla*, un supuesto idóneo para la aplicación de las teorías del proceso político, la Suprema Corte consideró vulnerados los principios de certeza electoral y seguridad jurídica, los derechos a votar y ser votado como expresiones de la participación política, la prohibición de reelección de los gobernadores y la prohibición de retroactividad de la ley, mientras que las referencias a la democracia son breves:³¹

Así, el modelo de la democracia representativa está basado en la designación de los representantes a través de elecciones libres y periódicas, por medio de

²⁷ Niembro Ortega, Roberto, “John Hart Ely in the Mexican Supreme Court”, en prensa.

²⁸ Domingo, Pilar, “Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 32, núm. 3, octubre de 2000. Véase Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de México*, México, El Colegio de México, 2019, p. 142.

²⁹ Zaldívar, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y retos”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 423; Magaloni, Beatriz, “Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico”, en Ginsburg, Tom y Moustafa, Tamir (eds.), *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, “The Transformations of the Role of the Mexican Supreme Court”, en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saul (eds.), *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2016.

³⁰ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011; Pou Giménez, Francisca, “The Constitution of Mexico”, en Hübner Mendes, Conrado y Gargarella, Roberto (eds.), *The Oxford Handbook of Latin American Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, en prensa.

³¹ SCJN, acción de inconstitucionalidad 112/2019 y sus acumuladas, p. 172.

las cuales se ejerce la soberanía. Ese modelo no exigía el control judicial de las cuestiones político-electorales y, por ende, tampoco la aplicación coactiva de los límites constitucionales y legales por esa vía en la resolución de los conflictos surgidos en ese ámbito.

En cambio, la democracia constitucional, propia del Estado de derecho, también parte del principio de representación popular, *pero establece límites infranqueables para las mayorías y para los titulares de los órganos públicos, como son los derechos humanos y las reglas constitucionales en que se fundamenta el proceso electoral* y, además, sujeta las cuestiones político-electorales al control jurídico en sede jurisdiccional.

Como se desprende de la transcripción anterior, la Suprema Corte se guía por una concepción sustantiva de la democracia que impone límites infranqueables a las mayorías que le corresponde garantizar. En el caso *Bonilla*, la discusión sobre las concepciones de la democracia habría permitido identificar esta decisión como una sentencia mayoritaria que defiende la participación democrática y no como una sentencia contramayoritaria que “establece límites infranqueables para las mayorías”. En efecto, una de las instancias por excelencia de la participación popular es el voto que se ejerce después de un largo periodo de contienda, que permite a los ciudadanos conocer y debatir sobre los programas de los partidos políticos bajo ciertas reglas establecidas con anterioridad.³² Así, lo que hizo la Suprema Corte fue defender la decisión de la mayoría de los ciudadanos que el 2 de junio de 2019 votó por elegir al gobernador por un periodo de dos años, frente a la mayoría de representantes populares que decidieron, sin legitimidad democrática para ese propósito, ampliar el plazo de su mandato a cinco años.

Asimismo, la decisión de garantizar que el desempeño del mandato fuera solo por dos años, como lo habían consentido los electores el día de la elección, protegió la legitimidad del sistema democrático en su conjunto, que asegura constitucionalmente a quienes perdieron en la elección de 2019 la posibilidad de que el día de mañana puedan convertirse en mayoría.³³ En efecto, de haberse validado la prórroga del mandato hecha por los repre-

³² Como señala Nino, el procedimiento democrático no es una actividad espontánea, sino un producto de reglas. Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, España, Gedisa, 2003, p. 273. Por su parte, Stephen Holmes señala que no hay una decisión colectiva fuera de los procedimientos e instituciones previamente establecidos. Holmes, Stephen, *Passions & Constraint On the theory of liberal democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, p. 9.

³³ Saffon, Maria Paula y Urbinati, Nadia, *op. cit.*, p. 16.

sentantes, se habría puesto en jaque a la democracia, que exige contar con elecciones periódicas en las fechas establecidas.³⁴

De hecho, las violaciones a los derechos de participación de votar y ser votados que la Suprema Corte considera fundadas se entienden mejor desde una concepción procedimental y participativa de la democracia, a la que refiere sucintamente en la sentencia.³⁵ Por ello, la distinción de la Corte entre democracia representativa y democracia constitucional no resulta del todo satisfactoria. Desde otro punto de vista, el énfasis se hubiera puesto en la primacía que tiene la participación frente a la representación, cuando se trata de los límites temporales consentidos por el electorado. Por esta razón son fundamentales las teorías del proceso político que obligan a los jueces a abordar con profundidad las implicaciones democráticas de sus decisiones y rehuir la incomodidad que genera la democracia al análisis legal.³⁶

Finalmente, hay otro aspecto democrático relevante de la sentencia del caso *Bonilla*. Previo a la ampliación del periodo de la gubernatura por el órgano reformador de la Constitución de Baja California, la decisión se sometió a la votación de una pretendida consulta popular sin seguir las reglas previstas para tal efecto. El resultado de la consulta fue a favor de la ampliación; sin embargo, fue una decisión que, además de no seguir las reglas establecidas para que se llevara a cabo, no derivó de un procedimiento previo de deliberación robusta por parte de la ciudadanía. En otras palabras, en este supuesto, la consulta popular fue una medida que buscó una legitimación instantánea basada en opiniones ciudadanas no deliberadas,³⁷ a diferencia del proceso electoral que durante meses involucró a los ciudadanos en la disputa de distintos programas de gobierno. De hecho, no hay que perder de vista que el plazo de dos años previsto en el artículo octavo transitorio anterior a la reforma que fue declarada inconstitucional se había publicado el 17 de octubre de 2014, ajustándose a la reforma del artículo

³⁴ Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015, p. 3.

³⁵ En la p. 202 de la acción de inconstitucionalidad 112/2019 y acumuladas dice: “El Tribunal Pleno consideró que la norma suprema ha optado por una democracia participativa, en igualdad y libertad. Es decir, por un gobierno de la mayoría limitado por la Constitución, lo que ha dado lugar a un modelo democrático participativo y constitucional, pero igualmente liberal y social”.

³⁶ Mangaberia Unger, Roberto, *What Should Legal Analysis Become?*, Gran Bretaña, Verso, 1996, p. 72.

³⁷ Kuo, Ming-Sung, “Against instantaneous democracy”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, núm. 2, abril de 2019, pp. 554-575.

116 de la Constitución federal de 10 de febrero de 2014, que prevé la obligación de los estados de hacer concurrir, por lo menos, una elección local con las elecciones federales. Es decir, el plazo previsto de dos años de la gubernatura bajo el cual se llevaron a cabo las elecciones fue establecido desde 2014, después de una reforma a la Constitución federal y una reforma a la Constitución local. Así, con su sentencia, la Corte no solo protegió una decisión mayoritaria, sino una elección hecha después de un proceso de deliberación de largo plazo.

IV. LA CONCEPCIÓN DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA Y LA JURISPRUDENCIA SOBRE VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Como vimos en el apartado anterior, en el caso *Bonilla*, la Suprema Corte se guía por una concepción sustantiva de la democracia para resolverlo, siendo que la más indicada era una visión procedimental y participativa. Ahora toca analizar los casos en los que la Corte utiliza una concepción deliberativa de la democracia. Así como en el segundo capítulo de este libro analicé cómo la Suprema Corte enriqueció la deliberación democrática en el caso *Marihuana*, ahora me detendré en analizar las contribuciones que puede hacer al procedimiento parlamentario.

Desde 2005, la Suprema Corte ha construido una jurisprudencia que garantiza la deliberación y el cumplimiento de las reglas procedimentales de los parlamentos respecto a la participación de minorías, trámites legislativos de carácter urgente y reglas de votación, entre otras.³⁸ Ha señalado que el propósito de esta jurisprudencia es garantizar la participación de las minorías en el procedimiento legislativo de forma que sus voces puedan ser escuchadas al momento de la toma de decisiones y que estas sean consideradas a través de un proceso deliberativo.

Algunos de los vicios que han llevado a la Corte a declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas son: la falta de conocimiento de las iniciativas legislativas previo al momento de la deliberación y votación, o la falta de justificación de la urgencia de los trámites parlamentarios que impiden a todas las fuerzas políticas participar en pie de igualdad en las

³⁸ Tesis P. XLIX/200, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 709.

discusiones;³⁹ la obstaculización a las fuerzas políticas para conocer el contenido y alcance de las iniciativas por saltarse su lectura sin justificación, o por no circularse oportunamente en los comités.⁴⁰ Otros casos conciernen al incumplimiento de las reglas de votación previstas en leyes orgánicas de los poderes legislativos, cuando se impide el respeto de los principios de publicidad y participación necesarios para crear, modificar o derogar la legislación, así como del principio de certeza jurídica ante las dudas generadas por las votaciones.⁴¹ Asimismo, la Corte ha considerado que se violan los principios de legalidad, seguridad jurídica y deliberación democrática en los casos en que los dictámenes de los comités no fueron distribuidos entre los representantes populares, se cambia el lugar de las sesiones o los votos no son correctamente contados, lo que impide que las minorías y mayorías se puedan expresar o defender sus posiciones.⁴²

De igual manera, la Corte ha señalado que la violación puede derivarse tanto de los preceptos constitucionales como de las leyes o reglamentos que regulan el procedimiento legislativo, siempre y cuando estas impliquen la violación de un principio constitucional, y ha compatibilizado la economía en el procedimiento y los medios de sanación de los vicios, pues no todas las violaciones conllevan necesariamente la inconstitucionalidad, sino depende de la trascendencia que puede tener en la norma, etc. Así, ha argumentado que se tiene que compatibilizar la economía procesal con la equidad en la deliberación parlamentaria. De acuerdo con el principio de economía procesal, las normas no se deben invalidar por una violación procedimental cuando no sea tan grave como para modificar la voluntad de la legislatura. Por su parte, según el principio de equidad, los vicios procedimentales no deben ser considerados irrelevantes.⁴³

Esta jurisprudencia y su aplicación a lo largo de 15 años solo puede entenderse a la luz de la concepción deliberativa de la democracia, que atribuye a la justicia constitucional la facultad de contribuir y garantizar la deliberación parlamentaria. A continuación, explico a detalle en qué pueden consistir este tipo de contribuciones.

³⁹ SCJN, acción de inconstitucionalidad 52/2006 y sus acumuladas 53/2006 y 54/2006, resuelta el 4 de enero de 2007.

⁴⁰ SCJN, acción de inconstitucionalidad 107/2008 y sus acumuladas 108/2008 y 109/2008, resuelta el 20 de noviembre de 2008.

⁴¹ SCJN, acción de inconstitucionalidad 19/2010, resuelta el 25 de octubre 2010.

⁴² SCJN, acción de inconstitucionalidad 53/2015 y sus acumuladas 57/2015, 59/2015, 61/2015, 62/2015 y 63/2015, resuelta el 5 de octubre de 2015.

⁴³ *Idem*.

A. *Hacer que legislen*

Pudiera parecer que esta es una cuestión obvia, pues una de las funciones principales de los parlamentos es legislar; sin embargo, esto no siempre sucede así. Como sabemos, un buen número de leyes son elaboradas por funcionarios de la Administración que no son elegidos ni sujetos a un proceso de reelección, y solo son controlados eventualmente por funcionarios que sí lo son. De hecho, en tiempos recientes, Philip Pettit ha abogado por la despolitización de la democracia mediante la conformación de comisiones de expertos que eviten que las decisiones parlamentarias sean guiadas por pasiones populares, cuestiones de moralidad o intereses de fracciones, con el fin de blindar la deliberación y que las decisiones sean tomadas por razones compartidas.⁴⁴

En México tenemos un buen ejemplo de ello: el Consejo Rector del Pacto por México. El Pacto por México fue una agenda política que se fijaron las tres principales fuerzas políticas del país al inicio del sexenio del presidente Enrique Peña Nieto —recalco: las tres principales, mas no todas las fuerzas representadas en el Congreso—. Por su parte, el Consejo Rector era un grupo de parlamentarios, representantes de los partidos y del Gobierno que redactaron distintas iniciativas de ley que finalmente fueron aprobadas sin mayor discusión por el Congreso.

Es decir, el Consejo sirvió para vaciar de sentido la función que tiene un Parlamento en una democracia, pues aun cuando pudiera aceptarse que las propuestas legislativas se hubiesen originado en el Consejo, es ineludible que sean discutidas por los representantes populares.⁴⁵ Efectivamente, el Parlamento debe ser un espacio en el que todas las fuerzas políticas que han sido electas por los ciudadanos⁴⁶ —y no solo unas cuantas— puedan deliberar siguiendo ciertas pautas y decidir a través de la regla de la mayoría sobre la forma más adecuada de cumplir con los principios y reglas establecidos en la Constitución. Ahora bien, la diferencia con el Consejo Rector es que en el Congreso solo participan aquellos que fueron electos y funcionan de acuerdo con normas establecidas para el procedimiento de discusión y votación, en el que las minorías pueden hacer valer su punto de vista, aun

⁴⁴ Pettit, Philip, “Depoliticizing Democracy”, *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 54 y 59.

⁴⁵ Véase Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 191.

⁴⁶ Que sean las personas electas las que legislen refleja nuestro compromiso democrático. Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, en Bauman, Richard W. y Kahana, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, p. 25.

cuando su voz no sea la que al final obtenga el mayor número de votos. En efecto, el número de parlamentarios, el sistema de mayorías y representación proporcional, las reglas del debate, etc., tienen como fin que todos los diferentes intereses que existen en una sociedad plural —por una cuestión de respeto y con el objetivo de obtener mejores resultados— se vean plenamente representados; es decir, tengan voz y voto, y sean directamente confrontados.⁴⁷ Además, se trata de discusiones que son públicas, lo que permite al ciudadano conocer la posición de cada uno de los partidos y así tener mayor información a la hora de emitir su voto en la próxima elección. Desde este punto de vista, el establecimiento y cumplimiento de las reglas procedimentales no es una cuestión baladí.⁴⁸

Así, los procedimientos parlamentarios previstos constitucional y legalmente pretenden garantizar el carácter democrático de las decisiones adoptadas, por lo que su cumplimiento es una condición necesaria para su validez jurídica. Ciertamente, los votos deben expresarse después del cumplimiento de los procedimientos previstos en la Constitución, en las leyes y en los reglamentos respectivos.

De hecho, se dispuso que la soberanía fuera ejercida regularmente por nuestros representantes, también previmos procedimientos constitucionales y legales para que la representación popular pudiera tomar decisiones. En un país regido por los desacuerdos profundos sobre la mejor forma de convivir, estos procedimientos constituyen la única forma legítima de tomar decisiones para seguir adelante a pesar de nuestros desacuerdos. Esos procedimientos tienen como fin que las decisiones sean tomadas de forma más reflexiva, en los que se puedan manifestar todos los intereses afectados y todas las voces puedan ser escuchadas.⁴⁹

En otras palabras, para la validez constitucional de la aprobación de leyes o reformas constitucionales no basta con la aprobación mayoritaria de la decisión, sino que es necesario el cumplimiento de los procedimientos de participación y deliberación previstos para ello. La deliberación en sede parlamentaria es tan significativa que hay quienes dicen que el poder legislativo es el poder deliberante.⁵⁰ No podemos olvidar que los procedimientos parlamentarios tienen como fin institucionalizar ese punto de encuentro

⁴⁷ Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, *cit.*, p. 26; “Legislating with integrity”, *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003, p. 383.

⁴⁸ Waldron, Jeremy “Principles of legislation”, *cit.*, p. 18.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁰ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Granada, Comares, 2003, p. 514.

para el debate, como condición de una práctica política democrática que permita a los individuos identificarse con ella. Imponer decisiones a través de negociaciones cerradas a la ciudadanía e ignorando las voces disidentes implica romper con esa finalidad y con la legitimidad que se espera tenga un sistema democrático. Más aún, empuja a la crispación e impide el entendimiento entre ciudadanos que tienen que convivir todos los días.

Sin duda, el cumplimiento de los procesos deliberativos previstos en la Constitución tiene como objeto garantizar que: 1) se puedan escuchar a todas las voces y se tengan en cuenta todos los intereses afectados; 2) la ciudadanía conozca las razones por las cuales se tomó la decisión y, por tanto, pueda adherirse y eventualmente ejercer su derecho al voto de manera libre e informada; 3) los representantes cumplan con su papel como agentes que sirven para procesar y tramitar de manera detenida y transparente la información, y 4) las minorías parlamentarias puedan hacer valer sus intereses, puntos de vista y objeciones.

