

# Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte

**Pedro** SALAZAR UGARTE  
**Roberto** NIEMBRO ORTEGA  
**Carlos Ernesto** ALONSO BELTRÁN  
*Coordinadores*



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

## DIEZ SENTENCIAS EMBLEMÁTICAS DE LA SUPREMA CORTE

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 858

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Ricardo Hernández Montes de Oca  
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Oscar Martínez González  
*Apoyo editorial*

Carlos Martín Aguilera Ortiz  
*Elaboración de portada*

# DIEZ SENTENCIAS EMBLEMÁTICAS DE LA SUPREMA CORTE

PEDRO SALAZAR UGARTE  
ROBERTO NIEMBRO ORTEGA  
CARLOS ERNESTO ALONSO BELTRÁN  
*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2019

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 28 de mayo de 2019

DR © 2019. 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

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-1694-0

## CONTENIDO

Nota introductoria . . . . .	IX
Pedro SALAZAR UGARTE	
Roberto NIEMBRO ORTEGA	
Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN	
La SCJN y la militarización del país: una justificación con forma legal. Análisis de la acción de inconstitucionalidad 01/1996 . . . .	1
Sandra SERRANO	
Identidades de género y libre desarrollo de la personalidad. Comentario al amparo directo civil 6/2008 . . . . .	27
Ana Micaela ALTERIO	
Comentarios al expediente varios 912/2010 . . . . .	51
Javier DONDE	
<i>Habemus</i> jurisprudencia: la sentencia que validó el matrimonio igualitario en México . . . . .	65
Pedro SALAZAR UGARTE	
Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN	
El amparo en revisión 554/2013: la procuración de justicia y la perspectiva de género. . . . .	83
Estefanía VELA BARBA	
Los derechos de niñas y niños frente al acoso escolar o bullying. Comentario a la sentencia de amparo directo 35/2014 . . . . .	121
Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ	
Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso <i>Pabellón 13</i> (AR 378/2014) . . . . .	135
Francisca POU GIMÉNEZ	

Análisis de la sentencia 499/2015 (soya transgénica) relativa al derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en el marco del avance de la frontera extractiva sobre los territorios indígenas en México . . . . .	157
Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS	
Contribuciones de la Suprema Corte a la deliberación democrática. El caso <i>Marihuana</i> . . . . .	193
Roberto NIEMBRO ORTEGA	
Censura indirecta y publicidad oficial . . . . .	215
Roberto SABA	

## NOTA INTRODUCTORIA

El propósito de este libro es dar a conocer y reflexionar sobre diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte de Justicia mexicana. Son emblemáticas porque son ejemplo del gran impacto que puede tener el trabajo de la Corte que, en los últimos veinte años, ha ejercido la función concentrada de jurisdicción constitucional. Por un lado, incluimos a la acción de inconstitucionalidad 1/96 que dio pie para que se utilice a las fuerzas armadas como fuerzas de seguridad en México y de la que poco se ha reflexionado. En efecto, aun cuando se trata de una sentencia dictada varios años atrás, las repercusiones que ha tenido están más vigentes que nunca. Esta sentencia además de sus derivaciones nos obliga a pensar sobre los alcances a largo plazo de las sentencias de la Corte.

Por otro lado, escogimos nueve sentencias que han marcado la Décima Época, es decir, la que inicia con las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos de 2011. Estas reformas constituyen el segundo parteaguas para la jurisdicción constitucional en México, pues, como sabemos, el primero fue la reforma constitucional de 1994 mediante la cual se atribuye a la Suprema Corte el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad, se amplían los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales y se crea el Consejo de la Judicatura Federal. A partir de la reforma de 1994 en nuestro sistema se empezó a pensar a la Constitución como una norma jurídica vinculante, dejando atrás la concepción programática de la misma. Así, las reformas constitucionales de 2011 dan el paso que hacía falta para que el andamiaje y el discurso de los derechos humanos tomaran fuerza en nuestra cultura jurídica.

La selección de un número limitado de sentencias pensadas para cualquier público interesado nos obligó a dejar fuera otras sentencias relevantes. Ahora bien, con las resoluciones seleccionadas buscamos dar a conocer ciertos “hitos” para pensar y discutir sobre algunas de nuestras libertades constitucionales, el derecho a la igualdad, la perspectiva de género y los derechos de participación política. Estos temas son parte de la esfera pública y necesitan ser discutidos por todas las personas afectadas.

Finalmente, el comentario de cada una de las sentencias está escrito por expertas y expertos en los temas que abordan las resoluciones. Así, creemos

haber logrado el cometido de conformar una obra que nos invite a reflexionar sobre el papel que desempeña nuestra Suprema Corte en la democracia mexicana y sobre los resultados que ha tenido como garante de nuestros derechos fundamentales.

Pedro SALAZAR UGARTE  
Roberto NIEMBRO ORTEGA  
Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN

## LA SCJN Y LA MILITARIZACIÓN DEL PAÍS: UNA JUSTIFICACIÓN CON FORMA LEGAL. ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 01/1996

Sandra SERRANO\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Lo que dice la sentencia de la AI 01/1996.* III. *Un salto de la seguridad pública a la interior.* IV. *Las consecuencias (indirectas) en los derechos humanos.* V. *Reflexiones para próximas definiciones jurídicas.*

### I. INTRODUCCIÓN

En la acción de inconstitucionalidad (AI) 01/1996 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) definió las líneas generales sobre la actuación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, mismas que posteriormente sirvieron de base para argumentar una justificación con forma legal de la militarización del país diez años después. La SCJN no es directamente responsable de las graves violaciones a derechos humanos que la militarización ha desencadenado en el país, pero la AI que aquí se comenta carece de la precisión y el rigor que se hubiera requerido para permitir la actuación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública. En este sentido, aquí se sostendrá que si bien la sentencia de la AI estableció ciertas condiciones para la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, también abrió la posibilidad de su uso para tareas propias de las autoridades civiles.

De acuerdo con ello, en la primera parte de este trabajo se expone el contenido de la sentencia y las jurisprudencias que se derivaron de ella. En la segunda parte se analiza el contexto en el que se emitió la AI, lo que no dice y las puertas que deja abiertas. En la tercera parte se revisan algunas de las consecuencias que para los derechos humanos ha tenido la militariza-

---

\* Profesora-investigadora en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México. Correo electrónico: [sandra.serrano@flacso.edu.mx](mailto:sandra.serrano@flacso.edu.mx).

ción del país, principalmente a partir de 2007. El capítulo cierra con algunas reflexiones sobre los estándares jurídicos que deben adoptarse frente al actual despliegue militar.

## II. LO QUE DICE LA SENTENCIA DE LA AI 01/1996

La AI fue interpuesta por un grupo de diputados de la LVI Legislatura en contra de las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública,<sup>1</sup> en la medida en que dicha normativa se consideró violatoria de los artículos 21 y 129 constitucionales,<sup>2</sup> el primero de ellos reformado y el segundo original del texto de la Constitución de 1917. En corto, los diputados disputaron la participación de las secretarías de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, porque (a) consideraron que las tareas de seguridad pública estaban reservadas a las autoridades policíacas y de prevención y persecución de los delitos, y (b) estimaron que las fuerzas armadas no debían actuar en tiempos de paz. El Pleno de la SCJN resolvió el 5 de marzo de 1996 en el sentido de declarar infundada la AI y, por tanto, constitucionales los preceptos impugnados.

En el primer concepto de invalidez los diputados sostuvieron la inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley Reglamentaria en la medida en que establece la participación de las secretarías de la Defensa Nacional y de Marina en actividades de seguridad pública, mientras que el artículo 21 constitucional no prevé dicha participación, sino que reserva la seguridad

---

<sup>1</sup> Artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública: “El Consejo Nacional será la instancia superior de coordinación del Sistema Nacional y estará integrado por: I. El secretario de Gobernación, quien lo presidirá; II. Los gobernadores de los Estados; III. El secretario de la Defensa Nacional; IV. El secretario de Marina; V. El secretario de Comunicaciones y Transportes; VI. el procurador general de la República; VII. El jefe del Gobierno del Distrito Federal; y VIII. El secretario ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública”.