Si estos postulados significan algo, entonces las decisiones deben tomarse atendiendo a los intereses y preferencias de los gobernados a través de los procedimientos establecidos para tal efecto. Esto tiene aún mayor calado en cuanto a reformas constitucionales se refiere, pues el establecimiento de procedimientos más exigentes para la reforma de la Constitución, comparados con los necesarios para la aprobación de leyes ordinarias, tiene como fin asegurar una expresión de la voluntad popular más integral y deliberada.⁵¹ Solo en la medida del cumplimiento de los procedimientos establecidos es que los representantes populares pueden ejercer la soberanía de la que somos titulares.

En esta tesitura, el juez constitucional debe garantizar una deliberación parlamentaria efectiva, representativa y democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad.

B. *Garantizar una deliberación parlamentaria efectiva, representativa y democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad*

a) *Deliberación efectiva*

Como hemos dicho, el sistema representativo puede servir como un instrumento para filtrar, refinar y mediar el proceso de formación de la vo-

⁵¹ Requejo, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 49.

luntad política, aliviando los problemas de inmediatez en la toma de decisiones. Además, puede valer para despersonalizar los reclamos y opiniones, permitiendo la mezcla y asociación de los ciudadanos. Sin embargo, esto no puede lograrse si los procedimientos no son cumplidos y la representación es ejercida solamente como un mecanismo de decisión, en el que la mayoría gana y las minorías parlamentarias, así como la ciudadanía en general, se ve privada de su derecho a participar y deliberar. Por ello es que los representantes deben cumplir con los procedimientos y entablar un diálogo continuo con la ciudadanía.

En esta tesitura, la primera tarea de los jueces es verificar que haya existido una efectiva deliberación parlamentaria,⁵² por cuanto esta puede ayudar a tomar decisiones imparciales, pues sirve para comprender de qué modo otras personas evalúan ciertas opciones; obliga a una persona a modificar su argumento a fin de volverlo aceptable para otras; sirve para la educación de la gente, y ayuda a cada participante a clarificar y purificar su propia posición, descubriendo los errores fácticos y lógicos de su razonamiento.⁵³

De hecho, cuando los procedimientos se convierten en una mera fachada y a través del control de las cúpulas partidarias se vacían de contenido, se configura un fraude a la Constitución. En efecto, para que una reforma legal o constitucional sea democrática —y, por tanto, constitucional—, no basta con que se reúnan los números de votos necesarios para la aprobación de las reformas, sino que es necesaria la discusión. Decisión y discusión que deben ser públicas,⁵⁴ salvo circunstancias excepcionales.

b) Deliberación representativa y democrática

En teoría, que el debate parlamentario sea representativo se logra a través de la elección de representantes que provean un espectro lo más amplio posible de perspectivas de interpretación expectables, incluyendo la comprensión que de sí y del mundo tienen los grupos marginales.⁵⁵

⁵² Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 40.

⁵³ Gargarella, Roberto, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en Elser, John (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 323-325 y 334.

⁵⁴ Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, *cit.*, p. 22.

⁵⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2008, p. 251.

Ahora bien, una cosa es que la mayoría de voces cuenten con representantes y otra es que estos actúen siendo sensibles con los intereses que dicen representar. Esto es, que los representantes sirvan para comunicar al cuerpo legislativo y deliberar sobre los intereses de quienes los eligieron.⁵⁶ En teoría, el voto y la celebración de elecciones recurrentes son medios para lograr que la deliberación sea efectivamente representativa; sin embargo, muchas veces estos mecanismos no son suficientes.

Así, puede suceder que, aun cuando teóricamente ciertos intereses tengan representantes en el Congreso, estos no sean representados. De hecho, los parlamentos tienden cada vez más a comportarse solo como un poder del Estado —que gobierna—, olvidando su función representativa.⁵⁷ Esto puede deberse, por ejemplo, al control que los partidos políticos ejercen sobre los representantes.⁵⁸

Esta no es una coincidencia. El sistema representativo vigente en muchas democracias contemporáneas fue diseñado con el objetivo de separar a los representantes y a los representados, es decir, a la clase dirigente y a la ciudadanía, teniendo como consecuencia que los sistemas políticos sean más permeables a las influencias de los grupos de interés que a la voluntad de las mayorías.⁵⁹

⁵⁶ Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, *cit.*, p. 28. Esta afirmación tiene varias complicaciones. La primera es que, en algunos casos, los representados no tienen ningún interés o conocimiento del tema. Fenichel Pitkin, Hanna, *The Concept of Representation*, California, University of California Press, 1967, p. 163. En segundo término, la pregunta es si los intereses de quienes los eligieron son objetivos o se refieren a las opiniones de la gente. *Ibidem*, p. 197. Tercero ¿los parlamentarios deben ser sensibles a los intereses de quienes los eligieron o una vez electos deben velar por el interés de la nación? Vega, Pedro de, “Significado de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, marzo-abril de 1985, p. 29. Cuarto, cómo ser sensibles a la opinión pública si está en constante conformación y cambio. Post, Robert, “First Lecture: A short history of representation and discursive democracy”, *Citizens divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 2014, p. 35-37. Finalmente, está la dificultad estructural de que los grupos sociales suelen estar conformados por minorías diferentes que no tienen posiciones uniformes. Gargarella, Roberto, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, *cit.*, p. 335.

⁵⁷ Garrorena, Ángel, *Representación política y constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 49 y 95. Como explica García Roca siguiendo a Krielle, la representación es una adjudicación de *competencia* que se completa con una *responsabilidad* que tiene el representante de actuar en interés de los representados. García Roca, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 55 y 56.

⁵⁸ Garrorena, Ángel, *op. cit.*, pp. 66-71. Sobre el mandato *de facto* que tienen los partidos sobre los representantes véase Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trad. de Thomas Burger, Massachusetts, MIT Press, p. 205.

⁵⁹ Gargarella, Roberto, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, núm. 2, 1995, p. 89.

Ahora bien, si el ideal es que los representantes permanezcan “permeables, sensibles y abiertos a incitaciones, a temas e intervenciones, a informaciones y razones que les afluyen de un espacio público que se estructura a su vez discursivamente”,⁶⁰ la justicia constitucional debe ser garante de los canales de comunicación entre representantes y representados, como: la libertad de expresión y el derecho a la protesta; la celebración de elecciones periódicas; un sistema de partidos que compiten con base en principios; la conformación de una opinión pública; así como de la efectividad de mecanismos de democracia directa como las iniciativas populares, los referendums y la revocación de mandato.⁶¹

Por otro lado, para que la representación sea democrática, no basta con que los representantes sean sensibles a los intereses de la ciudadanía y a la opinión pública, sino que las minorías parlamentarias puedan ser escuchadas y sus argumentos debatidos,⁶² es decir, se preste igual atención y respeto tanto a las minorías como a las mayorías,⁶³ lo que se traduce en respetar sus derechos al debate, a la información, a la investigación y a la inclusión de asuntos en el orden del día de las sesiones de la Cámara.⁶⁴

⁶⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., pp. 251 y 252. Aquí se defiende una concepción dependiente de la representación según la cual los intereses relevantes para el representante son dependientes de las preferencias de los representados discutidas en la esfera pública, por lo que los representantes deben ser sensibles a ellos. Cabe aclarar que la actividad representativa siempre necesita de un cierto margen de discrecionalidad o independencia para poder ser deliberativa. Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 223, 224 y 227. En mi opinión, la discusión radica en los mecanismos de comunicación que se establezcan entre representantes y representados.

⁶¹ Post, Robert, *op. cit.*, pp. 8, 13, 20, 21, 22 y 36. Sobre la libertad de expresión y las elecciones como canales de comunicación también véase Manin, Bernard, *op. cit.*, pp. 170 y 175.

⁶² Waldron, Jeremy, “Legislating with integrity”, cit., p. 383.

⁶³ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 125. En el mismo sentido, García Roca, quién además nos recuerda que una minoría son tanto los grupos como cada uno de los parlamentarios individualmente considerados. García Roca, Javier, *op. cit.*, p. 120 y 291. Para Ekkehart Stein, el problema constitucional más importante del Parlamento consiste en la protección de minorías. Ekkehart, Stein, *Derecho Político*, trad. de Fernando Sainz Moreno, Madrid, Aguilar, 1973, p. 53. En el mismo sentido, Torres Muro, Ignacio, “Actos internos de las cámaras y recurso de amparo. Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año IV, núm. 12, 1984, p. 167. También Requejo, Paloma, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

⁶⁴ Aragón Reyes, Manuel, “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, en Orozco Henríquez, J. Jesús (comp.), *Democracia y Representación en el umbral del Siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho*

c) *Deliberación pública*

Por su parte, el requisito constitucional de deliberación pública (la publicidad se traduce en permitir la asistencia de las personas y los medios de comunicación a las sesiones del pleno o de las comisiones, así como la publicación de los debates) es un elemento indispensable para que la ciudadanía pueda formar una opinión pública⁶⁵ y ejerza de manera libre e informada su derecho al voto, o sea, que los representantes puedan ser supervisados.⁶⁶ De hecho, una de las razones por las que se exige a los representantes deliberar en un foro público tiene como objetivo que los ciudadanos podamos conocer el proceso de deliberación y las razones por las cuales tomaron cierta decisión, con el fin de poder exigirles responsabilidad antes, durante y después de las elecciones;⁶⁷ ya sea porque no deliberaron, no tomaron en cuenta nuestros intereses, se basaron en intereses sectoriales, etcétera.

Así, la transparencia de las deliberaciones es un elemento indispensable para que pueda ejercerse el voto de manera libre e informada,⁶⁸ lo que no es cosa menor. No podemos olvidar que las elecciones solo pueden servir como mecanismo de comunicación con los representantes y de rendición de cuentas —entre otros— si los ciudadanos conocen las razones por las cuales sus representantes tomaron o dejaron de tomar una decisión. Cuando este tipo de control no puede hacerse valer porque los representantes deliberaron en la oscuridad o no dieron razones de sus decisiones es que los intereses sectoriales o de ciertos grupos pasan a ejercer una tremenda influencia en las políticas públicas, es decir, se dejan de lado las razones recíprocas y universales que pueden justificar la imposición de la fuerza en un sistema democrático.

Electoral, México, IJJ-UNAM, 1999, pp. 21 y 22. También véase Torres Muro, Ignacio, “Los derechos de los parlamentarios”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 257-281.

⁶⁵ Manin, Bernard, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁶ De acuerdo con Habermas, el principio de supervisión del poder es una contribución del modelo liberal de la esfera pública. Habermas, Jürgen, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)”, en Gripsrud, Jostein *et al.* (eds.), *The Idea of Public Sphere*, Maryland, Lexington Book, 2010, p. 117.

⁶⁷ En el mismo sentido, Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, *cit.*, p. 22. También Hauriou, Maurice, *op. cit.*, p. 516; Vega, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, 1985, p. 49.

⁶⁸ Vega, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria...”, *cit.*, pp. 49 y 50.

d) Deliberación libre y en condiciones de igualdad

Asimismo, los tribunales pueden ayudar a garantizar que la deliberación parlamentaria sea libre y en condiciones de igualdad con el fin de dar un tratamiento racional a las cuestiones políticas.⁶⁹

Una discusión libre implica estar informado sobre lo que se va a debatir y significa que los miembros de la asamblea puedan renunciar a su cargo cuando así lo deseen,⁷⁰ así como poder hacer uso de la palabra, discutir y votar la determinación que les parezca más razonable; lo que se opone, por ejemplo, al mandato imperativo.⁷¹

La inexistencia de mandato imperativo no solo se refleja frente a los electores, sino también frente a los partidos políticos y los grupos parlamentarios, pues una cosa es que los partidos políticos presenten una candidatura y otra muy distinta que los representantes representen a los partidos políticos; o que sea conveniente por razones prácticas tener órganos directivos y estructurar el Parlamento en torno a grupos antes que a individuos, a que eso se traduzca en vaciar de contenido el libre mandato parlamentario.⁷²

Ahora bien, la garantía judicial del libre ejercicio del cargo parlamentario frente a los partidos políticos es una tarea delicada, en la medida en que estos también pueden servir como canal de comunicación entre representantes y representados, si es que incentivan al parlamentario individual a orientarse por los programas de campaña.⁷³ De hecho, esa fue una de las funciones de los partidos en sus inicios.⁷⁴ El problema aparece cuando los partidos se convierten en asociaciones enfocadas en mantener el poder y a

⁶⁹ Es que, como dice Habermas, la dominación política debe su fuerza legitimadora a un procedimiento democrático que tiene como fin garantizar un tratamiento racional de las cuestiones políticas. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., p. 238.

⁷⁰ García Roca, Javier, *op. cit.*, p. 121.

⁷¹ Hauriou, Maurice, *op. cit.*, pp. 516 y 517. En el mismo sentido, García Roca, Javier, *op. cit.*, p. 123. También Biglino, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 82 y 83. Sobre las instrucciones y la prohibición de mandato imperativo véase Manin, Bernard, *op. cit.*, pp. 163-167.

⁷² García Roca, Javier, *op. cit.*, pp. 64, 123, 253 y 254. Sobre el papel de los grupos parlamentarios véase García-Escudero Márquez, Piedad, “El parlamentario individual en un Parlamento de grupos: la participación en la función legislativa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 205-242.

⁷³ Se trata de orientarse por los programas, no de seguirlos a rajatabla, pues también eso sería contrario a la posibilidad de deliberar y de atender a las circunstancias particulares que se van presentando. Manin, Bernard, *op. cit.*, pp. 213 y 221.

⁷⁴ Vega, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, cit., pp. 35-37; Manin, Bernard, *op. cit.*, p. 196.

través de la disciplina partidaria someten al parlamentario individual a los designios del partido y no a los programas electorales.⁷⁵

Por su parte, el derecho del representante a ser tratado de manera igual deriva del derecho que tienen sus representados a ser tratados de esa forma.⁷⁶ La igualdad se debe reflejar tanto en la ley como en su aplicación y proyectarse sobre las relaciones entre mayorías y minorías, pudiendo implicar tanto deberes negativos como acciones positivas.⁷⁷

V. CONCLUSIÓN

La utilidad de conocer las concepciones de la democracia rebasa por mucho la objeción contramayoritaria que se ha hecho a la potestad del poder judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Como he buscado demostrar, algunos de los casos resueltos cotidianamente por la Suprema Corte se sustentan en una u otra concepción democrática, ya sea que se haga o no explícita en las sentencias. En mi opinión, es importante que los jueces debatan abiertamente sobre su concepción de la democracia, algo que es poco habitual. Esto es así por dos razones: por un lado, dado el enfoque prevaleciente de los jueces constitucionales de pensar todos los temas en términos de derechos individuales,⁷⁸ dejando de lado las implicaciones para el sistema democrático y, por el otro, un debate abierto nos permite saber qué entienden los jueces por democracia, dándole sentido a una de las funciones principales que se le ha atribuido a la justicia constitucional, como es su defensa.⁷⁹

⁷⁵ *Idem.* Sobre la disciplina partidaria véase también Post, Robert, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁶ Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, *cit.*, p. 30.

⁷⁷ García Roca, Javier, *op. cit.*, pp. 335, 343 y 345.

⁷⁸ Issacharoff, Samuel y Pildes, Richard H., *op. cit.*, p. 648.

⁷⁹ Barak, Aharon, *The judge in democracy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006.

CAPÍTULO CUARTO

LIBERTADES ECONÓMICAS Y METODOLOGÍAS DE ADJUDICACIÓN. LOS CASOS *UBER*

Desde las primeras horas del 3 de junio de 2019, miles de taxistas del Movimiento Nacional Taxista comenzaron a bloquear las principales avenidas y entradas a la Ciudad de México, argumentando que las autoridades imponen condiciones injustas y les discriminan. Más tarde durante ese día, los taxistas se reunieron en el Zócalo para protestar en contra de la reglamentación administrativa de aplicaciones como Uber o Cabify, al considerar que las autoridades privilegiaban esos servicios. Asimismo, los taxistas informaron a la jefa de gobierno de la Ciudad de México, Claudia Sheinbaum Pardo, que, de no alcanzarse un acuerdo con igualdad de oportunidades, seguirían las protestas.¹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ya se ha pronunciado en dos ocasiones en relación con la regulación de estas plataformas y es más que probable que lo tendrá que hacer en un futuro cercano otra vez.