<sup>2</sup> El penúltimo párrafo del artículo 21 constitucional de 1994 (reformado en 2008 y 2016) establecía que: “La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policíacas se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez...”. Por su parte, el artículo 129 establece: “En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas”.

pública a los cuerpos policiacos y a las autoridades encargadas de la prevención y persecución de los delitos. Para la SCJN, la seguridad pública es una función y responsabilidad del Estado mexicano en su conjunto y, por tanto, no sólo de las autoridades policiacas o del Ministerio Público; en este sentido, sostiene la SCJN:

[E]l propósito del Constituyente Permanente, al establecer un Sistema Nacional de Seguridad Pública, es hacer frente a la sofisticación de la delincuencia organizada, articulando en su contra a todas las autoridades del Estado mexicano en sus tres niveles de gobierno, sin excluir a ninguna de las que tengan, dentro de sus atribuciones, coadyuvar a lograr los objetivos de seguridad pública, traducidos en libertad, orden y paz pública, como condiciones imprescindibles para gozar de las garantías que la Constitución reconoce a los gobernados.

En consecuencia, el Pleno de la SCJN declaró infundado el concepto de invalidez en tanto consideró que el artículo 21 constitucional vigente en 1996 no excluye ni incluye de manera específica a alguna dependencia o autoridad. La inclusión de los secretarios de marina y defensa nacional no implica, para la SCJN, que tengan facultades ejecutivas en materia de seguridad pública, pero en la medida en que tienen algunas atribuciones directa o indirectamente relacionadas con ella, deben “estar incluidas dentro de un Consejo en el que, aunque no en forma ejecutiva, se tendrán que examinar, programar y tomar decisiones sobre todos los aspectos de la seguridad pública”. Lo anterior, en el entendido de que todas las autoridades sólo pueden actuar en el ámbito de su competencia, de conformidad con el artículo 16 constitucional.

En el segundo concepto de violación se controvierte la participación del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea en el Consejo Nacional de Seguridad Pública en la medida en que usurparían funciones que corresponden únicamente a las autoridades civiles de conformidad con el artículo 129 constitucional. El argumento de la SCJN se estructura en tres partes:

- a) No deben identificarse al Ejército, la Armada y Fuerza Aérea con las secretarías de la Defensa Nacional y Marina, pues de acuerdo con la Corte “éstas tienen funciones que van más allá de las militares”, aunque se encuentran “íntimamente relacionadas, lo que significa que al participar dichas secretarías en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, implícitamente participan las Fuerzas Armadas”.
- b) El Ejército no puede actuar por sí y ante sí en cuestiones de carácter civil, sin embargo, en tiempo de paz “podrá actuar cuando la au-

toridad legítima invoque el auxilio de su fuerza”. Lo anterior debe implicar el respeto a las llamadas garantías individuales y que “las acciones de auxilio y apoyo deben condicionarse necesariamente a que exista dicha petición expresa, así como a que no puedan usurpar la esfera de competencia de esas autoridades”.

- c) La autoridad legítima para solicitar la actuación de las fuerzas armadas es el presidente de la República, quien, de acuerdo con la fracción VI del artículo 89 constitucional, puede “disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente... para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación”. Sostiene la SCJN que:

[L]as Fuerzas Armadas están facultadas para actuar, acatando órdenes del presidente de la República, bajo su más estricta responsabilidad, cuando, sin llegar a los extremos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, se produzca una situación que haga temer fundadamente por sus características, que de no enfrentarse de inmediato por las Fuerzas Armadas, sería inminente precipitarse en alguna o todas esas graves situaciones.

Estas conclusiones de la SCJN se plasmaron, seis años después del acuerdo del Pleno de la Corte que resolvió la AI, en cinco tesis jurisprudenciales que establecieron un sistema de reglas para la actuación de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz:

- 1) Toda autoridad, en especial de seguridad pública, tiene dos limitaciones: no vulnerar garantías y no rebasar las atribuciones señaladas en la ley. Lo anterior debe ir acompañado de la existencia y eficacia de mecanismos de defensa a favor de los gobernados para prevenir y remediar abusos.<sup>3</sup>
- 2) El presidente puede usar a las Fuerzas Armadas para preservar la seguridad interior y sin necesidad de formular la declaratoria de suspensión de garantías en situaciones que hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretar la mencionada suspensión. Lo anterior en la medida en que se considere que las situaciones

---

<sup>3</sup> EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. LA DETERMINACIÓN DE CUÁLES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y, POR LO MISMO, LA COMPRESIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, CONFORME AL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE. Tesis: P./J. 34/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 550.

pueden controlarse con rapidez, porque existen alternativas viables para solucionar pacíficamente los conflictos o los hechos no son de la suficiente gravedad para decretar la suspensión de garantías. El uso de las Fuerzas Armadas debe ir acompañado de un cuidado escrupuloso de que se respeten las garantías individuales, incluso a través de organismos competentes que lleven una estrecha vigilancia para que se actúe del modo especificado.<sup>4</sup>

- 3) El Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada pueden actuar sin que se requiera la suspensión de garantías en apoyo a las autoridades civiles en tareas de seguridad pública, siempre que exista una solicitud expresa, fundada y motivada de las autoridades civiles a las que deben estar sujetos, con estricto acatamiento a la Constitución, a las leyes y a los tratados internacionales.<sup>5</sup>
- 4) La participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública no viola el artículo 21 constitucional en la medida en que se trata de una instancia consultiva y que el objetivo de la ley impugnada es coordinar a las autoridades de todos los niveles de seguridad pública, para combatir el reto del crimen organizado. En tanto dichas secretarías tienen, dentro de sus atribuciones, numerosas funciones relacionadas con la seguridad pública tendrán que “examinar, programar y tomar decisiones sobre todos los aspectos de la seguridad pública”.<sup>6</sup>
- 5) Los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no se oponen, sino que se condicionan recíprocamente, porque la seguridad pública busca crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías. Por ello

---

<sup>4</sup> EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON ESCRITO RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUELLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETARLA. Tesis: P./J. 37/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 551.

<sup>5</sup> EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON ESCRITO ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES. Tesis: P./J. 36/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 552.

<sup>6</sup> SEGURIDAD PÚBLICA. LA PARTICIPACIÓN DE LOS SECRETARIOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y DE MARINA EN EL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL. Tesis: P./J. 39/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 556.

sería inadmisibile en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución prevé para corregir esas desviaciones... Por tanto, debe establecerse el equilibrio entre ambos objetivos: defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas.<sup>7</sup>

En síntesis, la SCJN estableció que el Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada pueden actuar en el ámbito de la seguridad pública a solicitud expresa y bajo el control de las autoridades civiles, en específico del presidente de la República quien tiene facultades de convocarlas en casos de seguridad interior especificando las funciones que debe realizar. Lo anterior, siempre y cuando se esté frente a situaciones que no sean suficientemente graves como para requerir la suspensión de garantías individuales y puedan contenerse con rapidez (tiempo limitado) y por medios pacíficos. El llamado a las Fuerzas Armadas para tareas de seguridad pública debe asegurar el respeto de las garantías individuales y de los medios de defensa apropiados para hacerlas valer. Asimismo, los secretarios de defensa y marina pueden participar en un Consejo sobre Seguridad Pública en tanto dichas dependencias tienen facultades directas e indirectas de seguridad pública.

### III. UN SALTO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA A LA INTERIOR

La SCJN ha sido considerada más un árbitro político que un tribunal protector de derechos,<sup>8</sup> aunque de 2007 a la fecha esto parece haber cambiado o, al

---

<sup>7</sup> SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. Tesis: P./J. 35/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 557.