El uso de plataformas tecnológicas como Uber presenta retos importantes al derecho constitucional relacionados con el derecho a la privacidad y el uso de datos personales de los usuarios, los derechos laborales de los conductores, el derecho como usuario a no ser discriminado en la prestación del servicio y la regulación del mercado. La Suprema Corte solo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la regulación del mercado prevista en la legislación de los estados de Yucatán y Colima.² Sus sentencias han sido consideradas importantes precedentes para América Latina.³

¹ Redacción *Animal Político*, “Taxistas comienzan a liberar vialidades principales; buscan ser atendidos en Segob”, <https://www.animalpolitico.com/2019/06/taxistas-manifestaciones-cierre-cdmx/>; Redacción *Aristegui Noticias*, “Taxistas provocan caos en la CDMX; protestan contra Uber, Didi y Cabify”, <https://aristeginoticias.com/0306/mexico/taxistas-provocan-caos-en-la-cdmx-protestan-contra-uber-didi-y-cabify/>; Redacción *El Universal*, “Taxistas se crucifican para protestar contra Uber y Cabify”, <https://www.eluniversal.com.mx/metropoli/cdmx/taxistas-se-crucifican-para-protestar-contra-uber-y-cabify>

² SCJN, acción de inconstitucionalidad 63/2016, 22 de mayo de 2017; acción de inconstitucionalidad 13/2017, 16 de octubre de 2018.

³ American Bar Association Section of Labor & Employment Law, *International Labor and Employment Law Committee Midyear Meeting*, 47, 2018.

Quiero enfatizar que las impugnaciones llegaron a la Corte a través de acciones de inconstitucionalidad, pues, de acuerdo con el artículo 105 de la Constitución, para la declaratoria de invalidez debe reunirse una mayoría calificada de ocho de los 11 ministros y ministras que integran el Pleno de la Suprema Corte. Por ejemplo, puede suceder que una mayoría simple de seis o siete ministros estimen que alguna disposición es inconstitucional, pero no puede declararse como tal al no conformarse la mayoría calificada. De hecho, este fue el caso de varias medidas impugnadas sobre la regulación del mercado de Uber. Es importante tener esto en cuenta, porque en el juicio de amparo basta con una mayoría simple de los ministros para declarar la inconstitucionalidad de la disposición en favor de los quejosos que lo presentan.

En las resoluciones de la Corte sobre la regulación del mercado de plataformas tecnológicas, una mayoría simple de los ministros consideró inconstitucionales medidas como un valor mínimo del automóvil, requisitos de aire acondicionado y sistemas de sonido, el requisito de la propiedad del vehículo y la posibilidad de pago únicamente mediante tarjetas de crédito. Estas medidas se estimaron violatorias de los derechos de acceso al mercado de los conductores, de la libertad de trabajo y de la libertad de comercio, es decir, violación a sus libertades económicas. Por otro lado, una mayoría calificada de los ministros consideró inconstitucionales medidas como el máximo de 4% para el servicio prestado mediante plataformas tecnológicas del total del servicio de transporte, el límite de una licencia por persona, la capacidad del vehículo de cinco a nueve pasajeros, el requisito de frenos ABS y de por lo menos cuatro puertas, de bolsas de aire, las dimensiones mínimas del vehículo y de ventanas eléctricas.

El propósito de este capítulo es reflexionar sobre las preguntas que la regulación del mercado de Uber presenta a la justicia constitucional, como un servicio que —algunos consideran— exige la flexibilización del mercado y la desregulación, por cuanto el consumidor puede velar por sus propios intereses, ya que las plataformas sirven para solucionar los problemas de coordinación y asimetrías de información que se presentan en la prestación del servicio de los taxis. Por ejemplo, de acuerdo con la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), las asimetrías de información en la prestación del servicio público de taxis que Uber solventa son: 1) que al momento de requerir el servicio, los usuarios no tienen información suficiente sobre aspectos importantes como la confiabilidad del conductor; 2) las condiciones de seguridad y de calidad del servicio; 3) el conocimiento de la ciudad, y 4) la predictibilidad del precio. Lo anterior puede resultar en

riesgos de seguridad para los usuarios y abusos por el prestador del servicio, por ejemplo, la utilización de vehículos en malas condiciones, la elección de rutas más largas o cargos excesivos. Adicionalmente, esta situación reduce los incentivos para que los proveedores mejoren la calidad del servicio, pues se benefician de la posición cautiva del usuario. Por otro lado, los problemas de coordinación consisten en que los pasajeros potenciales no saben exactamente dónde tomar el taxi, así como los conductores ignoran el lugar donde pueden recoger pasajeros, lo que puede generar una falta de oferta en lugares con una demanda alta y sobreoferta en lugares con baja demanda, además de implicar altos tiempos de espera y subutilización de vehículos.

Como veremos, algunas de las preguntas que se presentaron a la Suprema Corte también se han hecho en el derecho comparado. La primera es si Uber debe categorizarse como un servicio de transporte o de intermediación a través de plataformas tecnológicas. Al respecto, Uber ha buscado que el servicio sea clasificado como de intermediación, para evitar cualquier comparación con el servicio de taxis y evadir el reconocimiento de derechos laborales a los conductores. Asimismo, Uber se presenta como un intermediario para que la relación contractual sea vista como un acuerdo entre dos partes iguales —los consumidores y los conductores—, pero no como un pacto entre la empresa y los consumidores. En segundo lugar, estos casos requieren que la justicia constitucional defina si la cuestión planteada consiste en una restricción de las libertades fundamentales de los conductores o un conflicto de intereses entre los conductores, los conductores de taxis, los usuarios y la empresa. Uber ha buscado y logrado que la cuestión sea estudiada como un problema de restricción de derechos fundamentales de los conductores, específicamente sus derechos de acceso al mercado, libertad de trabajo y libertad de comercio. En tercer lugar, debe decidirse qué metodología emplear para analizar la constitucionalidad de la regulación. En el caso de la Suprema Corte, aun cuando la mayoría no utilizó el test de proporcionalidad, sí aplicó un test de razonabilidad.

Este capítulo está dividido en tres secciones. En la primera analizaré brevemente cómo la tecnología complica la categorización del servicio. En segundo lugar, estudiaré los problemas que derivan de encuadrar la cuestión como una restricción a los derechos fundamentales de los conductores y no como un conflicto de intereses. La implicación más importante de este encuadre es la prioridad normativa de los intereses de los conductores y las fuertes razones que se necesitan para su limitación; más aún, se genera la percepción de que se trata de un problema individual, esto es, la restricción de la libertad de cada conductor que quiere proveer ese servicio. En tercer

lugar, reflexionaré sobre las metodologías usadas por la mayoría y la minoría de los ministros de la Corte para analizar la constitucionalidad de la legislación cuestionada, ya que la mayoría utilizó el test de razonabilidad, mientras que algunos de los ministros utilizaron el test de proporcionalidad, siendo que ninguno de los dos métodos es óptimo. Es cierto que el test de proporcionalidad es más adecuado que el test de razonabilidad en este caso, ya que da espacio para el conflicto entre derechos,⁴ pero tiene el problema de darle una prioridad normativa a los intereses de los conductores. Para ejemplificar las fallas del test de proporcionalidad en este supuesto, compararé este asunto con el caso *Marihuana* que vimos en el capítulo segundo.

México, como otros países del Sur global, sigue el modelo global de los derechos constitucionales.⁵ Por esta razón, la Suprema Corte utiliza la gramática del Norte global,⁶ incluyendo las distintas metodologías para analizar la constitucionalidad de normas, como el test de razonabilidad importado de Estados Unidos y el test de proporcionalidad importado de Europa. La utilización de estos test determina las preguntas que hacemos y las posibles respuestas a esos interrogantes.⁷ Sin embargo, deberíamos estar más atentos sobre cómo y en qué casos debemos aplicar esas metodologías. De hecho, nuestra corta tradición de judicialización de derechos constitucionales nos da mayor margen al aplicar dichos test, si comparamos con lo que sucede en sus países de origen, en los que hay mayor reticencia a importar otras metodologías.

Finalmente, argumentaré que en esta nueva era de derechos de la Suprema Corte, debe explorar la posibilidad de aplicar diferentes metodologías dependiendo del derecho o el interés en juego.⁸ Al decidir qué metodología aplicar, la Corte debe tener en cuenta las restricciones de libertades y

⁴ Green, Jamal, “Foreword: Rights as trumps?”, *Harvard Law Review*, vol. 132, 2018, pp. 74 y 82.

⁵ Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 2-15. También véase Weinrib, Lorraine E., “Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism”, en Jackson, Vicki C. y Tushnet, Mark (eds.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Westport, Praeger, 2002, p. 15.

⁶ Green, Jamal, *op. cit.*, p. 33. También véase Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 169; Schlink, Bernhard, “Proportionality”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, p. 736.

⁷ Bonilla Maldonado, Daniel, “Toward a Constitutionalism of the Global South”, en Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

⁸ Green, Jamal, *op. cit.*, p. 69. También véase Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, *cit.*, p. 143.

el sistema autoritario que México padeció durante mucho tiempo y cuyas consecuencias culturales siguen vigentes, así como las profundas desigualdades sociales que existen en nuestro país.⁹ Asimismo, es necesario poner atención en los distintos orígenes que tienen las metodologías. Por ejemplo, el test de proporcionalidad “[...]” fue creado como parte de un proyecto para proteger las libertades individuales frente a la falta de texto legal para su protección, mientras que el *balancing* fue creado para el propósito contrario —limitar la sobreprotección (libertaria) de derechos por la Corte Suprema de Estados Unidos, basada en una lectura literal del texto constitucional [...]”.¹⁰ En mi opinión, en casos relacionados con derechos y libertades, una perspectiva maximizadora del test de proporcionalidad es la mejor, mientras que, tratándose de libertades económicas como las que se protegieron en el caso *Uber*, corresponde aplicar un *balancing* test formal de intereses.¹¹

I. CATEGORIZACIÓN COMO SERVICIO DE TRANSPORTE O COMO SERVICIO DE INTERMEDIACIÓN POR PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS

En los dos casos en los que la Corte ha resuelto sobre la constitucionalidad de la regulación de Uber, la compañía ha ganado la batalla legal. Ambos casos llegaron a la Corte a través de acciones de inconstitucionalidad presentadas por minorías parlamentarias, es decir, procesos concentrados y abstractos de control de constitucionalidad de normas generales.

Una de las primeras cuestiones que la Corte tuvo que resolver fue si Uber debía ser considerado un transporte de servicio o un transporte de intermediación mediante plataformas tecnológicas. De hecho, Uber se describe de la siguiente manera: “The Services comprise mobile applications and related services (each, an “Application”), which enable users to arrange and schedule transportation, logistics and/or delivery services and/

⁹ Niembro Ortega, Roberto, “Conceptualizing authoritarian constitutionalism”, *Verfassung und Recht in Übersee* VRÜ 49, 2016.

¹⁰ Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, “American Balancing and German Proportionality: The historical origins”, *International Journal Constitutional Law*, vol. 8, núm. 2, 2010, p. 266.

¹¹ Empleo “formal interests-based balancing” como una metodología que combina la idea del *balancing* formal de Kai Möller y el *balancing* equilibrado de intereses de Iddo Porat. Véase Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, cit., p. 139; Porat, Iddo, *From Interests-Based Balancing to Rights-Based Balancing: Two Models of Balancing in the Early Days of American Constitutional Balancing*, septiembre de 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012592; Aleinikoff, T. Alexander, “Constitutional law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987.

or to purchase certain goods, including with third party providers of such services and goods under agreement with Uber or certain of Uber's affiliates ("Third Party Providers")".¹²

Al respecto, la Suprema Corte clasificó el servicio de Uber como un servicio de transporte diferente al de taxis, por lo que el argumento de violación al principio de igualdad resultó infundado. Su categorización como servicio de transporte también fue relevante para determinar la competencia para legislar, pues la materia de transporte corresponde a las entidades federativas. En este mismo sentido, la Corte de Justicia de la Unión Europea clasificó a Uber como un servicio de transporte, lo que permitió que fuera regulado por los estados nacionales.¹³

Asimismo, aun cuando el servicio de Uber involucra a tres partes (la empresa, los conductores y los usuarios), la empresa busca no ser parte de la disputa y enfocarse en argumentar la violación de los derechos de los conductores, con el fin de proteger sus propios intereses. Esto no significa que los conductores se beneficien de la regulación, pues no son considerados trabajadores de Uber y, por tanto, no tienen derechos laborales, sino son considerados terceros proveedores de servicios. Esta es una lógica similar a los conflictos entre dos partes, como en el emblemático caso *Lochner vs. New York* (1905), en el que se argumentó que la legislación que imponía un límite de horas diarias y semanales que podían trabajar los pasteleros violaba la libertad de contratación. En *Lochner*, uno de los argumentos principales para declarar la inconstitucionalidad de la legislación fue que los pasteleros no eran el tipo de trabajadores que no podía negociar las horas de trabajo, ya que tienen la inteligencia y capacidad para hacer valer sus derechos y cuidar sus intereses sin necesidad de la protección del Estado. De igual manera, la contratación a través de plataformas tecnológicas le permite a Uber quedar fuera de la relación contractual y asemejarse a las típicas relaciones entre dos partes que contratan sus servicios en igualdad de condiciones, para que la regulación se enfoque en la relación entre los conductores y consumidores. Esto facilita que el principal argumento de inconstitucionalidad sea la violación de los derechos de los conductores. Así, se argumenta que una mejor protección de sus derechos se logra a través del libre mercado y no por medio de la intervención estatal. En otras palabras, al enfocarse en los conductores y consumidores se aparenta que hay una relación contractual

¹² Legal U.S. Terms of Use. Effective December 13, 2017, <https://www.uber.com/legal/terms/us/>

¹³ *Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain*, Caso C-434/15, Tribunal de Justicia (Gran Sala) [GSTJ] [Grand Chamber of the Justice Tribunal], 20 de diciembre de 2017.

con igual poder de negociación, pues los conductores y consumidores están en una relación de libre mercado.

II. LA CLASIFICACIÓN LEGAL DE LA DISPUTA. DERECHOS VS. INTERESES

Una de las estrategias que utiliza Uber para beneficiarse es el encuadre que se hace del fenómeno que debe regularse.¹⁴ Como dije, Uber no presenta la acción como una empresa directamente afectada, sino que una minoría legislativa fue la que presentó el asunto argumentado que se violaban los derechos de los conductores. De esta manera, Uber logró que se estudiara como un tema de limitación de derechos de los conductores, siendo que en realidad se trata de un conflicto de intereses entre la empresa, sus conductores, los conductores de taxi y los consumidores. Como Stuart Scheingold llama la atención, hay una cierta dignidad en hacer valer un derecho porque se hacen prevalecer símbolos de legitimidad que trascienden sus problemas personales. En este sentido, una vez que se reclama un derecho, la maximización de la libertad individual toma prioridad.¹⁵

De esta manera, dado que el asunto fue presentado como una restricción de libertades de los conductores de Uber, la Corte se planteó el problema como una posible violación de sus derechos. Una de las consecuencias de considerar el conflicto como una violación de libertades es que el análisis se hace desde una perspectiva individual, la de la persona titular del derecho,¹⁶ en este caso, los derechos de los conductores de Uber. Así, la Corte consideró que la legislación violaba las libertades de acceso al mercado, de trabajo y de comercio de los conductores, mismas que fueron conceptualizadas como libertades fundamentales que tienen prioridad normativa frente a otros intereses, esto es, que necesitan de razones fuertes para ser limitadas, las que deben ser analizadas por la Corte.¹⁷ La categorización como libertades fundamentales tiene, en parte, una base en el texto de la Constitución, pues el

¹⁴ Zwick, Austin, “Welcome to the Gig Economy: neoliberal industrial relations and the cases of Uber”, *GeoJournal Springer*, vol. 83, 2017.

¹⁵ Scheingold, Stuart A., *The politics of Rights*, Michigan, University of Michigan Press, 2004.

¹⁶ Urbina, Francisco, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 24.

¹⁷ Julian Rivers lo llama “state-limiting” como alternativa al de proporcionalidad. Véase Rivers, Julian, “Proportionality and variable intensity of review”, *Cambridge Law Journal*, núm. 1, 12 de marzo de 2006, p. 176.

artículo 5 establece la libertad de trabajo y de comercio;¹⁸ sin embargo, es más debatible si el artículo 28 de la Constitución establece un derecho fundamental de acceso al mercado:

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

¹⁸ Art. 5. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123. En cuanto a los servicios públicos, solo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que esta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio. El contrato de trabajo solo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles. La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, solo obligará a este a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

Al respecto, es interesante notar la evolución de la jurisprudencia de la Corte. En primer término, el acceso al mercado fue considerado como una libertad para tomar parte en cualquier actividad económica, la que solo podía ser limitada por el interés colectivo o de terceros;¹⁹ sin embargo, en una jurisprudencia más reciente, el acceso al mercado ha sido considerado un interés constitucional, pero no una libertad fundamental. Entenderlo como un interés y no como un derecho implica que debe ser balanceado con los intereses de los consumidores.²⁰

En este sentido, estimar a la libertad de mercado como una libertad fundamental fue una decisión valorativa de los jueces constitucionales, pues el texto puede ser interpretado de maneras distintas. Considerarla una libertad fundamental conlleva la utilización de un test de razonabilidad o proporcionalidad, este último un test más estricto de revisión constitucional.²¹ Así, esta conceptualización como libertades fundamentales refleja una valoración social de los jueces²² y una orientación hacia la desregulación.²³ De hecho, en la acción de inconstitucionalidad 13/2017 se dijo que “[...] las restricciones deben fundarse en las características propias del servicio y no relacionarse con los demás tipos o variedades de prestación de servicio de transporte, ya que de este modo se generaría una regulación con un alto potencial de establecer barreras a la entrada o de distorsionar los elementos del mercado, como lo son la oferta y la demanda, afectando la competitividad de los distintos tipos de servicio [...]”.

Puede argumentarse que, de acuerdo con algunos precedentes de la Suprema Corte, la participación en el mercado es una libertad fundamen-

¹⁹ SCJN, Pleno, “CACAO, OPERACIONES DE COMRAVENTA DE PRIMERA MANO DE. EL IMPUESTO CREADO POR LA LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 1963, VIOLA LOS ARTÍCULOS 4o. Y 28 CONSTITUCIONALES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, vol. 35 (primera parte), noviembre de 1971, p. 19.

²⁰ SCJN, Pleno, “PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN ESTA MATERIA POR EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Tesis: 2a./J. 9/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 39, t. I, febrero de 2017, p. 398.

²¹ Stone Sweet, Alec, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 75, 2008, p. 78. También véase Mathews, Jud y Stone Sweet, Alec, “All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing”, *Emory Law Journal*, vol. 60, núm. 4, 2011, p. 800.

²² Barak, Aharon, *Proportionality Constitutional Rights and its limitations*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, p. 359.

²³ Véase Choudry, Sujit, “The Lochner era and comparative constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 1, 2004, p. 12. También véase Tushnet, Mark, “The globalization of constitutional law a weakly neo-liberal project”, *Global Constitutionalism*, vol. 8, núm. 1, 2019, p. 35.

tal, por lo que siguió sus precedentes y no tenía razones para separarse de ellos. Ahora bien, también existe la posibilidad de seguir considerando el acceso al mercado como una libertad fundamental, pero sin darle prioridad normativa, por lo que no sería necesario dar fuertes razones para su limitación.²⁴

III. LA METODOLOGÍA ES SUBSTANCIA. RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD O *BALANCING*

Como he mencionado, en los dos casos *Uber*, la Suprema Corte utilizó un test de razonabilidad para resolver. Este consiste en identificar un fin legítimo de la medida y una relación racional entre la medida y el fin buscado, similar a los dos primeros pasos del test de proporcionalidad.²⁵ En la acción de inconstitucionalidad 63/2016, la Corte estableció que un motivo legítimo es garantizar la seguridad de los pasajeros y los conductores. Ahora bien, en la acción de inconstitucionalidad 13/2017 aceptó más fines como legítimos, como compatibilizar con el servicio de taxi, la compensación de externalidades, la protección del medioambiente, el mejoramiento de la calidad de vida y la garantía de acceso al mercado.²⁶ Por esa razón, consideró inconstitucional cualquier medida que no persiga uno de esos fines legítimos. Además, en los dos casos *Uber*, la mayoría de los ministros aplicó un test de razonabilidad, mientras que algunos de los ministros aplicaron un test de proporcionalidad. Quienes utilizaron el segundo concluyeron que más medidas previstas en la regulación eran inconstitucionales, lo que resulta lógico, pues este último es un test más estricto.²⁷

En México, como en muchos otros países de América Latina, la metodología para analizar la constitucionalidad de las restricciones de derechos fundamentales es el test de proporcionalidad. Como David Beatty señala, “En todas las áreas de la regulación, no importa la naturaleza del derecho o de la libertad que se alegue violada, y sin importar las características perso-

²⁴ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 16-42. También véase Vries, Sybre A., “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, p. 177.

²⁵ Véase Young, Katharine, “Proportionality, Reasonableness, and Economic Social Rights”, en Tushnet, Mark y Jackson, Vicki (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 252.

²⁶ SCJN, acción de inconstitucionalidad 13/2017.

²⁷ Rivers, Julian, *op. cit.*, p. 202.

nales de quien presenta el caso, el test siempre es el mismo.”²⁸ El test de proporcionalidad tiene cuatro pasos y fue incorporado a nuestra jurisprudencia a través del estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán y, particularmente, por el libro de Robert Alexy.²⁹ Desde sus orígenes, el test de proporcionalidad fue pensado para maximizar las libertades individuales, sobre todo las libertades políticas y económicas.³⁰ Además de los dos test referidos, en México no hemos considerado la aplicación de otros test dependiendo el derecho en disputa, ni la de un *balancing* de interés en el cual las libertades económicas no tendrían una prioridad normativa.³¹

Lo que analizamos a través del test de proporcionalidad es si la regulación legislativa, la determinación administrativa o judicial, o la actuación de los particulares sobre esos derechos subjetivos, libertades, etc., se justifican a la luz de los fines, la relación medio-fin y el balance entre principios. Además, a través del test de proporcionalidad podemos evaluar si se justifican las condiciones que se imponen al titular del derecho, libertad, etc., para que este se cumpla; por ejemplo, si el titular debe o puede exigir, facilitar, hacer posible o colaborar con el sujeto pasivo para que ese derecho, libertad, etc., se cumpla.³² Ahora bien, para llevar a cabo dicho análisis, el test de proporcionalidad verifica lo siguiente:

1. El para qué de la restricción a un derecho fundamental o afectación de un principio, es decir, el fin que se busca proteger, cuya definición puede estar dentro del ámbito de discrecionalidad de la autoridad o mandado o excluido por la Constitución.³³ Ese fin puede ser un bien colectivo u otro derecho fundamental.
2. El cómo de la restricción: ¿hay una relación (idónea) entre el medio y el fin (2.1) y los medios son los menos lesivos para el derecho fun-

²⁸ Beatty, David M., *op. cit.*, p. 161.

²⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2008.

³⁰ Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, *op. cit.*, pp. 272 y 274.

³¹ Porat, Iddo, *op. cit.*

³² Sobre esas condiciones y su carácter deóntico también llama la atención Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos, Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez*, núm. 4, 1986-1987, p. 36.

³³ Alexy habla del margen de acción estructural para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de intervención que deja abiertas las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que se produzca la intervención legislativa, sino que solo permite que esto suceda en caso de que concurren dichas razones. Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XXII, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 23.

damental afectado siendo igualmente efectivos (necesidad) (2.2)? El grado de idoneidad entre el medio y el fin admite distintos niveles, cuya exigencia dependerá del escrutinio que se aplique.³⁴ Por ejemplo, se puede utilizar la idoneidad como un criterio negativo para excluir los medios que no son idóneos, o como un criterio para exigir el medio más idóneo.³⁵

3. ¿La intensidad de la restricción de un derecho fundamental o de afectación a un principio³⁶ se justifica a la luz de la importancia³⁷ y satisfacción del fin buscado y otros principios en juego?³⁸

En la literatura especializada suele afirmarse que el punto de partida del test de proporcionalidad es la existencia de una pretensión protegida por un derecho fundamental *prima facie*, por lo que tiene cierta prioridad, y las razones para negarla deben tener una fuerza especial.³⁹

³⁴ *Ibidem*, p. 25. Para Alexy, el margen para la elección de medios no origina demasiados problemas cuando los diversos medios son igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen un significado destacable. Esto no ocurre, sin embargo, cuando los diversos medios fomentan el fin en diferente medida o cuando no es seguro en qué medida lo hacen; o cuando los diversos medios comportan negativamente una medida distinta en relación con otros fines o principios, o cuando no es seguro en qué medida lo hacen.

³⁵ *Ibidem*, pp. 28 y 29. De acuerdo con Alexy, al legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo.

³⁶ *Ibidem*, p. 33. Alexy habla de afectación leve, intermedia y grave, que siempre son concretas.

³⁷ *Ibidem*, p. 38. La importancia de los principios puede ser abstracta, aunque se termina definiendo en los casos concretos. De acuerdo con Alexy, los elementos del caso concreto que resultan esenciales para la decisión son la medida examinada y las consecuencias que su ejecución y no ejecución tienen para los principios implicados.

³⁸ Se podría decir que las preguntas que plantea el test de proporcionalidad buscan sacar a la luz errores de la deliberación como: a) se tomen decisiones sin comprender cabalmente las alternativas y consecuencias; b) se tengan visiones incompletas de las opciones que tiene la institución, o c) solo se tomen en cuenta las necesidades e intereses de una fracción de la comunidad. Eskridge, William N. y Ferejohn, John, "Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1227. En palabras de Pettit, el control judicial es un mecanismo de réplica que nos permite evitar falsos positivos, es decir, la identificación errónea de políticas que son en beneficio de intereses de fracciones; mientras que las instituciones parlamentarias son las indicadas para evitar falsos negativos, es decir, fallas en percibir opciones públicas. Pettit, Philip, "Depoliticizing Democracy", *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 60-63.

³⁹ A este modelo Tremblay lo denomina modelo de prioridad de derechos, que contrapone al modelo de optimización. Tremblay, Luc B., "An egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 4, 2014, p. 866.

Así, por cuanto la aplicación del test exige la posible violación a un derecho *prima facie*, esto provoca la inflación de los derechos, lo que conlleva que todos los problemas legales, por triviales que sean, se planteen en términos de derechos y libertades.⁴⁰ Es lo que —según Kai Möller— ha pasado en Alemania, en donde, a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cualquier tipo de interés alegado puede encuadrarse dentro de un derecho fundamental.⁴¹

Si esto es así, es decir, que todo tipo de pretensión esté protegida en principio por algún derecho fundamental —pues, en última instancia, si no se puede enmarcar en un derecho específico está el libre desarrollo de la personalidad—, resulta que la pretendida contribución de la justicia constitucional de poner en el centro de la discusión a “los derechos fundamentales” no es tal, ya que solo cambia de nombre a los conflictos. En otras palabras, lo que afuera de los tribunales es un conflicto sobre un interés x, una vez que se presenta en una demanda judicial y se encuadrada en un derecho fundamental *prima facie* lo que sucedió fue un cambio de *nomen iuris*, porque seguimos discutiendo sobre el mismo tipo de conflicto, pero con la peculiaridad de que para negar la pretensión —en tanto enmarcada *prima facie* en un derecho fundamental— exigimos, según la visión tradicional, razones especiales.

El test de proporcionalidad ha sido utilizado por la Suprema Corte para analizar temas de igualdad, libertad y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Asimismo, como hemos visto en este capítulo, lo utiliza para estudiar restricciones al acceso al mercado previsto en el artículo 28 de la Constitución, al considerarlo como una libertad fundamental. Por regla general en la jurisprudencia de la Corte, los cuatro pasos son estudiados de manera secuencial y de manera excluyente, es decir, una vez que uno de los pasos no se supera no se continúa con el siguiente. Esta forma de aplicar el test no es necesaria, pues, como señala una de las expertas en el test de proporcionalidad, los pasos pueden estudiarse en un orden distinto o como un estudio global.⁴²

Cabe aclarar que no en todas las concepciones los derechos tienen cierta prioridad especial sobre otros intereses. Véase Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, pp. 16-42.

⁴⁰ Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 155.

⁴¹ *Ibidem*, p. 159.

⁴² Clérico, Laura, *Proportionality and balancing*, en Hübner Mendes, Conrado y Gargarella, Roberto (eds.), *Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, en prensa.

Como mencioné, desde su incorporación en la jurisprudencia mexicana, el test de proporcionalidad ha servido como metodología estándar para analizar cualquier tipo de limitación a derechos y, además, se han desarrollado dos niveles de escrutinio, el ordinario y el estricto, este último para casos en los que se estudia la clasificación basada en categorías sospechosas previstas en el artículo 1 constitucional, libertad de expresión en materia política, o cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental.⁴³ Sin embargo, no ha sido cuestionado si el test de proporcionalidad deba ser aplicado para estudiar la limitación de cualquier tipo de derecho⁴⁴ o si los pasos pueden aplicarse en un orden distinto.

Como vimos en el capítulo segundo, en el caso *Marihuana*, la Corte aplicó una aproximación maximalista e individualista del test de proporcionalidad. Consideró correctamente que la libertad individual tenía una prioridad normativa frente a otros intereses, por lo que debían darse razones fuertes para su limitación. En mi opinión, esta aproximación fue la correcta, al tratarse de un asunto que protegió la autonomía individual, la que durante años fue severamente restringida por el Estado y la cultura autoritaria. Sin embargo, la pregunta es si, tratándose de libertades económicas, debe aplicarse esta misma aproximación del test de proporcionalidad, dada la enorme desigualdad política, social y económica que existe entre los ciudadanos, que demanda la intervención del Estado para compensar la situación.

En mi opinión, ni el test de razonabilidad ni el de proporcionalidad son adecuados para analizar la constitucionalidad de medidas legislativas que supuestamente violan las libertades de mercado, de comercio y de trabajo

⁴³ Tesis 1a. CII/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2012, p. 964; Tesis 1a. CCX/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2015, p. 585; Tesis 1a. CI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre 2012, p. 958; P./J. 28/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, 2011, p. 5; Tesis 1a. CII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, enero de 2010, p. 185; Tesis 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, septiembre de 2004, p. 175; Tesis 1a. C/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, noviembre de 2013, p. 523; Tesis 1a. XCV/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, mayo 2012, p. 1112; Tesis 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183; Tesis 1a. XCIX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, marzo de 2014, p. 524; Tesis P. VII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, marzo de 2014, p. 24; Tesis 1a. XLIII/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, febrero de 2014, p. 644.

⁴⁴ Vicki Jackson lo propone para el derecho constitucional de Estados Unidos. Véase Jackson, Vicki, "Constitutional Law in an Age of Proportionality", *Yale Law Journal*, vol. 124, núm. 8, 2015.

de los conductores. Por un lado, aun cuando se pueda considerar al test de razonabilidad más deferente frente al legislador que el test de proporcionalidad —pues solo analiza el fin legítimo y la relación de medio a fin—, tiene la deficiencia de no incluir una ponderación entre los intereses en conflicto de los taxistas, los consumidores, los conductores de Uber y la empresa. Esta es una metodología formal que no considera los diferentes intereses en conflicto ni la realidad social.

Más aún, la aplicación de un test de razonabilidad no es necesariamente deferente frente al legislador. Todo depende de qué tan flexible sea la Suprema Corte al permitir diferentes fines para la legislación. Como mencioné, la Corte considera inconstitucionales varias medidas aplicando el test de razonabilidad, pues no tenían un fin legítimo. Por su parte, si bien el test de proporcionalidad da espacio para los intereses en conflicto, lo hace de manera abstracta, cuestionándose la compatibilidad de la norma con la Constitución, por lo que el estudio se limita al análisis de los antecedentes legislativos sin tener en cuenta los hechos de la realidad,⁴⁵ por ejemplo, el número de accidentes en taxis u otros servicios de transporte. En mi opinión, es necesario tener en cuenta este tipo de hechos para llevar a cabo un *balancing* de los requisitos impuestos por la legislación; sin embargo, en el test de proporcionalidad esta ponderación solo se lleva a cabo hasta el cuarto paso, al que no se llega, dado que la inconstitucionalidad se fundamentó en la ausencia de un fin legítimo de las medidas o en la falta de idoneidad de la relación medio-fin.

En efecto, el test de proporcionalidad implica un tercer paso de necesidad excesivamente demandante, similar al escrutinio estricto de la jurisprudencia estadounidense, que exige una “adecuación estrecha”.⁴⁶ Al aplicar este análisis, las medidas tienen una alta posibilidad de ser declaradas inconstitucionales, sin necesidad de tener en cuenta el conflicto de intereses de los taxistas, los consumidores, los conductores de Uber y la empresa, pues la ponderación o *balancing* no se lleva a cabo, ya que el cuarto paso del test de proporcionalidad no se alcanza a realizar. Efectivamente, de acuerdo con la teoría económica que sostienen las sentencias, es evidente que la desregulación es la medida menos restrictiva e igualmente efectiva. Esto es así porque el paso respecto de la necesidad de la medida está enfocado en analizar su eficiencia,⁴⁷ y es un ejercicio valorativo hecho desde la perspec-

⁴⁵ Green, Jamal, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁶ Mathews, Jud y Stone Sweet, Alec, *op. cit.*, p. 1295.