<sup>8</sup> Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio, "Introducción", en Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio (coords.), *Tribunales constitucionales en América Latina*, México, SCJN, 2010, p. 17; Ansolabehere, Karina, "More Power, More Rights? The Supreme Court and Society in Mexico", en Couso, Javier A. et al., *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, pp. 78 y 79; Pou Giménez, Francisca, "Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture Decisional Indeterminacy as an Obstacle to Legitimacy", en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy (Law, Courts and Politics)*, Taylor and Francis, 2016, pp. 117 y 118, kindle edition, y Magaloni, Ana Laura, "Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de los derechos fundamentales", en Ferer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX. *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, México, UNAM-IMPPC-Marcial Pons, 2008, p. 272.

menos, hay señales de que la Corte mexicana busca hacerse cargo de la protección de los derechos. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos le plantea el objetivo de ser un tribunal constitucional moderno que se haga cargo de su garantía, pero ello también conlleva hacerse cargo de su pasado y de la forma en que se ha moldeado en cien años de su creación, en 1917. Éste, sin embargo, no era el escenario al momento de emitirse la sentencia de la AI en comento. En 1994 la Corte acababa de transitar una de sus más importantes transformaciones, para pasar de un tribunal de legalidad a uno que adquirió facultades de corte constitucional. El contexto en el que se encontraba la SCJN al emitir la sentencia era uno en el que buscaba afianzar su independencia del poder político, pero donde apenas comenzaba a utilizar las herramientas novedosas que la reforma señalada le brindaba.

La literatura es contundente en afirmar que la SCJN fue un órgano judicial que operó como parte de la estructura de gobierno que permitió la hegemonía del Partido Revolucionario Institucional por siete décadas.<sup>9</sup> Conforme México avanzó hacia la transición democrática y nuevos actores entraron a la escena política, la Suprema Corte también se transformó y cambió su relación con el gobierno, aunque siguió vinculada al poder político. La coyuntura para que la SCJN se transformara en un tribunal constitucional se situó en 1994,<sup>10</sup> cuando se empezaba a consolidar la apertura política que derivó en la alternancia presidencial del año 2000, en un intento por fortalecer la “supremacía constitucional” sobre la “supremacía presidencial”.<sup>11</sup> Entre los cambios más importantes estuvieron la creación de la acción de inconstitucionalidad como una facultad exclusiva de la SCJN; la ampliación de sus facultades para conocer de controversias constitucionales y otras modificaciones de diseño institucional; una duración máxima de quince años en el cargo de ministro; el nombramiento de

---

<sup>9</sup> Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, Fontamara-Flasco México, 2007, pp. 110-123; Sánchez, Arianna *et al.*, “Legalistas vs. interpretativistas: la Suprema Corte de Justicia y la transición democrática en México”, en Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio (coords.), *Tribunales constitucionales...*, *cit.*, pp. 316-369; Inclán Oseguera, Silvia, “Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy”, *Political Research Quarterly*, vol. 62, núm. 4, diciembre de 2009, pp. 753-766.

<sup>10</sup> De acuerdo con Ansolabehere (siguiendo a José Ramón Cossío), la SCJN ha vivido tres periodos. El primero de 1917 a 1950 de configuración de la relación entre esa institución y el poder político (para adaptarla a las necesidades del poder político), un segundo periodo de 1951 a 1993 de jerarquización de la scjn en el ordenamiento judicial (para ajustar la organización del poder judicial manteniendo la relación con el poder político) y el tercero, a partir de 1994. Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia...*, *cit.*, pp. 112-115.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 115.

los ministros por el Senado a propuesta de una terna del presidente de la República, y la creación del Consejo de la Judicatura. Estas modificaciones tenían el propósito de preparar a la Corte para que fungiera como un árbitro creíble, esto es, que pasara de ser parte del engranaje de gobierno a un interlocutor político válido y reconocido por los distintos actores que conformarían la vida política del país.<sup>12</sup>

De acuerdo con Pozas y Ríos, apenas para 1999 se pudo apreciar el resultado de esa reforma, con una SCJN con la capacidad de dominar al Poder Judicial, al combinar funciones de tribunal constitucional, de casación, de apelación y de administrador del propio Poder Judicial.<sup>13</sup> Por su parte, los derechos humanos llegaron con timidez hasta 2007. A partir de ahí se identifica la generación de un grupo de decisiones sobre libertad de expresión, pueblos indígenas, derechos de asociación<sup>14</sup> y, posteriormente, derechos sexuales y reproductivos.<sup>15</sup> Sin embargo, esto no significó la llegada de conflictos ciudadanos expuestos en términos de derechos. Los casos que llegaron fueron impulsados por las propias elites políticas, mediante el uso de los recursos establecidos en 1994.<sup>16</sup> La reforma de 1994 le dejó el incremento de sus facultades de interpretación y su independencia respecto del poder político,<sup>17</sup> que se ampliaron paulatinamente en la interpretación de los derechos, pero no fue un cambio inmediato, como se puede apreciar en la forma en que se relaciona con las Fuerzas Armadas y los poderes Ejecutivo y Legislativo en la sentencia de la AI.

En 1996 la SCJN todavía luchaba por su independencia del poder político, de ahí que la discusión que se lleva a cabo en la AI refleja, en parte, el trayecto de transformación de la Corte, pero al mismo tiempo las resistencias por continuar bajo la autoridad del Poder Ejecutivo. De acuerdo con Ríos Figueroa, hasta antes de 1994 la jurisprudencia de la SCJN reflejaba su falta de independencia del gobierno, incluso adecuando la interpretación constitucional a lo sostenido por el Código de Justicia Militar en cuanto a

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 115-121.

<sup>13</sup> Pozas-Loyo, Andrea y Ríos-Figueroa, Julio, "The Transformations of the Role of the Mexican Supreme Court", en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, *Judicial Politics in Mexico...*, *cit.*, p. 31.

<sup>14</sup> Ansolabehere, Karina, "More Power, More Rights..." , *cit.*

<sup>15</sup> Pou Giménez, Francisca, "Judicial Review and Rights Protection in Mexico: The Limits of the 2011 Amparo Reform", 2012, mimeo, p. 3, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2210959>; Suárez Ávila, Alberto Abad, "The Mexican Supreme Court as a Protector of Human Rights", *Mexican Law Review*, vol. IV, núm. 2, 2011, p. 248; Madrazo, A. y Vela, Estefanía, "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", *Texas Law Review*, vol. 89.

<sup>16</sup> Pou Giménez, Francisca, "Judicial Review and Rights Protection..." , *cit.*, p. 23.

<sup>17</sup> Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio, "Introducción..." , *cit.*, p. 29.

la jurisdicción militar para conocer de casos donde estuvieran involucrados civiles. En pocas palabras, la Corte adaptó la Constitución al Código y no lo contrario.<sup>18</sup>

En las décadas de los setenta y ochenta el rol de los militares en el país también se modificó, pues pasó de compartir el poder con las autoridades civiles de manera relativamente pacífica a asumir otros roles, primero frente al control de los líderes de izquierda durante la llamada Guerra Sucia, pero también después cuando se comenzó a considerar al narcotráfico como un problema de seguridad nacional. Para 1994 el conflicto en Chiapas con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional terminó por cambiar su rol en la medida que asumieron responsabilidades, en palabras de Ríos Figueroa, de “guardianes del régimen, y de la familia revolucionaria”.<sup>19</sup> Lo anterior los llevó a adquirir un mayor poder, que se expresó tanto en recursos humanos y económicos, pero también político, en particular, en materia de seguridad pública.

Su participación en el combate al narcotráfico ayudó a fortalecer su poder frente a los órganos civiles. Mientras el poder político enfatiza el peligro del narcotráfico como una cuestión de seguridad nacional, mayor poder adquieren las Fuerzas Armadas al considerarse la institución clave para llevar a cabo dicho combate. Desde la década de los ochenta cuando el presidente Carlos Salinas declaró que el narcotráfico era un tema de seguridad nacional, el involucramiento de las Fuerzas Armadas se aceleró y continuó así con el presidente Ernesto Zedillo (1994-2000) y Vicente Fox (2000-2006),<sup>20</sup> llegando a su clímax en 2007 ya bajo la presidencia de Felipe Calderón con consecuencias desastrosas para los derechos humanos. A lo largo de esos años, los militares comenzaron a ocupar posiciones en las instituciones de seguridad pública, lo que trajo como consecuencia una penetración de las fuerzas armadas en el andamiaje de la seguridad pública, más allá de las funciones propias de los militares para abarcar a las instituciones civiles. Todo lo anterior, sin un andamiaje jurídico que regulara adecuadamente sus funciones, tanto directas como indirectas en el combate al narcotráfico.