⁴⁷ Rivers, Julian, *op. cit.*, pp. 190 y 200. También véase Barak, Aharon, *op. cit.*, p. 320.

tiva de la persona que sufre la interferencia,⁴⁸ en este caso, los conductores de Uber.

Un argumento a favor de aplicar un test de proporcionalidad en los casos *Uber*, incluyendo el paso de necesidad, puede ser “[...] que la razonabilidad de la política solo puede ser evaluada comparándola con todas las otras políticas posibles. En particular, no puede ser evaluada comparándola únicamente con la política alternativa consistente en la no interferencia”;⁴⁹ sin embargo, nada nos asegura que así se haga al aplicarse el test de proporcionalidad.

En otras palabras, es cierto que en el test de proporcionalidad se hace una ponderación en el cuarto paso del test, conocido como test de proporcionalidad en sentido estricto; empero, este *balancing* solo se lleva a cabo si es que se superan los tres primeros pasos del test que, no obstante, resultan ser los más exigentes, particularmente el de la necesidad. De esta manera, la libertad de mercado sin restricciones tiene a su favor la protección constitucional, pues, de acuerdo con una ideología de desregulación, es la medida menos restrictiva y más efectiva para la protección del acceso al mercado.

Además, como expuse al tratar el caso *Marihuana*, la Corte adopta una perspectiva maximalista del test de proporcionalidad. Lo que la distingue es que “[...] las limitaciones de derechos humanos deben justificarse con beneficios para otros intereses, principios o valores. La pregunta es si los beneficios son suficientes para compensar por las pérdidas del lado del derecho afectado por la medida”. Como señala Urbina, esta perspectiva es pertinente cuando es un derecho lo que se quiere maximizar.⁵⁰ En otras palabras, tratándose de conflictos de intereses entre varios afectados, como sucede en los casos *Uber*, resulta más conveniente analizarlos a través de una ponderación en el que ninguno de ellos tiene una prioridad normativa frente a los otros.

Por ejemplo, en el caso *Marihuana*, que involucra la autonomía individual, es pertinente utilizar un test de proporcionalidad en el que se adopta la perspectiva del agente cuya autonomía está siendo limitada.⁵¹ Ahora bien, alguien podría argumentar que la mejor metodología para analizar la limitación de libertades económicas es un test de proporcionalidad que maximice el acceso al mercado. Sin embargo, el inconveniente es que aplica

⁴⁸ Schlink, Bernhard, *op. cit.*, p. 724.

⁴⁹ Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, *cit.*, p. 196.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 104 y 105.

⁵¹ Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, *cit.*, p. 137. También véase Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, *op. cit.*, p. 272.

una perspectiva individualista orientada únicamente a los intereses de los conductores. De esta manera, lo que se logra es enfocarse únicamente en tales intereses, buscando su maximización.

Por su parte, en el *balancing* formal de intereses, “[...] ninguno de los dos (o más) intereses en conflicto tienen una prioridad incondicional, hay un compromiso entre los dos intereses y es posible decir que la forma correcta de resolver el conflicto es a través de una ponderación”.⁵² Así, las libertades económicas son solo intereses que deben ser ponderados con otros intereses.⁵³

En otras palabras, la aplicación de un *balancing* de intereses sin necesidad de llevar a cabo los tres primeros pasos del test de proporcionalidad sobre el fin legítimo, la relación de medio a fin y medidas menos restrictivas permiten a la Corte ponderar el peso que debe darse al acceso al mercado frente a los derechos de los consumidores y los intereses de los taxistas.⁵⁴ En este sentido, no se utiliza una perspectiva individualista, conforme a la cual los únicos intereses que se deben maximizar son los de los conductores de Uber. Por el contrario, la aplicación directa del *balancing* exige una perspectiva holista que considere todos los intereses en conflicto, en el que ninguno tiene prioridad ante los demás. Adicionalmente, no habría necesidad de maximizar el acceso al mercado de los conductores; más bien, la Corte debe dar cabida a los intereses en conflicto.⁵⁵ Si tomamos en cuenta que en algunos de los precedentes de la Suprema Corte el acceso al mercado fue considerado como un medio para proteger los derechos de los consumidores, es posible que no se analice como una libertad fundamental, sino como un medio para la protección de otros intereses.

Es cierto que la aplicación de un test formal de *balancing* de intereses es muy similar al ejercicio que lleva a cabo el poder legislativo al determinar la ponderación entre los intereses en conflicto.⁵⁶ Más aún cuando la Corte lleva a cabo esa ponderación en abstracto, como en la acción de inconstitucionalidad, sin tener en su mesa un caso particular o la afectación de las partes. Por esta razón, debe haber una fuerte presunción a favor de la constitucionalidad de las normas,⁵⁷ en las cuales el poder legislativo refle-

⁵² Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, *cit.*, p. 139.

⁵³ Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, *op. cit.*, p. 275. También véase Porat, Iddo, *op. cit.*

⁵⁴ Schlink, Bernhard, *op. cit.*, p. 722.

⁵⁵ Esto es similar al *balancing* formal propuesto por Möller. Véase Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, *cit.*, p. 139.

⁵⁶ Vries, Sybre A., *op. cit.*, p. 186.

⁵⁷ Rivers, Julian, *op. cit.*, p. 200. También véase Schlink, Bernhard, *op. cit.*, p. 734.

ja el compromiso al que se llegó en la arena política entre los intereses en disputa.⁵⁸

En contra del *balancing* test se ha dicho que la decisión no es del todo transparente y que permite a los jueces imponer sus visiones sobre política pública.⁵⁹ Por el contrario, se ha dicho que el test de proporcionalidad es una metodología que organiza y transparenta la argumentación, por lo que sirve para disciplinar y racionalizar las decisiones judiciales,⁶⁰ pues los fines, los medios, la relación medio a fin, la fuerza de los principios y otras consideraciones particulares se especifican y evalúan.

Desde mi punto de vista, ninguna metodología impide que los jueces, al analizar la constitucionalidad de la regulación, introduzcan su propia visión sobre política pública y teoría económica;⁶¹ sin embargo, a través del *balancing* tienen que tener presente los derechos de los consumidores y de los taxistas. Por el contrario, al aplicar el test de proporcionalidad o razonabilidad se estudian en orden la finalidad, la relación de medio a fin, las medidas menos restrictivas y hasta el final la ponderación de intereses en juego. De esta manera, la teoría económica, que guía todo el test, no se transparenta hasta el último paso del análisis de constitucionalidad.⁶² En otras palabras, sería conveniente que en el caso de intereses económicos en conflicto se haga, en primer término, la ponderación de intereses, aplicando directamente el cuarto paso del test de proporcionalidad.

La propuesta que aquí se defiende, de utilizar el *balancing* formal de intereses en casos de libertades económicas, nos obliga a los abogados mexicanos a explorar y conocer otras metodologías utilizadas en el derecho comparado, pues es posible pensar en el uso de diferentes metodologías según el derecho de que se trate o de los conflictos de intereses presentes, particularmente si lo que está de por medio es un conflicto entre derechos y libertades económicas.

Argumentar a favor de la aplicación, en este tipo de casos, de un test de *balancing* de intereses conlleva aceptar que los jueces tienen un papel importante que jugar en el sistema constitucional mexicano. Asimismo, es

⁵⁸ Tushnet, Mark, “Making Easy Cases Harder”, en Tushnet, Mark y Jackson, Vicki (eds.), *op. cit.*, pp. 318 y 320.

⁵⁹ Aleinikoff, T. Alexander, *op. cit.*, pp. 984-995. Jackson, Vicki, *op. cit.*, pp. 31-42.

⁶⁰ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, p. 8. También véase Mathews, Jud y Stone Sweet, Alec, *op. cit.*, p. 807.

⁶¹ Tushnet, Mark, “Making Easy Cases Harder”, *cit.*, p. 303. También véase Schlink, Bernhard, *op. cit.*, p. 725.

⁶² Véase Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An assault on human rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009, p. 493.

reconocer que en algunas ocasiones lo que hacen —porque así se los manda la Constitución— es resolver disputas entre intereses ordinarios contrapuestos, más que interpretar derechos fundamentales. Es momento de considerar que no todos los intereses que se presentan ante la Corte a través del lenguaje de los derechos⁶³ deben tener la misma prioridad normativa y pensar cuáles son las metodologías más indicadas para resolver los diversos tipos de conflictos.

IV. CONCLUSIÓN

Como he reiterado, la Suprema Corte vive una época distinta en la cual los derechos humanos están entre las prioridades de su agenda. Por esta razón, es importante reflexionar sobre las metodologías de adjudicación de derechos que utiliza y cómo encuadra los intereses y los derechos en disputa. En esta tesitura, es indispensable que académicos y jueces conozcan la forma en que otros países han abordado la justiciabilidad de las libertades económicas, sin que necesariamente importemos sus soluciones concretas a nuestra doctrina. Finalmente, en el futuro cercano será interesante ver cómo sus resoluciones serán utilizadas políticamente por los taxistas y los prestadores de servicios como Uber.⁶⁴

⁶³ Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

⁶⁴ Scheingold, Stuart A., *op. cit.*, pp. 6 y 7.

CAPÍTULO QUINTO

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL: EL CASO DEL HOSPITAL GENERAL DE HUAJUAPAN DE LEÓN

El objetivo de este capítulo es comentar la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la controversia constitucional (CC) 38/2015, por medio de la cual se ordena al gobierno del estado de Oaxaca que en un plazo de 18 meses construya la ampliación del hospital del municipio de Huajuapán de León y dé inicio a la prestación del servicio. El municipio planteó ante la Suprema Corte la omisión por parte del estado de construir la ampliación del hospital general al que este se había comprometido mediante el mecanismo de coordinación desplegado con el municipio.

Si bien hay algunos otros casos recientes y relevantes resueltos por la Suprema Corte sobre derechos sociales como la educación,¹ el medioambiente,² el derecho a la salud,³ el derecho al trabajo,⁴ etc., que avizoran una agenda en la materia, esta controversia constitucional es un buen ejemplo de la creatividad pretoriana⁵ que busca proteger los derechos sociales. Además, es un caso muy útil para pensar en la trascendencia que tienen las obligaciones positivas del Estado de promover, proteger y garantizar los derechos sociales y no solo de respetarlos;⁶ la relación necesaria que existe entre la protección de los derechos humanos y el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles de gobierno prevista en el artículo 1, tercer párrafo, de la Constitución: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus com-

¹ SCJN, amparo en revisión 323/2014.

² SCJN, amparo en revisión 307/2016.

³ SCJN, amparo en revisión 378/2014.

⁴ SCJN, amparo directo 9/2018.

⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 46.

⁶ Young, Katherine G., *Constituting Economic and Social Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 100.

petencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, así como en la potencia- lidad y los desafíos de utilizar mecanismos procesales como las controversias constitucionales, diseñadas originalmente para defender la distribución de competencias, para la protección de nuestros derechos.

El capítulo está dividido en cinco apartados. En el primero hago un breve relato del caso. Después introduzco una de las corrientes del constitu- cionalismo que más ha enfatizado la garantía judicial de los derechos eco- nómicos y sociales, como es el constitucionalismo transformador. Desde mi punto de vista, la aproximación a la justiciabilidad de los derechos sociales se comprende mejor si se tiene en cuenta la filosofía constitucional que la defiende.⁷ Posteriormente, expondré cómo los derechos sociales son acordes con una visión del Estado que lo obliga a la provisión de servicios públicos y no solo a abstenerse de interferir en la esfera de libertad de las personas. De esta manera, hay una vinculación entre la protección y garantía de los derechos y las capacidades del Estado. En cuarto lugar, analizo la conve- niencia de utilizar la controversia constitucional para la garantía de estos derechos y sugiero algunas reformas legales indispensables para lograrlo. Si bien la CC 38/2015 es un buen ejemplo de la creatividad judicial para proteger por una vía indirecta los derechos sociales, ahora es necesario pen- sar cómo lograr que se cumplan las sentencias con efectos transformadores. Como argumentaré más adelante, las controversias constitucionales pueden ser instrumentos útiles para que las organizaciones de la sociedad civil a trav- és de los municipios, como los entes de gobierno más cercanos a la gente, puedan lograr la garantía de sus derechos sociales. Finalmente, daré una conclusión.

I. LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 38/2015

La controversia fue promovida por el municipio de Huajuapán de León en contra del poder ejecutivo del estado de Oaxaca y los poderes legislativo y ejecutivo federales. Las omisiones atribuidas a los poderes federales se con- sideraron inexistentes; sin embargo, las omisiones del poder ejecutivo del es- tado sí existieron y fueron consistentes en la omisión de coordinarse con el

⁷ Sobre cómo las concepciones constitucionales organizan nuestros entendimientos de diseños institucionales véase Weinrib, Lorraine E., “The postwar paradigm and American exceptionalism”, en Choudry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, p. 110.

Gobierno federal al no expedir las órdenes correspondientes, supervisar a sus subalternos y dictar las medidas necesarias para el inicio y conclusión de la obra de la ampliación del Hospital General de Huajuapán de León.

El municipio demostró su interés legítimo al ser parte del Sistema Estatal de Salud en el que participan tanto las autoridades federales como las estatales y municipales, pues todas deben coordinarse para proteger el derecho a la salud. Entre esas acciones de coordinación, el municipio donó una fracción de terreno a favor del organismo descentralizado del poder ejecutivo de Oaxaca denominado “Servicios de Salud de Oaxaca”, con la finalidad específica de construir un proyecto hospitalario. En virtud de que el estado no concluyó el trámite destinado a la obtención de los fondos para la construcción de la ampliación del Hospital General, la Suprema Corte declaró inconstitucional la omisión por violación al artículo 115, fracción III, de la Constitución.

Ante dicha omisión, la sentencia dictó algunos efectos novedosos para nuestro entorno: *i*) ordenó que el gobernador del estado de Oaxaca, en el plazo de 30 días hábiles siguientes a la notificación del fallo, informara sobre las acciones concretas que llevaría a cabo, tendentes al inicio de la construcción del hospital en el terreno donado por el municipio de Huajuapán de León; *ii*) con posterioridad a ello, debía informar periódicamente sobre el avance de la obra hasta su total conclusión e inicio de la prestación de los servicios, y *iii*) en un plazo máximo de 18 meses a partir de que fuera notificada la sentencia debía iniciar la prestación del servicio en el Hospital General de Huajuapán de León o, en su caso, elegir otra vía de financiamiento y demostrar avances significativos respecto de la solicitud de fondos económicos. Si seguimos la clasificación propuesta por Rodríguez Garavito, el efecto *iii*) es una orden o medida judicial fuerte que establece acciones concretas de resultado y fechas firmes, mientras que los efectos *i*) y *ii*) son medidas de seguimiento.⁸ En este caso no hay contenido del derecho a la salud o los derechos humanos, pues hasta ahora no son objeto de la controversia constitucional.

Infortunadamente, por las noticias que se pueden conocer en la prensa, al día de hoy el hospital no ha sido construido.⁹ En esta tesitura, la pregun-

⁸ Rodríguez Garavito, César, “El activísimo dialógico y el impacto sobre de los fallos sobre derechos sociales”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 232.

⁹ Gómez, Nathalie, “Vence plazo ordenado por Suprema Corte para construcción del Hospital de Huajuapán”, *Informativo. Periodismo que respeta tus derechos*, 21 de mayo de 2019, <https://informativo6y7.mx/vence-plazo-ordenado-por-suprema-corte-para-construccion-del-hospital-de-huajuapán/>; “Requiere la SCJN construir Hospital General de Huajuapán”, *El Imparcial. El*

ta es cómo generar los incentivos institucionales para que en el futuro estas sentencias que buscan transformar la realidad social se hagan efectivas.

II. EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Una de las corrientes del constitucionalismo que ha defendido la justiciabilidad de los derechos sociales es el constitucionalismo transformador. Esta concepción se preocupa en pensar cómo la justicia constitucional puede contribuir a hacer realidad los compromisos constitucionales de *cambio social* a través del derecho de manera pacífica, en una dirección democrática, participativa e igualitaria.¹⁰ La propuesta transformadora de la justicia constitucional no es una propuesta de restricción judicial, ni complementaria de otras teorías, y no busca limitar los alcances de la justicia constitucional en América Latina, sino ser una *guía* de acción para los tribunales constitucionales existentes en la región (con aspiración a la institucionalización, para que no quede en el mero voluntarismo).

Una concepción transformadora de la justicia constitucional conlleva retos importantes para los jueces. Desde esta visión, la justicia tiene entre sus cometidos combatir la profunda desigualdad social, política y económica de nuestras sociedades latinoamericanas. Una de las vías identificadas para lograr la transformación es la justiciabilidad de los derechos sociales,¹¹ para lo cual algunos autores se han inclinado por soluciones dialógicas mediante las cuales los jueces exigen el cumplimiento de estos derechos, pero la implementación y diseño de políticas públicas se llevan a cabo por los poderes políticos en colaboración con los afectados, con la supervisión y seguimiento de los tribunales.¹²

Como se sabe, la previsión de los derechos sociales en los textos constitucionales tiene entre sus primeras expresiones a la Constitución mexi-

mejor diario de Oaxaca, 30 de enero de 2020, <https://imparcialoaxaca.mx/los-municipios/401149/requiere-la-scjn-construir-hospital-general-de-huajuapán/>

¹⁰ Gargarella, Roberto, “The New Latin American Constitutionalism”, en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America. The emergence of a New Ius Commune*, Nueva York, Oxford University Press, 2017, p. 212.

¹¹ Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *op. cit.*

¹² Gargarella, Roberto, “Why do we care about dialogue”, en Young, Katherine G. (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019; Niembro Ortega, Roberto y Alterio, Ana Micaela, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso vacantes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 16, 2011.

cana de 1917¹³ y a la Constitución de Weimar de 1919, y es un rasgo que las distingue de la Constitución de Estados Unidos. De acuerdo con esta cosmovisión, el Estado necesita ser empoderado por la Constitución, y no solo limitado, para llevar a cabo los deberes positivos que estos derechos implican.

Ahora bien, una visión transformadora de la justicia, además de abogar por la justiciabilidad de los derechos sociales —con los límites inherentes que tiene la intervención judicial para cambiar la sociedad a través de sus sentencias—, plantea un reto más importante vinculado con las condiciones ideológicas o estructurales de nuestras democracias. Así, a un nivel más profundo, el desafío para la justicia es combatir la concepción neoliberal de los derechos humanos que se ha incorporado a través de los años en nuestro bagaje intelectual. Conforme a esta concepción, el derecho a la propiedad tiene primacía frente a los demás derechos, los derechos humanos son instrumentos para la protección de la libertad de mercado y los derechos sociales, en el mejor de los casos, son de segundo nivel o normas programáticas. Además, se teme y se combate la política de masas. Por el contrario, una visión igualitaria de los derechos defiende un Estado social redistributivo y la provisión estatal de las condiciones materiales necesarias para ejercer los derechos civiles y políticos, abogando por la politización de la sociedad y el autogobierno colectivo.¹⁴

Así, un modelo transformador de justicia constitucional, además de proteger los derechos sociales, debe dar especial protección al derecho a la protesta, a la libertad de expresión y de asociación, el derecho de huelga etc., indispensables para recuperar la politización de la sociedad, pues es a través de la movilización social —acompañada por la justicia constitucional— que se puede aspirar a que las promesas igualitarias de la Constitución se hagan realidad.¹⁵ De esta manera, tiene todo el sentido el énfasis

¹³ Grote, Rainer, “The Mexican Constitution of 1917. An early example of Radical Transformative Constitutionalism”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.*; Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution 100*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.

¹⁴ Whyte, Jessica, *The Morals of the Market*, Reino Unido, Verso, 2019, pp. 23, 28, 30 y 155.

¹⁵ Schor, Miguel, “Constitutionalism through the looking glass of Latin America”, *Texas International Law Journal*, vol. 41, 2006, pp. 7 y 35. Sandra Fredman hace referencia a la idea de Amartya Sen sobre la importancia de la libertad de expresión y el derecho a la protesta para conceptualizar y demandar la efectividad de los derechos sociales. Cfr. Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive rights and positive duties*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 140.

que autores como Gargarella han puesto en sus trabajos en el derecho a la protesta, como el primer derecho.¹⁶

Hay una razón adicional para que la justicia constitucional priorice la protección del derecho a la protesta y la libertad de expresión. Si el constitucionalismo transformador se caracteriza por tribunales activistas que protegen derechos sociales en busca de una sociedad igualitaria, su protección depende de la conformación que en un momento y lugar determinados tenga el tribunal. Es decir, el programa de cambio social que la Constitución prevé porque nosotros así lo quisimos, queda a merced de la buena voluntad de los jueces constitucionales. De ahí que los tribunales constitucionales no pueden limitarse —aunque no es poco— a garantizar los derechos sociales, sino que a la par deben darle sustento a una ciudadanía activa, requisito indispensable para un constitucionalismo igualitario.

En otras palabras, el papel transformador de la justicia constitucional no solo está en admitir y llevar a cabo la justiciabilidad de los derechos sociales como medios para garantizar las condiciones materiales mínimas que permiten a las personas ejercer sus libertades y derechos políticos. También está en fomentar un debate robusto y popular sobre los derechos, es decir, en garantizar uno de los principios fundamentales del proceso político.

III. LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO PARA PROTEGER LOS DERECHOS SOCIALES

Hace algunos años, la doctrina sobre derechos sociales argumentó convincentemente que, tratándose tanto de los derechos civiles y políticos como de los sociales, su protección impone al Estado el cumplimiento de un complejo de obligaciones positivas y negativas, derrotando los argumentos en contra de su justiciabilidad basados en la distinta “naturaleza” de los derechos.¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en la protección de la seguridad pública, la que requiere de instituciones policiales, de la formación y capacitación del personal, la provisión de uniformes, vehículos y armas, etc., o la organización de elecciones, que requiere de institutos electorales que las organicen, la necesidad de papeletas y urnas, etcétera.

Las obligaciones positivas del Estado se sustentan en la idea de que para ser libres no basta con que no haya interferencias en nuestra área protegida por los derechos humanos, sino también exige ser libres de la ne-

¹⁶ Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 20 y 193.

¹⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 25.

cesidad o el miedo. Esta idea de libertad demanda la protección y garantía por parte del Estado de los derechos sociales, es decir, de la provisión, mediante acciones positivas, de las condiciones materiales para ejercer la libertad.¹⁸

A partir de la reforma de 2011, el artículo 1 de la Constitución mexicana establece, por un lado, las obligaciones de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar, las que implican no interferir en las actividades resguardadas por los derechos humanos, de protegerlos frente a amenazas de terceros y tomar acciones positivas para garantizar los derechos. Por otro lado, establece una relación necesaria entre el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas las autoridades de los distintos niveles de gobierno y la protección y garantía de los derechos humanos. En su párrafo tercero señala: “[t]odas 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 México, la doctrina ha interpretado las obligaciones que tiene el Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Además, ha explicado los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.¹⁹ Sin embargo, no se ha enfatizado lo suficiente la relación que existe entre el deber que tienen todas las autoridades de ejercer las competencias que tienen atribuidas y la protección y garantía de los derechos. Esta idea se separa de la concepción tradicional del constitucionalismo como un conjunto de instrumentos preventivos o restrictivos (constitucionalismo negativo) y considera que la protección de los derechos humanos exige de las capacidades del Estado (constitucionalismo positivo). Así, mientras que para la visión del constitucionalismo negativo la división vertical y horizontal del poder son instrumentos que solo sirven de controles mutuos para proteger las libertades, para el constitucionalismo positivo, las constituciones no solo limitan, sino empoderan, facilitan y facultan a las instituciones del Estado para proteger los derechos humanos.²⁰

¹⁸ Fredman, Sandra, *op. cit.*, p. 54.

¹⁹ Véanse Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana” y Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, ambos en Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell Sánchez, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011.

²⁰ Holmes, Stephen, *Passions & Constraints On the theory of liberal democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, pp. 7, 8, 19 y 100; Barber, N. W., “Constitutionalism: Negative and Positive”, *Dublin University Law Journal*, vol. 38, núm. 2, 2015.

De esta manera, la visión de los derechos prevista en el artículo 1 constitucional exige tanto la acción como la no interferencia del Estado.²¹ Así, un Estado débil que no ejerce sus competencias²² puede ser tan perjudicial para los derechos como el Estado ilimitado temido por algunos liberales. De hecho, como lo muestra la CC 38/2015, las omisiones estatales son una de las principales amenazas para la garantía de los derechos sociales.

Ahora bien, reconocer y aceptar que un Estado fuerte con capacidades institucionales es indispensable para la protección y garantía de los derechos y acorde con el liberalismo no implica dar un paso atrás hacia el sistema autoritario posrevolucionario, en el que los derechos sociales previstos en los artículos 27 y 123 de la Constitución se convirtieron en instrumentos de poder extraordinarios para el presidente o “armas políticas en manos de los dirigentes del Estado”.²³

IV. LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES COMO PROCESOS EFECTIVOS PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una de las lecciones que la historia del constitucionalismo latinoamericano nos ha dado a lo largo de los años es que el incremento de derechos humanos en las constituciones no es una medida que mejore necesariamente el desempeño democrático. Por esta razón, Gargarella nos advierte sobre la necesidad de pensar también en reformas institucionales a la sala de máquinas de la Constitución, es decir, en cómo incorporar la voz de la sociedad civil en los órganos que toman las decisiones.²⁴ Solo de esta manera se podrán lograr cambios en la realidad.

En esta tesitura, la pregunta es si la controversia constitucional puede o no ser un proceso constitucional idóneo para la protección de los derechos y, si es así, cuáles reformas son necesarias para lograrlo. La CC 38/2015 es una buena invitación para reflexionar sobre este punto, pues sin abordar directamente la violación del derecho a la salud, sino la violación de competencias del municipio en materia de salud, ordena la construcción del Hospital General y la prestación del servicio en un plazo de 18 meses, es decir,

²¹ Fredman, Sandra, *op. cit.*, p. 85.

²² Holmes, Stephen, “What Russia teaches us now. How weak states threaten freedom”, *The American Prospect*, núm. 33, 1997.

²³ Córdova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Ediciones Era, 2018, pp. 21, 33 y 34.

²⁴ Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism...*, *cit.*

es una sentencia que indirectamente protege el derecho a la salud fijando acciones claras y plazos firmes, exigiendo informes periódicos de avances de la obra e inicio de la prestación de los servicios.²⁵ Lamentablemente, y como ya se había mencionado, hasta el día de hoy no se ha logrado el cumplimiento de la sentencia.

De esta manera, debemos preguntarnos: ¿la protección efectiva de los derechos humanos requiere que sean objeto de la controversia constitucional? ¿Qué tipo de órdenes de reparación son más efectivas? ¿Cómo lograr que las sentencias sí se cumplan?

En primer lugar, a diferencia del juicio de amparo, la controversia constitucional es una vía directa ante la Suprema Corte, por lo que los litigantes no tienen que recorrer todo el aparato judicial para obtener un pronunciamiento de este máximo Tribunal. Sin embargo, ni las personas ni las organizaciones sociales están legitimadas para interponerla, pues solo lo pueden hacer los municipios, las entidades federativas o alguno de sus poderes, la federación o alguno de sus poderes y los órganos constitucionales autónomos federales. Y es a partir de la reforma constitucional de 1995 al artículo 105 constitucional que se facultó al municipio para interponer la controversia constitucional en contra de otros municipios, los estados o la federación.²⁶

Comúnmente, las controversias constitucionales han sido consideradas como procesos constitucionales cuyo objeto es la resolución de los conflictos competenciales entre los distintos niveles de gobierno y entre los poderes del Estado.²⁷ Asimismo, la Suprema Corte ha determinado que por esta vía se pueden proteger, por ejemplo, garantías institucionales como la independencia judicial.²⁸ De esta manera, el objeto de protección de este medio de control constitucional no son los derechos humanos y, en caso de alegarse su violación, la controversia constitucional solo es procedente si, además de argumentarse vulneración a derechos, se hacen valer violaciones a la distribución de competencias prevista en la Constitución.²⁹

En este sentido, para que los derechos humanos sean objeto de controversia constitucional es necesaria una reforma constitucional que así lo

²⁵ Sobre este punto véase Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, p. 216.

²⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, “El municipio en las controversias constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 86, 1996, p. 447 y ss.

²⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 206.

²⁸ SCJN, Tesis 1a. CXVIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, lib. 4, marzo de 2014, t. I, p. 721.

²⁹ SCJN, Tesis P./J. 42/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Pleno, lib. 25, diciembre de 2015, t. I, p. 33.

prevea. En el proyecto de reforma judicial elaborado por el propio poder judicial federal y presentado como iniciativa por el presidente de la República se da un primer paso para hacer de la controversia constitucional un medio útil para la protección de derechos humanos. En la reforma se propone una modificación al artículo 105, fracción I, de la Constitución para introducir la posibilidad de que a través de la controversia constitucional se hagan valer violaciones a derechos humanos.³⁰ Esta reforma plantea un potencial transformador para las controversias constitucionales. Esto es así porque, aun cuando los derechos humanos pueden protegerse de manera indirecta en la controversia constitucional sin que sean objeto del proceso constitucional, como sucede en el régimen vigente —y un buen ejemplo es la CC 38/2015—, es importante que la disputa se defina y perciba como un problema de violación de derechos.³¹

Podría pensarse que no es necesario incluir a los derechos como objeto de protección de la controversia constitucional para no desvirtuar su naturaleza y dado que es suficiente que exista la posibilidad de impugnar omisiones en el ejercicio de las competencias, ordenándose como consecuencia una política pública. Sin embargo, este argumento pierde de vista que los derechos tienen su propio lenguaje³² y se interpretan con metodologías específicas, como el test de proporcionalidad o la ponderación, que existen tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos firmadas por México que son normas vinculantes, así como interpretaciones de órganos internacionales que sirven para dotarles de contenido. Así, de no incluirse a los derechos como objeto de protección de la controversia constitucional, no nos haríamos las preguntas que nos plantea el test de proporcionalidad u otras metodologías para analizar las limitaciones o conflictos de derechos, ni serían tomadas en cuenta las fuentes mencionadas.

Ahora bien, de aprobarse la reforma judicial e incluir a los derechos humanos como objeto de la controversia constitucional, la pregunta siguiente es cómo hacer que coincidan el interés de los municipios en proteger sus competencias ante actos u omisiones del Estado o de la federación con los intereses de las personas en combatir las afectaciones a sus derechos sociales

³⁰ Se agrega un último párrafo que dice: “En las controversias previstas en esta fracción únicamente podrán hacerse valer violaciones directas a esta Constitución, así como a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales en que el Estado Mexicano sea parte.”

³¹ Este es uno de los efectos simbólicos directos sobre los que llama la atención Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, p. 219.

³² Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

causadas por esas acciones u omisiones,³³ pues los municipios no tienen los incentivos para proteger esos derechos.

De acuerdo con el artículo 11 de la ley reglamentaria,³⁴ el actor comparecerá a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlo. De acuerdo con esta disposición, en el caso de los municipios, es en la legislación local donde se prevé quiénes son los funcionarios que tienen su representación. Comúnmente, estas son las leyes orgánicas municipales y es el síndico municipal quien tiene esa representación o, en su defecto, el presidente municipal.

Pues bien, una posibilidad para hacer coincidir los intereses de los municipios en proteger sus competencias con los intereses de las organizaciones sociales de proteger sus derechos es prever en las legislaciones locales los supuestos en que estas³⁵ puedan exigir al funcionario que representa al municipio la interposición de una controversia constitucional en contra de actos u omisiones que afectan las competencias del municipio y que, a su vez, constituyan una violación de los derechos humanos.³⁶ Se trata, en otras palabras, de conservar la interposición de las controversias constitucionales a través del funcionario, pero otorgar el derecho a los ciudadanos organizados para solicitar su promoción.³⁷

Es importante notar que dicha posibilidad no requiere de una reforma al artículo 105 de la Constitución, pues no se trata de cambiar los entes legitimados para interponer la controversia constitucional, sino de prever los supuestos en que las organizaciones sociales podrán exigir al funcionario facultado por la legislación local que interponga la controversia en repre-

³³ Chilton, Adam y Versteeg, Mila, *How Constitutional Rights Matter*, Nueva York, Oxford University Press, 2020, p. 30.

³⁴ Art. 11. El actor, el demandado y, en su caso, el tercero interesado deberán comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos. En todo caso, se presumirá que quien comparezca a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario.

³⁵ Sobre la trascendencia que tiene para su eficacia que sean las organizaciones sociales las que respalden los reclamos de derechos véase Chilton, Adam y Versteeg, Mila, *op. cit.*, p. 34.

³⁶ Este ejercicio participativo podría hacerse a través de una figura como el cabildo abierto. Sobre esta figura véase Cogollos Amaya, Silvia y Ramírez León, Jaime, “Perspectiva histórica del Cabildo Abierto. Una forma de participación ciudadana”, *Memoria & Sociedad*, vol. 18, núm. 16, 2004.