En 1996, al decidir la AI 01/1996, la SCJN apenas comenzaba a utilizar sus nuevas facultades y a generar su propia independencia, mientras que las Fuerzas Armadas se encontraban en un proceso acelerado de adqui-

---

<sup>18</sup> Ríos Figueroa, Julio, *Constitutional Courts as Mediators: Armed Conflict, Civil-Military Relations, and the Rule of Law in Latin America (Comparative Constitutional Law and Policy)*, Cambridge University Press, 2016, pp. 136 y 137, kindle edition.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 140.

sición de poder. La respuesta de la SCJN al establecer un grupo de condiciones para su actuación en materia de seguridad muestra que no buscaba arbitrar un conflicto, sino evadirlo al permitir la continuidad de la actuación militar en el ámbito de la seguridad pública, aunque con algunas condiciones que después se probaron insuficientes.

En efecto, la argumentación seguida por la SCJN en la acción de inconstitucionalidad deja ver la necesidad de dar los saltos argumentativos para permitir la actuación de las Fuerzas Armadas en materia de seguridad pública. La lógica de la Corte puede resumirse de la siguiente forma:

- a) La seguridad pública corresponde al Estado, lo que incluye a los tres niveles de gobierno y a las distintas instituciones y autoridades que lo conforman. En ese sentido, las secretarías de la Defensa y la Marina deben participar en un Consejo de Seguridad Pública. Aún más si se considera que dichas secretarías tienen facultades propias de la seguridad pública, como la expedición de permisos para la portación de armas de fuego y la vigilancia de las costas del territorio.
- b) No deben identificarse al Ejército, Armada y Fuerza Aérea con las secretarías de Defensa Nacional y Marina, pues éstas tienen funciones que van más allá de las militares, aunque se encuentran íntimamente relacionadas. Por tanto, al participar dichas secretarías en el Consejo, implícitamente también participan las Fuerzas Armadas.
- c) Cuando se invoque la necesidad de contar con el apoyo de la fuerza militar, ésta puede actuar en apoyo de las autoridades civiles, lo anterior a partir de una interpretación histórica y teleológica del artículo 129 constitucional. “En tiempo de paz los militares están constitucionalmente facultados para auxiliar o apoyar a las autoridades civiles, a petición expresa de ellas y sin usurpar su esfera de competencia”.
- d) De acuerdo con el artículo 89 constitucional, fracción VI, así como de otra normativa,<sup>21</sup> las Fuerzas Armadas están facultadas para actuar a fin de salvaguardar la seguridad interior del país, por tanto,

---

<sup>21</sup> Esta conclusión resulta de una interpretación del artículo 16 constitucional en conjunto con los artículos 1o. y 3o. de la Ley Orgánica del Ejército y la Fuerza Aérea Mexicanos y los artículos 1o. y 2o. de la Ley Orgánica de la Armada de México, para sostener que las Fuerzas Armadas “son competentes para intervenir en labores de seguridad interior, auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas, realizar acciones cívicas y obras sociales, en caso de desastres prestar la ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de las zonas afectadas, coadyuvar en la vigilancia de los recursos del país y otras funciones que trascienden el contenido de un concepto limitado y estrecho de disciplina militar”.

su actuación no está condicionada al estallido de una guerra o una suspensión de garantías, aunque sí está supeditada a la solicitud expresa por parte del presidente de la República y a su sometimiento a las autoridades civiles.

- e) En las situaciones donde el presidente no considere que deban suspenderse las garantías individuales, aunque sean excepcionales, el presidente puede considerar necesaria la intervención de una fuerza estatal que coadyuve a salvaguardar el orden constitucional, de ahí que tenga las facultades del artículo 89, fracción VI, para llamar a las Fuerzas Armadas para garantizar la seguridad interior.

Como se puede apreciar de lo anterior, la SCJN da un salto de la seguridad pública a la seguridad interior, aparentemente por la gravedad de los hechos a los que se deben enfrentar las autoridades en tiempo de paz. La Corte no define a qué se refiere con tiempo de paz, ni tampoco cómo entiende a la seguridad pública como un ámbito distinto a la seguridad interior. De hecho, lo que la SCJN argumenta es que dado que las Fuerzas Armadas ya realizan algunas actividades de seguridad pública deben participar en un Consejo en esa materia y que además pueden hacerlo cuando la situación sea de tales características que el presidente la califique de seguridad interior. Lo anterior se puede apreciar con mayor claridad en el siguiente párrafo:

Las Fuerzas Armadas realizan labores que, por su naturaleza, sólo ellas pueden efectuar en apoyo a las autoridades civiles. La capacidad de organización, la disciplina, el armamento y otra serie de factores caracterizan al Ejército, Armada y Fuerza Aérea, como una fuerza del Estado mexicano capaz de enfrentar determinadas circunstancias, en especial cuando otras autoridades pudieran no tener la capacidad requerida. Tal como lo señala la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional al artículo 21, reproducida anteriormente, se pretende lograr con esta coordinación cumplir cabalmente con la función del Estado mexicano, de salvaguardar el orden público, la integridad de sus gobernados, sus libertades y propiedades. No pasa inadvertido a este alto tribunal, que el problema de la producción y el comercio ilícito de drogas no sólo es un problema de seguridad pública, sino de seguridad interior y exterior del Estado, que conlleva a la participación de las Fuerzas Armadas, dado que la disponibilidad y el consumo nacional de drogas han aumentado, en virtud del incremento de la producción y tráfico de drogas ilícitas en el territorio nacional, así como de la participación de actores nacionales y extranjeros en esas actividades delictivas, todo lo cual hace necesaria una creciente participación de las Fuerzas Armadas, en su calidad de coadyuvantes de la autoridad ministerial federal. Resultaría deseable que

sólo las autoridades policiacas, en los tres niveles de gobierno, cumplieran, por sí solas, labores de seguridad pública relacionadas con esta lucrativa actividad delictiva, que cuenta con el más poderoso armamento disponible, con medios de transporte terrestre, aeronaves y embarcaciones sofisticadas, que se trasladan por el territorio, espacio aéreo, la zona económica exclusiva y el mar territorial de nuestro país, pero por la gravedad de estos fenómenos, debe prevenirse una articulación eficiente del Ministerio Público Federal y de la Policía Judicial con las Fuerzas Armadas, a fin de que puedan coadyuvar para superar esas situaciones que atentan contra la seguridad interior.

Los términos del párrafo anterior, en conjunto con otros de la propia sentencia, parecerían indicar que la seguridad interior a que se refiere el artículo 89 de la Constitución es toda aquella circunstancia en la que no sea necesario suspender garantías individuales, pero que por su gravedad requiera del apoyo de las Fuerzas Armadas para hacerle frente. Probablemente, ello es por lo que la SCJN desea establecer límites al poder presidencial en cuanto a los objetivos, el tiempo y el control del uso de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, este objetivo se cumple tan solo de manera parcial, pues abre la puerta a la discrecionalidad del propio presidente para llamarlas cuando estime que la seguridad pública se encuentra rebasada y que, por tanto, un problema determinado parecería haberse convertido en uno de seguridad interior. En este sentido, señala la Corte:

Las actividades de las poderosas mafias del narcotráfico, son tan sólo un ejemplo de la capacidad delictiva de esta organización, que para combatir las requieren del máximo esfuerzo de todas las autoridades del Estado. Estas complejas organizaciones delictivas que constituyen verdaderas mafias internacionales no podrán ser reprimidas sino con el apoyo de las Fuerzas Armadas, las cuales, en este caso, estarán bajo la dirección de las autoridades civiles competentes y en estricto auxilio o apoyo a sus labores.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> En este punto, la SCJN parece haber seguido el argumento de la Procuraduría General de la República en su informe justificado: “La conciencia sobre la seguridad personal, familiar y social, se trastoca ante avances evidentes en número y gravedad: homicidios intencionales, violaciones, robo con violencia a casas habitación, robo con violencia a negocios, asalto con violencia en la vía pública, robo de vehículos con violencia, robo de bancos, narcotráfico, contrabando, secuestro, son delitos en los cuales desgraciadamente se han creado estructuras que rebasan los ámbitos municipales, estatales e incluso el nacional. Los anteriores fenómenos han llegado en ciertas ocasiones e instancias a desbordar a las fuerzas de seguridad pública. Si éstas son incapaces de mantener la paz pública y el conflicto es de tal naturaleza que atenta contra los intereses de la Nación, la operación de las Fuerzas Armadas se hace necesaria, así sea solamente como medida complementaria. Todas las fuerzas y

La SCJN diluye los márgenes entre seguridad pública y seguridad interior, si bien no define este último concepto, lo dota de algún contenido que resulta en que las Fuerzas Armadas puedan participar en la prevención y persecución de los delitos a la par de las autoridades civiles. Es cierto que la SCJN no lo señala en términos directos o explícitos, pero al no separar los términos y delimitar el contenido de la seguridad interior convalidó una apuesta que dotó a distintos presidentes de un marco constitucional para militarizar al país. Asimismo, la SCJN permitió que los delitos, como lo es el narcotráfico, fueran perseguidos por las Fuerzas Armadas, consecuencia que la Corte debió, al menos, argumentar para identificar su sustento en el sistema de justicia penal. Finalmente, la Corte basó su argumentación en el supuesto del riesgo que representa el narcotráfico, sin que conste diagnóstico alguno en la sentencia que lo constate más que los alegatos de las autoridades federales al rendir sus distintos informes justificados.