³⁷ Sobre los distintos modelos de legitimación activa y la posibilidad de que los ciudadanos exijan a los funcionarios la interposición de acciones véase Roa, Jorge, *El control constitucional deliberativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

sentación del municipio en defensa de sus competencias y de los derechos humanos afectados. Esta posibilidad tendría dos beneficios: por un lado, se abre una vía directa ante la Suprema Corte y más efectiva —por el alcance de los efectos de las sentencias— para la justiciabilidad de los derechos sociales. Por el otro, se lograría que en el seguimiento del cumplimiento de las sentencias se involucren las propias organizaciones sociales, quienes tienen un interés directo en que sí se cumplan,³⁸ independientemente de los cambios políticos en los gobiernos municipales o estatales.

Por una parte, la controversia constitucional no se enfrenta con el obstáculo —advertido por varios autores—³⁹ del principio de relatividad de las sentencias de amparo, que al ser interpretado de una manera formalista por los operadores jurídicos ha impedido que se otorgue protección alguna que beneficie a terceros ajenos al juicio, pues la controversia constitucional tiene un régimen legal distinto. Esto es así porque el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución faculta a la Suprema Corte para dotar a sus sentencias de los efectos necesarios que les den plena eficacia.⁴⁰ De hecho, la Corte ha interpretado que esta disposición le dota de amplias atribuciones para fijar los efectos de sus sentencias.

Por otro lado, aun cuando en la práctica jurisdiccional la Suprema Corte le ha dado un mayor alcance a sus sentencias dictadas en las controversias constitucionales, como lo ejemplifica la CC 38/2015, no basta con el dictado de sentencias transformadoras, sino que es necesario generar los incentivos necesarios para que se haga un seguimiento efectivo de su cumplimiento.

³⁸ Sobre la relevancia que tienen las coaliciones directamente interesadas en el cumplimiento véase el caso sobre alimentación de la Corte Suprema de India o el caso de medicinas contra la transmisión de madre a hijas de VIH de la Corte Constitucional de Sudáfrica. Young, Katherine G., *op. cit.*, pp. 205 y 278.

³⁹ Ortega Soriano, Ricardo Alberto, “Algunos problemas para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México: cuestiones persistentes y nuevas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017, pp. 415 y 439; González Piña, Alejandro, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017, pp. 465 y 475.

⁴⁰ Art. 41. Las sentencias deberán contener: [...] IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada.

En efecto, las sentencias que protegen y garantizan los derechos sociales deben ser entendidas como instrumentos que pueden ser útiles —y no como triunfos definitivos— para quienes llevaron esos reclamos ante los tribunales para hacer cambios en la política pública,⁴¹ pero que requieren de su implementación por los poderes políticos. Como se sabe, esta no es una tarea fácil. De hecho, el proceso subsecuente al dictado de la sentencia es tan relevante como el proceso jurisdiccional mismo en el que se dictó la resolución.⁴² Por estas razones, resulta fundamental el involucramiento de las organizaciones sociales en el momento de la implementación de las sentencias, pues de ellas depende en buena medida su efectividad.⁴³

En la literatura especializada hay un consenso en el sentido de que el cumplimiento de las sentencias requiere de control y monitoreo constante una vez dictada la sentencia.⁴⁴ Por ello es importante que las organizaciones que tienen un interés directo en su cumplimiento se involucren en dichas tareas. Ahora bien, para que estas organizaciones puedan utilizar las sentencias y logren cambios sociales, requieren de recursos económicos, soporte logístico y abogados capacitados. Además, estos recursos resultan necesarios para presionar por una agenda judicial sobre derechos que se sostenga en el tiempo.⁴⁵

Para la etapa de seguimiento del cumplimiento de las sentencias, una práctica que ha resultado útil en el derecho comparado son las audiencias públicas convocadas por la Corte Constitucional de Colombia, que permite a las organizaciones sociales participar en este proceso y debatir sobre las opciones.⁴⁶ De esa manera, el diseño y ejecución de la política pública se lleva a cabo junto con las principales interesadas, al mismo tiempo que se genera un apoyo social para el tribunal para el cumplimiento de su sentencia.⁴⁷

⁴¹ Scheingold, Stuart A., *The politics of Rights*, Michigan, University of Michigan Press, 2004, pp. 6 y 7; King, Jeff, *Judging social rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 18.

⁴² Langford, Malcolm; Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, “Introduction: From Jurisprudence to Compliance”, en Langford, Malcolm, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta (eds.), *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making it Stick*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 3 y 4.

⁴³ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁴ Scheingold, Stuart A., *op. cit.*, p. 120; Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁵ Epp, Charles R., *The Rights Revolution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, pp. 5, 9, 18, 69 y 89.

⁴⁶ Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, pp. 226 y 232.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 237.

V. CONCLUSIÓN

La justiciabilidad de los derechos sociales en México es una práctica reciente de la Suprema Corte, al igual que la de muchos otros derechos humanos. Algunos de los casos notables de esta tendencia es la CC 38/2015, por la creatividad judicial para lograr su justiciabilidad a través de un proceso constitucional destinado a la protección de competencias. Ahora bien, siendo que al día de hoy la sentencia dictada en la citada controversia no ha sido cumplida, probablemente por los cambios de gobierno en el municipio y en el estado de Oaxaca, es momento de pensar cómo asegurarnos de que las sentencias se cumplan y efectivamente transformen la realidad.

Un primer paso para hacer de la controversia constitucional un mecanismo útil para la protección de los derechos humanos es la propuesta de reforma al artículo 105, fracción I, de la Constitución, que incorpora la posibilidad de argumentar violaciones a derechos humanos de fuente nacional o internacional. Ahora bien, una vez incorporados los derechos como objeto de la controversia, es necesario generar los incentivos necesarios para que coincidan los intereses de los municipios de defender sus competencias con los de las personas en que se protejan y garanticen sus derechos. Por ello he sugerido la necesidad de reformas a las legislaciones locales que permitan a las organizaciones sociales exigir al funcionario que representa al municipio la interposición de una controversia constitucional, en los casos en que haya una afectación a sus competencias y a los derechos humanos. Esta posibilidad, además, permitirá el involucramiento de las organizaciones sociales en la etapa de ejecución de las sentencias, por lo que se podrá evitar que los cambios de partidos políticos en los gobiernos municipales y estatales dificulten su cumplimiento.

CONCLUSIONES

En este libro he abordado algunas categorías, conceptos y metodologías de la adjudicación que son clave para entender la jurisprudencia de la Suprema Corte de los últimos diez años. Lo hice a través del análisis teórico de algunas sentencias en las que ha interpretado la libertad, la igualdad, la autonomía individual, la democracia, las libertades económicas, los derechos sociales, y en las que ha desarrollado las metodologías de adjudicación de derechos, como el test de proporcionalidad. Mi propósito no fue hacer un análisis exhaustivo de todas las sentencias emblemáticas de la Corte de los últimos años, pues por mucho excedería el propósito de este trabajo. Lo que he buscado es explicar el lenguaje que la Corte de la Décima Época utiliza para resolver algunos de sus casos más importantes, con el fin de facilitar el acceso a la justicia.

A diferencia de otros países en los que el ejercicio del control constitucional en un sentido fuerte tiene una larga historia —piénsese en Estados Unidos, con más de 200 años, o en la India, con más de 60 años—, la Suprema Corte tiene una breve experiencia en la materia. En efecto, en 2020 la Corte cumplió 25 años de práctica del control judicial de constitucionalidad. Estos 25 años se han conformado por dos épocas distintas del *Semanario Judicial de la Federación*, la Novena y la Décima épocas. Como expliqué en la introducción, en buena parte de la Novena Época, la Corte estuvo concentrada sobre todo en la resolución de conflictos políticos entre los distintos niveles de gobierno y entre los poderes del Estado. En la Décima Época, la Corte dio un paso decisivo en la protección de los derechos humanos.

En el análisis del desempeño de la Suprema Corte en el ejercicio del control constitucional, el foro y académicos constitucionalistas se decantaron por una concepción sustantiva de la democracia de acuerdo con la cual la legitimidad de la Corte está basada en los resultados correctos de sus decisiones sobre derechos humanos, mas no en las contribuciones que puede hacer a la deliberación democrática o a la garantía de los procesos democráticos, como proponen otras teorías del proceso político.

En el primer capítulo resalté cómo en los casos en los que la Suprema Corte ha protegido los derechos de minorías sociales es posible vislum-

brar diferencias importantes en el discurso que utiliza para proteger sus derechos. Me referí al discurso y no a la argumentación porque entiendo a las sentencias como un discurso de poder, por lo que es importante pensar quién habla, qué es lo que dice, a quién se dirige y con qué propósito. Así, por ejemplo, en las sentencias en las que ha declarado la inconstitucionalidad de la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio se llega a la misma conclusión por dos vías argumentativas distintas. Por un lado, la visión liberal no comparativa encuadra la discusión como una restricción del libre desarrollo de la personalidad, sin hacer una comparación entre las parejas homosexuales y heterosexuales. Por el otro, una visión igualitaria comparativa considera que la violación principal es al derecho a la igualdad y hace un juicio de valor sobre las parejas comparadas. De acuerdo con esta última forma de aproximarse a la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio, la Suprema Corte se hace cargo del reclamo de reconocimiento de la comunidad homosexual.

Asimismo, en el segundo capítulo recapitulé cómo la Suprema Corte ha defendido una visión robusta de la autonomía individual, aunque no exenta de críticas, en contra del perfeccionismo moral y del paternalismo no justificado. Asimismo, enfatice cómo en el caso en el que declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del consumo lúdico de la marihuana propició un debate nacional sobre el tema, poniendo sobre la mesa el enfoque de derechos humanos, particularmente, la violación al libre desarrollo de la personalidad. Así lo hizo con base en pruebas científicas que se allegó por su propia cuenta. Es posible, como algunos críticos lo han hecho notar, que la Corte deba mejorar la forma en que se allega de pruebas científicas, pero no por ello la sentencia *Marihuana* deja de ser un paso fundamental en el desarrollo de nuestros derechos humanos.

De una forma más cauta, la Corte se ha acercado a las teorías de la democracia. Siguiendo la teoría sustantiva que guía su actuación desde 1995, ha resuelto casos sobre las condiciones y requisitos para la participación popular, sin que sea la forma más adecuada. Además, como mencioné, ha utilizado la concepción deliberativa de la democracia para resolver sobre la inconstitucionalidad de vicios en el procedimiento legislativo. Como argumenté en el tercer capítulo, en mi opinión, es un buen momento para acercarse a otras concepciones de la democracia, como la procedimental-participativa, que pueden servir para explicar y justificar mejor algunas de sus resoluciones.

La Suprema Corte también ha interpretado las libertades económicas, como la libertad de contratación, la libertad de trabajo y el acceso al mer-

cado. El avance de la tecnología y la creación de plataformas tecnológicas han obligado a los tribunales alrededor del mundo a resolver sobre la constitucionalidad de la regulación del mercado y la Suprema Corte no ha sido la excepción. Como expliqué en el cuarto capítulo, la Corte resolvió sobre la inconstitucionalidad de normas locales que regulaban la prestación de servicios de transporte como Uber. Estas sentencias nos llevan a reflexionar sobre la inconveniencia de utilizar las mismas metodologías de adjudicación tratándose de libertades económicas y de otro tipo de derechos, en específico el test de proporcionalidad, y en su lugar optar por una metodología como el *balancing* de intereses.

Finalmente, en el último capítulo abordé cómo la Suprema Corte ha dado los primeros pasos en la adjudicación de derechos sociales. Entre los obstáculos que se han encontrado para la protección y garantía de estos derechos está el diseño del juicio de amparo, pensado en el siglo XIX para la protección de derechos civiles y políticos. Los principios del juicio de amparo, además, han sido interpretados de manera formalista, impidiendo el otorgamiento de efectos que protegen a personas que no han sido parte del litigio. Por esta razón, es urgente idear otros mecanismos institucionales que permitan su justiciabilidad y dar la bienvenida a la creatividad pretoriana que, a través de otras vías, como la controversia constitucional, ha logrado su protección indirecta.

Sin ninguna duda, la Suprema Corte de 2021 no es la misma que la de 1995. Su argumentación, las categorías y los conceptos que utiliza se han sofisticado. Comprender y pensar sobre la jurisprudencia de estos años exige un estudio sólido de teoría constitucional y de derecho comparado. Solo así es que podremos avanzar en nuestra práctica jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, “La tesis de la única repuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 8, 1990.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ACKERMAN, Bruce, “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 4, 1985.
- ALEINIKOFF, T. Alexander, “Constitutional law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987.
- ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2008.
- ALEXY, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XXII, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002.
- ALEXY, Robert, “El derecho general de igualdad”, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993.
- ALTERIO, Ana Micaela, “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, en ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, IIJ-UNAM, 2017.
- ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO ORTEGA, Roberto, (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, IIJ-UNAM, 2017.
- ALTERIO, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Problema*, núm. 8, 2014.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF LABOR & EMPLOYMENT LAW, *International Labor and Employment Law Committee Midyear Meeting*, 47, 2018.
- ANTAKI, Mark, “The Rationalism of Proportionality’s Culture of Justification”, en HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W. y WEBBER, Grégoire (eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

- ARAGÓN REYES, Manuel, “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, en OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús (comp.), *Democracia y Representación en el umbral del Siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, México, IJJ-UNAM, 1999.
- ATIENZA, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos. Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez*, núm. 4, 1986-1987.
- BALKIN, Jack M. y SIEGEL, Reva B., “The American Civil Rights Tradition: Classification or Antisubordination”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, núm. 34.
- BARAK, Aharon, *Proportionality Constitutional Rights and its limitations*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012.
- BARAK, Aharon, *The judge in democracy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006.
- BARBER, N. W., “Constitutionalism: Negative and Positive”, *Dublin University Law Journal*, vol. 38, núm. 2, 2015.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-IJJ-UNAM, 2010.
- BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- BENHABIB, Seyla, “Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation”, en ROSENBLAUM, Nancy L. (ed.), *Liberalism and Moral Life*, Massachusetts, Harvard University Press, 1989.
- BENHABIB, Seyla, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, en CALHOUN, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Massachusetts, MIT Press, 1992.
- BENHABIB, Seyla, “Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation”, en ROSENBLAUM, Nancy L. (ed.), *Liberalism and Moral Life*, Massachusetts, Harvard University Press, 1989.
- BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, *Sobre la libertad*, trad. de Julio Bayón et al., Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- BEVENISTI, Eyal y DOWNS, George W., “Prospects for the Increased Independence of International Tribunals”, *German Law Journal*, vol. 12, núm. 5, 2011.

- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Nueva York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1962.
- BIGLINO, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, CEPC, 1991.
- BOGDANDY, Armin von, “El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisprudencial extraordinario”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 19, 2019.
- BOGDANDY, Armin von y VENZKE, Ingo, “On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking”, *German Law Journal*, vol. 12, núm. 5, 2011.
- BONILLA MALDONADO, Daniel, “Toward a Constitutionalism of the Global South”, en BONILLA MALDONADO, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BUSS, Sarah y WESTLUND, Andrea, “Personal Autonomy”, en ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto de 2012.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “El municipio en las controversias constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 86, 1996.
- CARPIZO, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 83, 1995.
- CASTAGNOLA, Andrea y LÓPEZ NORIEGA, Saúl, “Are Mexican Justices True arbiters among the political elites? An empirical analysis of the court’s rulings from 2000-2011”, en CASTAGNOLA, Andrea y LÓPEZ NORIEGA, Saúl (eds.), *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2016.
- CHILTON, Adam y VERSTEEG, Mila, *How Constitutional Rights Matter*, Nueva York, Oxford University Press, 2020.
- CHOUDRY, Sujit, “The Lochner era and comparative constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 1, 2004.
- CLÉRICO, Laura, *Proportionality and balancing*, en HÜBNER MENDES, Conrado y GARGARELLA, Roberto (eds.), *Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, en prensa.

- CLÉRICO, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en CLÉRICO, Laura (coord.), *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007.
- COGOLLOS AMAYA, Silvia y RAMÍREZ LEÓN, Jaime, “Perspectiva histórica del Cabildo Abierto. Una forma de participación ciudadana”, *Memoria & Sociedad*, vol. 18, núm. 16, 2004.
- COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, “American Balancing and German Proportionality: The historical origins”, *International Journal Constitutional Law*, vol. 8, núm. 2, 2010.
- CÓRDOVA, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Ediciones Era, 2018.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2003.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- DAVIS, Dennis M., “Transformation and the Democratic Case for Judicial Review: The South African Experience”, *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2007.
- DIJK, Teun Adrianus van, “Discourse and inequality”, *Lenguas Modernas*, núm. 21, 1994.
- DIXON, Rosalind, “Creating dialogue about socio-economic Rights: Strong v. Weak-form judicial review revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007.
- DOMINGO, Pilar, “Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 32, núm. 3, octubre de 2000.
- DWORKIN, Ronald, “Political equality”, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 4a. ed., 2002.
- DWORKIN, Ronald, “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, núm. 56, 1981.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.
- DYZENHAUS, David, “Proportionality and Deference in a Culture of Justification”, en HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W. y WEBBER, Grégoire

- (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- EKINS, Richard, “Legislating Proportionately”, en HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W. y WEBBER, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- EKKEHART, Stein, *Derecho Político*, trad. de Fernando Sainz Moreno, Madrid, Aguilar, 1973.
- ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- ELY, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- EPP, Charles R., *The Rights Revolution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- ESKRIDGE, William N. y FEREJOHN, John, “Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review”, *Texas Law Review*, vol. 87, 2009.
- FARINACCI-FERNÓS, Jorge M., “Post-Liberal Constitutionalism”, *Tulsa Law Review*, vol. 54, núm. 1, 2018.
- FENICHEL PITKIN, Hanna, *The Concept of Representation*, California, University of California Press, 1967.
- FERRAJOLI, Luigi, *La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, *Jurisdicción constitucional y democracia, Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional de España-CEPC, 2011.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.
- FISS, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, núm. 5, 1976.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999.

- FRASER, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en FRASER, Nancy y HONNETH, Alex, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata-Paideia, 2006.
- FRASER, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en CALHOUN, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Massachusetts, MIT Press, 1992.
- FREDMAN, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive rights and positive duties*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- FRIEDMAN, Barry, “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 72, 2004.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad, “El parlamentario individual en un Parlamento de grupos: la participación en la función legislativa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.
- GARCÍA ROCA, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- GARDBAUM, Stephen, “Comparative Political Process Theory”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 18, 2020.
- GARDBAUM, Stephen, “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, en HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W. y WEBBER, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, “Cinco movimientos de un debate inacabado. Sobre la justicia constitucional de la democracia deliberativa de Roberto Niembro”, en NIEMBRO ORTEGA, Roberto (autor), *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- GARGARELLA, Roberto, “La revisión judicial para las democracias latinoamericanas”, en NIEMBRO ORTEGA, Roberto y VERDUGO, Sergio (eds.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, México, SCJN, 2019.
- GARGARELLA, Roberto, “Why do we care about dialogue”, en YOUNG, Katherine G. (ed.), *The Future of Social and Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- GARGARELLA, Roberto, “The New Latin American Constitutionalism”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America. The emergence of a New Ius Commune*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.

- GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, IIJ-UNAM, 2016.
- GARGARELLA, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
- GARGARELLA, Roberto, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- GARGARELLA, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre de 2006.
- GARGARELLA, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1, 2005.
- GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- GARGARELLA, Roberto, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en ELSEY, John (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- GARGARELLA, Roberto, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, núm. 2, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, trad. de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GARRORENA, Ángel, *Representación política y constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.
- GONZÁLEZ PIÑA, Alejandro, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017.
- GREEN, Jamal, “Foreword: Rights as trumps?”, *Harvard Law Review*, vol. 132, 2018.
- GRIMM, Dieter, “Types of Constitutions”, en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GROTE, Rainer, “The Mexican Constitution of 1917. An early example of Radical Transformative Constitutionalism”, en BOGDANDY, Armin von

- et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The emergence of a New Ius Commune*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.
- HABERMAS, Jürgen, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)”, en GRIPSRUD, Jostein *et al.* (eds.), *The Idea of Public Sphere*, Maryland, Lexington Book, 2010.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2008.
- HABERMAS, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trad. de Thomas Burger, Massachusetts, MIT Press, 1991.
- HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Granada, Comares, 2003.
- HELLMAN, Deborah, *When is discrimination wrong?*, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.
- HELLMAN, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008.
- HOLMES, Stephen, “What Russia teaches us now. How weak states threaten freedom”, *The American Prospect*, núm. 33, 1997.
- HOLMES, Stephen, *Passions & Constraint On the theory of liberal democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995.
- HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W. y WEBBER, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- ISSACHAROFF, Samuel, *Fragile Democracies*, Nueva York, Cambridge University Press, 2015.
- ISSACHAROFF, Samuel y PILDES, Richard H., “Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process”, *Stanford Law Review*, vol. 50, núm. 3, 1998.
- JACKSON, Vicki, “Constitutional Law in an Age of Proportionality”, *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley: Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional de España-CEPC, 1997.

- KARST, Kenneth L., *Law's Promise, Law's Expression Visions of Power in the Politics of Race, Gender, and Religion*, Connecticut, Yale University Press, 1993.
- KING, Jeff, *Judging social rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- KLARE, Karl, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998.
- KLARMAN, Michael J., "Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem", *Georgetown Law Review*, vol. 85, 1996-1997.
- KLARMAN, Michael J., "The puzzling resistance to political process theory", *Virginia Law Review*, vol. 77, núm. 4, 1991.
- KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- KRAMER, Larry, "Undercover Anti-Populism", *Fordham Law Review*, vol. 73, núm. 4, 2005.
- KRAMER, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- KUMM, Mattias, "Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalists Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review", *EJLS*, vol. 1, núm. 2.
- KUMM, Mattias, "Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement", en PAVLAKOS, George (ed.), *Law Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oregon, Hart Publishing, 2007.
- KUO, Ming-Sung, "Against instantaneous democracy", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, núm. 2, abril de 2019.
- LANDAU, David, "Substitute and complement theories of judicial review", *Indiana Law Journal*, vol. 92, núm. 4, 2017.
- LANGFORD, Malcolm; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César y ROSSI, Julieta, "Introduction: From Jurisprudence to Compliance", en LANGFORD, Malcolm; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César y ROSSI, Julieta (eds.), *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making it Stick*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- LARA, Roberto; MEJÍA, Raúl y POU GIMÉNEZ, Francisca, "¿De verdad deseamos una Corte redentora?", *Nexos*, 2006.
- LEIGH GROVE, Tara, "The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation", *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000-2001.

- LIMBACH, Jutta, “El papel y poder del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 2do. semestre de 1999.
- LINARES, Sebastián, *Democracia participativa epistémica*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976.
- LUSTIG, Doreen y WEILER, Joseph H. H., “Judicial review in the contemporary world-Retrospective and prospective”, *International Journal of Constitutional Law. ICONJ*, vol. 16, núm. 2, 2018.
- MACCORMICK, Neil, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- MAGALONI, Ana Laura y ZALDÍVAR, Arturo, “El ciudadano olvidado”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara-Nexos, 2007.
- MAGALONI, Beatriz, “Enforcing the Autocratic Political Order and the Role of Courts: The Case of Mexico”, en GINSBURG, Tom y MOUSTAFA, Tamer (eds.), *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- MAGALONI, Beatriz “Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico”, en MAINWARING, Scott y WELNA, Christopher (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- MANGABERIA UNGER, Roberto, *What Should Legal Analysis Become?*, Gran Bretaña, Verso, 1996.
- MANIN, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MATHEWS, Jud y STONE SWEET, Alec, “All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing”, *Emory Law Journal*, vol. 60, núm. 4, 2011.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de México*, México, El Colegio de México, 2019.
- MILL, John Stuart, *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- MILLER, Bradley W., “Proportionality’s Blind Spot: Neutrality and Political Philosophy”, en HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W. y WEBBER, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

- MILLER, Bradley W., “Justification and Rights Limitations”, en HUSCROFT, Grant (ed.), *Expounding the Constitution Essays in Constitutional Theory*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- MÖLLER, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, en HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W. y WEBBER, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- MÖLLER, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- MOREAU, Sophia, “What is discrimination?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 38, núm. 2.
- MOREAU, Sophia, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, en HELLMAN, Deborah y MOREAU, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego, “Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 105, septiembre-diciembre de 2015.
- MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “John Hart Ely in the Mexican Supreme Court”, en prensa.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “Conceptualizing authoritarian constitutionalism. A Latin American view”, *Völkerrechtsblog*, 17 de julio de 2017, <https://voelkerrechtsblog.org/conceptualizing-authoritarian-constitutionalism/>
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “Conceptualizing authoritarian constitutionalism”, *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*, vol. 49, 2016.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 16, núm. 2, 2014.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto y ALTERIO, Ana Micaela, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso vacantes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 16, 2011.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 2003.

- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- ODDVAR ERIKSEN, Erik, “An Emerging European Public Sphere”, *European Journal of Social Theory*, vol. 8, núm. 3, 2005.
- ORTEGA SORIANO, Ricardo Alberto, “Algunos problemas para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México: cuestiones persistentes y nuevas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017.
- PARKER, Richard Davies, “The Past of Constitutional Theory-And its Future”, *Ohio State Law Review*, vol. 42, 1981.
- PETTIT, Philip, “Depoliticizing Democracy”, *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, 2004.
- PITKIN, Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, Berkeley-Los Ángeles, University of California Press, 1967.
- PORAT, Iddo, *From Interests-Based Balancing to Rights-Based Balancing: Two Models of Balancing in the Early Days of American Constitutional Balancing*, septiembre de 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012592
- POST, Robert, “First Lecture: A short history of representation and discursive democracy”, en *Citizens divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 2014.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “The Constitution of Mexico”, en HÜBENER MENDES, Conrado y GARGARELLA, Roberto (eds.), *The Oxford Handbook of Latin American Constitutional Law*, en prensa.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “Las cortes latinoamericanas en un contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico”, en NIEMBRO ORTEGA, Roberto y VERDUGO, Sergio (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, México, SCJN-ICON-S, 2019.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice”, en SIEDER, Rachel; ANSOLABEHERE, Karina y ALFONSO, Tatiana (coords.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2019.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “Proportionality without a culture of justification”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, Universidad de Palermo, Sesión 2, 2018.
- POZAS LOYO, Andrea y RÍOS FIGUEROA, Julio, “The Transformations of the Role of the Mexican Supreme Court”, en CASTAGNOLA, Andrea y LÓPEZ NORIEGA, Saúl (eds.), *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2016.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2014.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- REQUEJO, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Barcelona, Ariel, 2000.
- RIVERS, Julian, “Proportionality and variable intensity of review”, *Cambridge Law Journal*, núm. 1, 12 de marzo de 2006.
- ROA, Jorge, *El control constitucional deliberativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- ROACH, Kent, “A dialogue about principle and a principled dialogue: Justice Iacobucci’s substantive approach to dialogue”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2, 2007.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, “El activismo dialógico y el impacto sobre de los fallos sobre derechos sociales”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM-SRE-Corte IDH, 2009.
- SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- SAFFON, Maria Paula y URBINATI, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory*, vol. 41, núm. 2, 2013.
- SALAZAR UGARTE, Pedro; NIEMBRO ORTEGA, Roberto y ALONSO BELTRÁN, Carlos Ernesto, *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, IIJ-UNAM, 2019.
- SÁNCHEZ, Arianna; MAGALONI, Beatriz y MAGAR, Eric, “Legalist vs. Interpretivist. The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico”, en HELMKE, Gretchen y RÍOS FIGUEROA, Julio (eds.), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- SCHEINGOLD, Stuart A., *The politics of Rights*, Michigan, University of Michigan Press, 2004.
- SCHLINK, Bernhard, “Proportionality”, en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, Andrés (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012.

- SCHOR, Miguel, “Constitutionalism through the looking glass of Latin America”, *Texas International Law Journal*, vol. 41, 2006.
- SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta-Joaquín Mortiz, 1999.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, “A typology of transjudicial communication”, *Richmond Law Review*, vol. 29, núm. 1, 1994.
- SPECTOR, Horacio, “Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente”, en ALEGRE, Marcelo *et al.* (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- STONE SWEET, Alec, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 75, 2008.
- TORRES MURO, Ignacio, “Los derechos de los parlamentarios”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.
- TORRES MURO, Ignacio, “Actos internos de las cámaras y recurso de amparo. Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año IV, núm. 12, 1984.
- TORRES PÉREZ, Aida, *Conflict of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- TREMBLAY, Luc B., “An egalitarian defense of proportionality-based balancing”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 4, 2014.
- TSAKYRAKIS, Stavros, “Proportionality: An assault on human rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009.
- TUSHNET, Mark, “The globalization of constitutional law a weakly neo-liberal project”, *Global Constitutionalism*, vol. 8, núm. 1, 2019.
- TUSHNET, Mark, “Making Easy Cases Harder”, en TUSHNET, Mark y JACKSON, Vicki (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- TUSHNET, Mark, “Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, *Law and Philosophy*, núm. 22, 2003.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.
- TUSHNET, Mark y JACKSON, Vicki (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- TUSSMAN, Joseph, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 3, núm. 3, 1949.
- URBINA, Francisco, *A critique of proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

- URBINATI, Nadia, “Free Speech as the Citizen’s Right”, *Citizens Divided, Campaign Finance Reform and the Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 2014.
- VÁZQUEZ Luis Daniel y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en SALAZAR UGARTE, Pedro y CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, ITAM-IIJ-UNAM-CEAD, 2017.
- VEGA, Pedro de, “Significado de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, marzo-abril de 1985.
- VEGA, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, 1985.
- VRIES, Sybe A. de, “Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013.
- WALDRON, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Iâle Law Journal*, vol. 115, 2006.
- WALDRON, Jeremy, “Principles of legislation”, en BAUMAN, Richard W. y KAHANA, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.
- WALDRON, Jeremy, “Legislating with integrity”, *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003.
- WALDRON, Jeremy, “Autonomy and Perfectionism in Raz’s Morality of Freedom”, *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989.
- WARNER, Michael, “Beyond Gay Marriage”, en BROWN, Wendy y HALLEY, Janet (eds.), *Left legalism/Left critique*, Durham, Duke University Press, 2002.
- WEINRIB, Lorraine E., “The postwar paradigm and American exceptionalism”, en CHOUDRY, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.
- WEINRIB, Lorraine E., “Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism”, en JACKSON, Vicki C. y TUSHNET, Mark (eds.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Westport, Praeger, 2002.
- WESTEN, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, 1982.
- WHYTE, Jessica, *The Morals of the Market*, Reino Unido, Verso, 2019.

- WOJCIECH, Sadruski, *Equality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- WOLDENBERG, José, *Historia mínima de la transición democrática en México*, México, El Colegio de México, 2012.
- YOSHINO, Kenji, “The gay tipping point”, *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010.
- YOSHINO, Kenji, “Assimilationist Bias in the Equal Protection. The Visibility Presumption and the Case of Don’t Ask, Don’t Tell”, *Yale Law Journal*, vol. 108, 1998.
- YOSHINO, Kenji, “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *Columbia Law Review*, vol. 96.
- YOUNG, Katharine, “Proportionality, Reasonableness, and Economic Social Rights”, en TUSHNET, Mark y JACKSON, Vicki (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- YOUNG, Katharine, *Constituting Economic and Social Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- ZALDÍVAR, Arturo, “Constitucionalismo social inacabado”, Ciudad de México, *Milenio*, 5 de febrero de 2019.
- ZALDÍVAR, Arturo, “La Suprema Corte en la democracia mexicana”, *Revista Nexos*, 1 de septiembre de 2017.
- ZALDÍVAR, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y retos”, en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- ZURN, Christopher F., “A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review”, en UNGUREANU, Camil; GÜNTHER, Klaus y JOERGES, Christian, *Jürgen Habermas*, Reino Unido, Ashgate-Cornwall, 2011, vol. 1.
- ZURN, Christopher F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- ZWICK, Austin, “Welcome to the Gig Economy: neoliberal industrial relations and the cases of Uber”, *GeoJournal Springer*, vol. 83, 2017.

La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos, coeditado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, se terminó de imprimir en febrero de 2021, en Hear Industria Gráfica, Querétaro, México.
Su tiraje consta de 2000 ejemplares.

En los últimos 25 años, la Suprema Corte se ha convertido en un actor jurídico y político fundamental para el sistema institucional mexicano. En este libro encontrarán cinco textos que explican y debaten sobre conceptos, derechos y metodologías que la Suprema Corte de la Décima Época utiliza en su argumentación constitucional y se comentan algunos de sus casos emblemáticos. Aunado a ello, la lectora podrá evaluar las razones de la Corte y proponer comprensiones distintas de los derechos, de las metodologías empleadas o idear reformas institucionales. El objetivo es ofrecer elementos que permitan a cualquier persona presentar argumentos ante nuestras juezas y jueces supremos, en los que se utilice el lenguaje y las herramientas que ellos aplican. De esta manera, se pretende facilitar el acceso a la justicia constitucional y contribuir, con base en una teoría constitucional sólida y la experiencia jurisdiccional del autor, a la reflexión sobre la argumentación de nuestro máximo Tribunal.



www.juridicas.unam.mx