La SCJN pareció identificar una necesidad, aunque no el diagnóstico en términos empíricos, y probablemente por ello prefirió construir una argumentación que brindaba un argumento legal para permitir la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, con la consecuente confusión terminológica (seguridad interior) o la ausencia conceptual de otra (tiempo de paz). En última instancia, los límites que se buscó imponer rebasaron a la propia SCJN y a su insistencia en el respeto a las entonces llamadas garantías individuales. La realidad superó a las débiles reglas impuestas y, en su momento, la Corte no supo imponerse, ya no sólo como árbitro político, sino tampoco como último garante de los derechos de las personas.

#### IV. LAS CONSECUENCIAS (INDIRECTAS) EN LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya se mencionó, las consecuencias que la militarización del país ha traído para los derechos humanos, particularmente después de 2007, no pueden considerarse una consecuencia directa de la decisión de la SCJN, sin embargo, no es posible examinar la acción de inconstitucionalidad 01/1996 sin considerar que los argumentos legales ahí vertidos sirvieron de base para una expansión acelerada de la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, como lo son la prevención y persecución de los delitos relacionados con el narcotráfico. Considerar las consecuencias en materia de derechos humanos resulta indispensable para una Corte muy distinta a

---

cuerpos de seguridad están obligados a colaborar en el mantenimiento y restablecimiento del orden y la seguridad”.

aquella que resolvió esta AI, con un alto nivel de independencia y amplísimas facultades en materia de derechos humanos. La presencia de las Fuerzas Armadas ha sido descrita por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la siguiente forma:

37. La presencia de fuerzas militares en actividades de seguridad ciudadana en la época contemporánea ya se había visto en México en la década de los años 60 y 70, y posteriormente en los 90 con el movimiento armado en Chiapas, en el sur del país. Esta presencia se agudizó significativamente y alcanzó gran parte del territorio nacional a partir de finales de 2006, y continúa siendo preocupante casi una década después. En 2012, el número de efectivos militares en tareas de seguridad ciudadana alcanzó los 50.000 según fuentes de Naciones Unidas. Según la propia SEDENA, efectivos militares continúan participando activamente en actividades contra el narcotráfico. En sus actividades de combate al narcotráfico, elementos de la SEDENA reportan haber detenido a más de 17.000 personas en lo que va del gobierno actual: 599 en diciembre de 2012; 7.040 en 2013; 6.195 en 2014; y 3.227 hasta julio de 2015. Las actividades de seguridad ciudadana interna realizadas por parte de elementos de las fuerzas armadas han traído consigo un número considerable de quejas por violaciones a los derechos humanos. Según las cifras disponibles de la SEDENA, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) le ha dirigido 115 recomendaciones relativas a violaciones a los derechos humanos por elementos militares por hechos de tortura, homicidios, violaciones sexuales, entre otros; y en enfrentamientos entre militares y civiles entre 2007 y 2012, resultaron muertos 158 militares, 2.959 “presuntos agresores” civiles, y 40 “personas ajenas a los hechos”.<sup>23</sup>

Distintos estudios han llegado a la conclusión de que la intervención de las Fuerzas Armadas en la llamada por el presidente Calderón “guerra contra el narcotráfico” ha agravado la violencia en el país<sup>24</sup> y acrecentado las violaciones a los derechos humanos. Hasta antes de 2007, la presencia de las Fuerzas Armadas se había limitado a actuaciones por tiempo limitado y con objetivos específicos (localizar y eliminar plantíos, interceptar

---

<sup>23</sup> CIDH, *Informe de país México. Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, Comisión Interamericana de Derechos, Washington, 2015, p. 35.

<sup>24</sup> Entre otros, Atuesta, Laura y Ponce, Aldo, *Cómo las intervenciones de las fuerzas públicas de seguridad alteran la violencia. Evidencia del caso mexicano*, Monitor 19, Programa de Política de Drogas, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2016; Calderón, G. et al., “The Beheading of Criminal Organizations and the Dynamics of Violence in Mexico’s Drug War”, *Journal of Conflict Resolution*, 59(8), 2015, pp. 1455-1485, y Espinosa, V., y Rubin, D.B., “Did the Military Interventions in the Mexican Drug War Increase Violence?”, *The American Statistician*, 69(1), 2015, pp. 17-27.

cargamentos de droga), sin embargo, el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 representó un cambio significativo al establecer la implementación de operativos permanentes de las Fuerzas Armadas en el país. Lo anterior a pesar de que, de acuerdo con el Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, hasta 2017 no se había presentado ningún diagnóstico que justificara ese cambio en la política nacional.<sup>25</sup> La expansión de las Fuerzas Armadas se llevó a cabo ya no sólo a partir de operativos militares mixtos realizados en conjunto con autoridades civiles, sino también con el establecimiento de bases de operaciones mixtas a lo largo del país con militares asignados a tareas de seguridad,<sup>26</sup> lo que aumentó de forma considerable el despliegue militar en el país. Ya no se trataba de acciones concretas, de tiempo limitado y a partir de una solicitud expresa, fundada y motivada de autoridad civil, sino de un despliegue más cercano a una situación permanente y no extraordinaria.

El cambio de gobierno de Calderón a Peña Nieto en 2012 no significó una modificación en la política, aunque el retiro de las Fuerzas Armadas había sido una promesa de campaña del presidente Peña Nieto. Al contrario, el despliegue militar continuó en aumento, en 2012 se establecieron bases de operaciones mixtas en 19 estados, mientras que para 2016 ya se encontraban en 26 entidades.<sup>27</sup> Esta intensificación del despliegue militar ha ido acompañado de un crecimiento en el gasto militar. De acuerdo con el análisis del Centro de Derechos Humanos, “Miguel Agustín Pro Juárez” (Centro Prodh), el presupuesto de la Secretaría de la Defensa Nacional y de la Secretaría de Marina ha aumentado en poco más del 100% en los últimos diez años.<sup>28</sup>

En cambio, lo que se ha encontrado es que los distintos operativos han tenido como consecuencia un crecimiento drástico de la tasa de homicidios en el país. De acuerdo con dicho Instituto, los homicidios en México seguían una tendencia a la baja, lo que cambió después de los operativos permanentes, llegando a más de 27,000 homicidios en 2011, mientras que entre 2007 y 2011 la tasa de homicidios pasó de 8.1 a 23.7 homicidios por cada mil habitantes.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Instituto Belisario Domínguez, *Seguridad interior: elementos para el debate*, Temas estratégicos 39, Senado de la República, enero de 2017, p. 2.

<sup>26</sup> Secretaría de la Defensa Nacional, *Sexto Informe de Labores*, México, 2012.

<sup>27</sup> Secretaría de la Defensa Nacional, *Quinto Informe de Labores*, México, 2017.

<sup>28</sup> Centro Prodh, *Perpetuar el fallido modelo de seguridad. La aprobación de la Ley de Seguridad Interior y el legado de una década de políticas de seguridad en México contrarias a los derechos humanos*, 2a. ed., México, Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez” (Centro Prodh), 2018, p. 34.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 5.

La falta de pertinencia del entrenamiento militar para realizar tareas de seguridad pública y en contra de civiles es evidente al mirar el índice de letalidad en enfrentamientos entre las Fuerzas Armadas y presuntos miembros de la delincuencia organizada. Una investigación académica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Centro de Investigación y Docencia Económicas comprueba el uso excesivo de la fuerza por parte de militares y marinos a partir de analizar el índice de letalidad, esto es, el número de civiles muertos por cada civil herido en enfrentamientos. De acuerdo con dicho índice el número de muertos no debería sobrepasar por mucho al de heridos, por tanto, el valor del índice no debe ser muy superior a uno. Sin embargo, el estudio señala que “[l]os datos analizados para las fuerzas federales mexicanas muestran índices de letalidad sumamente altos. A partir de los datos oficiales calculamos que para todo el periodo 2007-2014 la Policía Federal tiene un saldo en enfrentamientos de 4.8 civiles muertos por cada herido, mientras que en el Ejército llega a 7.9”.<sup>30</sup> Esto mismo se comprueba con otro estudio estadístico que analiza los combates de las fuerzas públicas entre 2006 y 2011, donde se concluye que las Fuerzas Armadas actúan con una creciente improvisación e intensificación de la letalidad en el uso de la fuerza.<sup>31</sup>

Por su parte, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales han alertado sobre los efectos que la intervención de las Fuerzas Armadas ha tenido en la vigencia de los derechos humanos. Estos actores nacionales e internacionales reportan repercusiones graves en el aumento de las ejecuciones extrajudiciales, la tortura o la desaparición forzada de personas con una altísima impunidad.<sup>32</sup> Por ejemplo, el relator especial de Nacio-

---

<sup>30</sup> Pérez Correa, Catalina *et al.*, “Índice de Letalidad, menos enfrentamientos, más opacidad”, *Revista Nexos*, México, 2015. Disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=25468>. El informe completo se encuentra en Silva Forné, Carlos *et al.*, “Índice de Letalidad, Menos enfrentamientos, más opacidad”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, vol. 25, núm. 50, 2017, pp. 331-359. Disponible en: <http://perfilesla.flaco.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/544>.

<sup>31</sup> Madrazo Lajous, Alejandro *et al.*, “La «guerra contra las drogas». Análisis de los combates de las fuerzas públicas 2006-2011”, *Política y Gobierno*, México, vol. XXV, núm. 2, 2018, pp. 379-402.

<sup>32</sup> Para este tema, véase, entre otros, Centro Prodh, *Perpetuar el fallido modelo de seguridad...*, *cit.* y Open Society Foundation, *Atrocidades innegables. Confrontando crímenes de lesa humanidad en México*, Nueva York, Open Society Justice Initiative, 2016. En cuanto a organismos internacionales, véanse CIDH, *Informe de país México...*, *cit.*; Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez. A/HRC/28/68/Add.3, Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Ginebra, 2014; Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Christof Heyns, A/HRC/26/36/Add.1, Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Ginebra, 2014, y Consejo de Derechos Humanos, *Informe del*

nes Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, al referirse a las consecuencias del despliegue militar señaló:

En ese despliegue, hubo numerosas ejecuciones extrajudiciales a manos de las fuerzas de seguridad, así como de los cárteles, a menudo sin ningún tipo de rendición de cuentas. El Relator Especial observa con preocupación que México sigue sufriendo niveles alarmantes de violencia. Se siguen produciendo incidentes extremadamente violentos, en particular atentados contra el derecho a la vida, a un nivel intolerable.<sup>33</sup>

En este sentido, la CIDH señaló en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México de 2015:

88. Este contexto de lucha contra el narcotráfico y la consecuente militarización de zonas del país ha resultado en varias ocasiones en un incremento de la violencia y de las violaciones a los derechos humanos, así como en mayores niveles de impunidad. Es decir, la atribución a las fuerzas armadas de roles que corresponderían a las fuerzas policiales civiles y el despliegue de operativos conjuntos entre las fuerzas armadas y las instituciones de seguridad estatales y municipales en distintas partes del país, han dado lugar a mayores violaciones de derechos humanos.<sup>34</sup>

La intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública trajo consigo tácticas propias de conflictos armados con sus consecuencias. Se trata de violaciones graves a los derechos humanos que se han arraigado como una conducta cotidiana en un país con democracia representativa. Así, la militarización ha traído consigo prácticas similares a las utilizadas por regímenes dictatoriales o autoritarios, estamos ante lo que es posible llamar una democracia militarizada.

De acuerdo con un estudio realizado por Alejandro Anaya, sobre las violaciones a derechos humanos en el marco de la estrategia militarizada de lucha contra el narcotráfico, se concluyó que del análisis de los indicadores de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos existen “diferencias claras en el tipo de violaciones que suelen cometer las distintas fuerzas: mientras que el ejército parece cometer más actos de tortura, de detención

---

*Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión México, A/HRC/19/58/Add.2, Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Ginebra, 2011.*

<sup>33</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales...*, cit., párr. 8.

<sup>34</sup> CIDH, *Informe de país México...*, cit., p. 61.

arbitraria y de retención ilegal, la marina comete más violaciones al derecho a no ser torturado y al derecho a la vida”.<sup>35</sup>

La militarización ha ido acompañada de un andamiaje ideológico que, por un lado, pretende justificar el despliegue de las Fuerzas Armadas y, por otro, negar o disminuir la importancia de las violaciones graves a derechos humanos en el país. La lógica de guerra se adoptó bajo la idea de que “los muertos de la guerra contra el narcotráfico eran sólo los «enemigos» (narcotraficantes) o los héroes (policías y militares que combatían contra ellos)”.<sup>36</sup> El fenómeno de la desaparición de personas a lo largo del país es un claro ejemplo de ello. De acuerdo con cifras del Registro Nacional de Personas Desaparecidas hay alrededor de 35,000 personas desaparecidas en el país, lo que puede calificarse de una verdadera crisis humanitaria en cuanto a la desaparición misma y los efectos que tiene en otros tantos miles de personas. Esta crisis ha dado lugar a la promulgación de la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017), que conlleva el establecimiento de un andamiaje institucional tanto para la búsqueda de las personas desaparecidas como para la investigación y sanción de los responsables.

Sin embargo, la desaparición de personas ha estado acompañada de un andamiaje ideológico que pone el acento en la víctima como la principal responsable de su desaparición. De acuerdo con el Observatorio sobre Desaparición e Impunidad en México<sup>37</sup> distintas autoridades del país han sostenido discursos que relacionan a la desaparición de las personas con una pretendida actividad criminal. En este sentido, dicho Observatorio ha logrado constatar a partir del análisis de datos sobre desaparición de personas con que cuentan las organizaciones no gubernamentales en el Estado de Nuevo León, que tales aseveraciones no constituyen más que mitos: tanto particulares como agentes estatales cometen la desaparición de personas prácticamente en la misma proporción; cuando la desaparición la cometen agentes estatales están involucrados en la misma proporción autoridades

---

<sup>35</sup> Anaya, Alejandro, *Violaciones a los derechos humanos en el marco de la estrategia militarizada de lucha contra el narcotráfico en México, 2007-2012*, México, Programa de Política de Drogas, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2014, p. 24.

<sup>36</sup> Centro Prodh, *Perpetuar el fallido modelo de seguridad...*, cit., p. 25.

<sup>37</sup> El *Observatorio sobre Desaparición e Impunidad en México* es un proyecto de investigación interinstitucional de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México (Flacso México), el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Universidad de Oxford y la Universidad de Minnesota, que tiene como propósito contribuir a entender el fenómeno de la desaparición en México a nivel local, por medio de análisis cuantitativo y cualitativo de las diferentes fuentes de información.

municipales, estatales y federales; no existe un tipo específico de personas que sean víctimas de desaparición; la mayoría continúa desaparecida. Así, la idea estatal de que los desaparecidos se van por su propio pie y suelen regresar o bien son desaparecidos por estar involucrados en actividades ilícitas ha quedado desarmada.<sup>38</sup>

Aunque la identificación de las Fuerzas Armadas como perpetradores es difícil a partir de los datos con que cuentan los propios familiares de las víctimas, en la medida que con la desaparición de las personas también desaparece la información sobre el evento y los perpetradores, el Observatorio ha podido identificar al menos 25 casos documentados donde esas autoridades perpetraron esta grave violación a los derechos humanos. La mayoría de las personas (56%) desaparecidas fueron capturadas en un retén o en operativo, mientras que otras tantas (el 32%) fueron detenidas directamente por elementos de las Fuerzas Armadas.

Organismos como la CNDH han constatado también la perpetración de desaparición forzada por elementos del Ejército y de la Marina, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos conoce del caso *Alvarado Espinoza y otros vs. México*, sobre la desaparición de tres integrantes de la familia Alvarado por elementos del Ejército mexicano. Se trata del primer caso que será resuelto por la Corte Interamericana ya como resultado de la política antidrogas de 2007 y años subsecuentes.<sup>39</sup>

Lo anterior deja de manifiesto que las consecuencias de llevar a las Fuerzas Armadas a tareas propias de las autoridades civiles de seguridad pública resultan desastrosas en términos de violencia y para los derechos humanos. Aún más, generan un imaginario social también militarizado, donde el país se divide en buenos y malos, los que se merecen las violaciones a derechos humanos y los que aparentemente no les va a suceder nada, hasta que les pasa. La expectativa de la SCJN de que la seguridad pública no puede contraponerse a los derechos humanos se vio incumplida cuando se estableció una política de seguridad que generó un mayor riesgo para la población civil, en mucho, debido a la intervención de las Fuerzas Armadas cuya capacitación y objetivos están diseñados para operar en contextos de guerra o conflicto armado y no así en situaciones de seguridad pública. En el caso mexicano y a pesar de la SCJN, la política de seguridad resultó en

---

<sup>38</sup> Observatorio sobre Desaparición e Impunidad en México, *Informe sobre Desapariciones en el Estado de Nuevo León con información de CADHAC*, México, Flacso México-Universidad de Oxford-Universidad de Minnesota, 2017, pp. 14-24.

<sup>39</sup> Información del caso disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/alvarado\\_espi-noza.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/alvarado_espi-noza.pdf).

mayor inseguridad para la población civil debido a la intervención de las Fuerzas Armadas.

## V. REFLEXIONES PARA PRÓXIMAS DEFINICIONES JURÍDICAS

El débil andamiaje jurídico que implica la AI 01/1996 frente a los operativos permanentes de las Fuerzas Armadas y su intervención en labores cotidianas también permanentes de seguridad pública fue considerado insuficiente por las propias secretarías de Defensa y Marina, así como por los presidentes Calderón y Peña Nieto (2012-2018). Por esa razón, ambos impulsaron la adopción de una Ley de Seguridad Interior que finalmente fue promulgada en 2017 y que regularizaba la actuación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, bajo el argumento de la seguridad interior. Su discusión llevó a una amplia movilización social en el país y a distintos pronunciamientos de organismos internacionales para impedir su adopción, sin que pudieran detener su publicación y final promulgación por parte del Congreso de la Unión.<sup>40</sup>

La movilización social se intensificó para allegar argumentos a la SCJN a fin de que declarara la inconstitucionalidad de dicha ley, de conformidad con el marco de derechos humanos establecido a partir del artículo 1o. constitucional, pero también del propio andamiaje constitucional que en la materia se ha definido en los últimos años, en particular el artículo 21 constitucional que establece la exclusividad de las autoridades civiles para realizar tareas de seguridad pública. Los días 12, 13 y 15 de noviembre de 2018 el Pleno de la Corte conoció diversas acciones de inconstitucionalidad en contra de la ley,<sup>41</sup> a partir de un proyecto elaborado por el ministro Pardo Rebolledo y que planteaba la constitucionalidad de la ley en lo general, aunque con algunas excepciones en cuanto al articulado.

Una mayoría de nueve votos de las y los ministros se manifestó en contra de la propuesta del proyecto y por la invalidez total de la ley impugna-

---

<sup>40</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 2017.

<sup>41</sup> Acciones de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018, 11/2018, 16/2018 y 21/2018. Promovidas, respectivamente, por diversos diputados integrantes de la LXIII Legislatura del Congreso de la Unión, diversos integrantes de la LXIII Legislatura del Senado de la República, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, el Partido Político Movimiento Ciudadano, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Defensoría de los Derechos Humanos del Estado de Querétaro y la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Jalisco.

da.<sup>42</sup> Cada una de las y los ministros sostuvieron posiciones diversas para argumentar la invalidez de la ley, pero el aspecto que obtuvo un mayor consenso entre dichas autoridades judiciales fue la incompetencia del Congreso de la Unión para legislar en la materia, aunque por diversas razones.<sup>43</sup> En su mayoría, las razones por las que se consideró que el Congreso carecía de competencia se centraron en la confusión entre seguridad interior y seguridad pública, en el sentido que lo que efectivamente se regula en la ley en cuestión era la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública y no la seguridad interior, ya sea como parte de la seguridad nacional o bien en relación con la suspensión de derechos.<sup>44</sup>

También respecto del procedimiento llamó la atención la posición de la ministra Piña Hernández, que fue secundada por la ministra Luna Ramos, en el sentido de que el proceso legislativo seguido para la aprobación de la Ley de Seguridad Interior no “respetó los causes que permitan, tanto a las mayorías como a las minorías parlamentarias, expresar y defender su opinión en un contexto de deliberación pública”.<sup>45</sup> Esta posición critica el apresurado proceso legislativo que se llevó a cabo en ambas cámaras y que terminó por impedir una verdadera revisión y discusión sobre el dictamen de la ley.

En cuanto al fondo, resaltan los argumentos de algunos ministros que, sin ser coincidentes, evidencian la gravedad que conllevaba la ley en comento. Tal es el caso de lo expuesto por el ministro Cossío Díaz quien, entre diversas razones, sostuvo la importancia de distinguir entre tiempos de paz y tiempos de guerra que la propia AI 01/1996 no formuló. Lo anterior resulta relevante, de acuerdo con el ministro, porque permite argumentar de manera clara que de acuerdo con la Constitución, en tiempos de paz las Fuerzas Armadas sólo pueden realizar funciones que tengan estricta conexión con la disciplina militar. Además de ese supuesto, el único espacio donde pueden ser convocados por el presidente de la República en tiempos de paz es como consecuencia de la suspensión de derechos y garantías. Para el ministro Cossío, por tanto, del texto constitucional, no se desprende siquiera la

---

<sup>42</sup> El ministro Pardo Rebolledo mantuvo su voto de conformidad con el proyecto presentado y, aunque la ministra Luna Ramos se manifestó en la discusión por la invalidez de la Ley, el día de la votación no estuvo presente por lo que su voto no fue considerado.

<sup>43</sup> La ministra Luna Ramos y los ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales (presidente) estuvieron por la competencia del Congreso de la Unión para legislar en la materia.

<sup>44</sup> En esto último hay diversas posiciones, la mayoría se inclinó por sustentar la incompetencia a partir de la confusión entre la seguridad interior y la pública.

<sup>45</sup> SCJN, Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del Pleno, 13 de noviembre de 2018.

posibilidad de colaboración de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, como quedó establecida en la AI 01/1996 y como fue argumentado en esta ocasión por otros ministros.<sup>46</sup>

Por su parte, el ministro Arturo Zaldívar sostuvo que la Ley de Seguridad Interior constituía un “frade a la Constitución en sentido técnico”, en tanto dice regular la seguridad interior cuando lo que efectivamente se regula es la participación de las Fuerzas Armadas en la seguridad pública. El ministro no niega la posibilidad de que en ciertos contextos sea necesaria la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública y lo anterior podría ser considerado constitucional a partir de una interpretación sistemática de los artículos 21, 89 y 129, pero esta intervención, debe ser excepcional, cumplir los estándares de uso de legítimo de la fuerza, responder al auxilio de las autoridades civiles (y quedar subordinadas a esas autoridades) y llevarse a cabo sólo de manera temporal. De esta forma, se acepta la colaboración de las Fuerzas Armadas con las autoridades civiles para realizar tareas de seguridad pública, pero de manera restringida. Esta argumentación queda enmarcada en los estándares que en la materia ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso en casos contra México.

En efecto, el Tribunal Interamericano ha sostenido que debe limitarse “al máximo el uso de las Fuerzas Armadas para el control de la criminalidad común o violencia interna”.<sup>47</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara en este aspecto. En un caso contra el Estado mexicano, de cumplimiento obligatorio para las autoridades del país de acuerdo con la jurisprudencia de la SCJN en la materia, indicó:

89. La Corte considera que la posibilidad de otorgar a las Fuerzas Armadas funciones dirigidas a la restricción de la libertad personal de civiles, además de atender a los requisitos de estricta proporcionalidad en la restricción de un derecho, debe responder, a su vez, a criterios estrictos de excepcionalidad y debida diligencia en la salvaguarda de las garantías convencionales, teniendo en cuenta, como ha sido señalado (supra párrs. 86 y 87), que el régimen propio de las fuerzas militares al cual difícilmente pueden sustraerse sus miembros, no se concilia con las funciones propias de las autoridades civiles.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220.

<sup>48</sup> *Idem.*

En su intervención, el ministro Gutiérrez Ortiz Mena hizo hincapié en la importancia de reconocer que el contenido del artículo 21 constitucional, en el sentido de que la seguridad pública corresponde a las autoridades civiles, constituye una verdadera garantía orgánica de la Constitución y por lo tanto deben quedar sujetas a los principios de un Estado democrático de derecho, tales como la proporcionalidad y la racionalidad, así como la exhaustividad. La Ley de Seguridad, argumenta el ministro, carece de esos parámetros, en particular diluye la excepcionalidad del uso de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública y, por tanto “transgrede la obligación internacional de prevenir, a través de medidas legislativas claras, fenómenos con el potencial de generar serias violaciones a los derechos humanos”.<sup>49</sup>

La invalidez de la Ley de Seguridad Interior sin duda significó un paso adelante en la preservación de los derechos, sin embargo, apenas unos días después de esta resolución y casi después de tomar protesta, el nuevo presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador, envió un paquete de reformas constitucionales para poner en marcha una Guardia Nacional, integrada fundamentalmente por elementos del Ejército y la Marina. Con estas reformas se pretenden sortear los argumentos esgrimidos por las y los ministros en sus deliberaciones respecto de la Ley de Seguridad Interior y establecer un paraguas constitucional de protección para asegurar la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública.

Aún más, la propuesta del Ejecutivo Federal recoge muchos de los argumentos esgrimidos por el ministro Eduardo Medina Mora<sup>50</sup> al referirse a la Ley de Seguridad Interior y quien es el encargado de elaborar el engrose de la acción de inconstitucionalidad correspondiente. En su intervención, el ministro Medina Mora sostuvo la incompetencia del Congreso para legislar en materia de seguridad interior, sin embargo, mantuvo la posición de que las Fuerzas Armadas pueden actuar en apoyo de las autoridades civiles en tareas diversas de seguridad pública, sin que sea necesaria la suspensión de derechos y garantías, siempre y cuando se limite su intervención.

De manera particular señaló que la “Constitución contempla la existencia de la Guardia Nacional, como una milicia de las entidades federativas que puede ser utilizada dentro del territorio nacional, sin que sea necesaria

---

<sup>49</sup> SCJN, Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del Pleno, 15 de noviembre de 2018.

<sup>50</sup> El ahora ministro Eduardo Medina Mora, fue secretario de seguridad pública de 2005 a 2006 y posteriormente procurador general de la República de 2006 a 2009 en el gobierno del ex presidente Felipe Calderón, cuando inició la llamada “guerra contra el narco” y la expansión del uso de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública.

una declaratoria de guerra”.<sup>51</sup> A partir de ello establece las líneas generales de lo que después sería la propuesta de reforma constitucional del presidente López Obrador:

- En cuanto al problema del entrenamiento, que la policía militar ha sido entrenada con reglas policiales para objetivos no propiamente militares.
- En cuanto al problema de la necesidad, que debe responderse “desde la óptica de las entidades federativas que requieren del auxilio”.
- En cuanto al problema de la responsabilidad, que las autoridades civiles de los tres niveles de gobierno han eludido su responsabilidad y la han dejado recaer en las Fuerzas Armadas, por lo que es necesario que la reasuman.<sup>52</sup>

A estos lineamientos se agrega también la posición del ministro Laynez respecto de la excepcionalidad y temporalidad, al proponer que se establezca una vigencia temporal “de un año, de dos años o tres años, revisable por el Congreso anualmente”, para la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública.<sup>53</sup> Además de que se han convocado a audiencias públicas con personas expertas y representantes de organismos como las Naciones Unidas para debatir el dictamen de la Guardia Nacional, lo que llevaría a constatar una amplia discusión y debate de esta iniciativa a diferencia de la Ley de Seguridad Interior, al menos en términos formales.

De aprobarse la reforma constitucional que permita el establecimiento de una Guardia Nacional que otorgue facultades constitucionales a las Fuerzas Armadas para llevar a cabo tareas de seguridad pública, la SCJN tendrá frente a sí un reto aún mayor que el que tuvo ante la Ley de Seguridad Interior. Deberá analizar una reforma constitucional y decidir si se toma en serio al artículo 1o. constitucional y sus consecuencias para la estabilidad, contenido y alcance de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte.

No obstante, en los últimos años la SCJN no ha tenido una tendencia positiva respecto de la integración de los órdenes nacional e internacional de derechos humanos que pudieran servir de parámetro y límite a una reforma constitucional esta naturaleza. Además, por más que la decisión respecto de la Ley de Seguridad Interior podría considerarse esperanzadora, lo cierto

---

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> *Idem.*

es que los propios argumentos esgrimidos por las y los ministros parecerían ir, con mayor o menor extensión, en el sentido de la reforma constitucional propuesta por el presidente López Obrador. La movilización de la sociedad civil proseguirá su lucha, iniciada desde la AI 01/1996 y vigente hasta ahora. Queda por recorrer un camino desde la esperanza al pesimismo y desde ese pesimismo a nuevas rutas de exigibilidad de los derechos.

## IDENTIDADES DE GÉNERO Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. COMENTARIO AL AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008

Ana Micaela ALTERIO\*

SUMARIO: I. *Introducción al caso.* II. *El caso ante la Corte.* III. *Comentarios a la sentencia.* IV. *Diez años después...* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN AL CASO

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (SCJN) en el amparo directo civil (ADC) 6/2008 dictada el 6 de enero de 2009 (en adelante “la sentencia”) constituye sin dudas un hito en la labor de esta institución. Esto no sólo por su novedad, sino por el cuidadoso tratamiento dado a los asuntos que debían resolverse. Por supuesto, como en cualquier caso, son muchos los comentarios críticos que pueden hacersele. Sobre todo porque han pasado ya casi diez años desde que se dictó la misma y muchas cuestiones han cambiado en nuestra realidad, que vuelven indispensable revisar las decisiones pasadas para ver hasta qué punto responden a las necesidades actuales.

Permítaseme empezar entonces, de modo resumido, por los hechos del caso poniéndolos en contexto. En el Distrito Federal (DF), ahora Ciudad de México (CDMX), desde el año 2004 es posible que las personas realicen modificaciones en el acta de nacimiento para reflejar un cambio de sexo. La previsión estaba en la fracción II del artículo 135 del Código Civil (CC)

---

\* Profesora en el ITAM. Candidata investigadora Conacyt. Este artículo fue presentado en el III Observatorio Internacional de Derechos Humanos, organizado por la Academia Interamericana de Derechos Humanos y el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México en junio de 2017 y fue entregado para su publicación en el libro correspondiente a dicho evento. Agradezco a la organización el permiso para reproducirlo en este libro.

local que permitía la “rectificación del acta de nacimiento por enmienda cuando se solicite variar algún nombre u otro dato esencial que afecte el estado civil, la filiación, la nacionalidad, *el sexo y la identidad*”.<sup>1</sup>

Acogiéndose a esta posibilidad, el 19 de diciembre de 2005 se inició una demanda en la vía civil en la que se solicitó: 1) la rectificación de su acta de nacimiento para cambiar su nombre masculino por el de Patricia, con la finalidad de adecuar su acta a la realidad social y jurídica; 2) la rectificación en lo relativo a la mención registral del sexo masculino por el de femenino, y 3) que se ordene a la dirección del Registro Civil, una vez hechas las anotaciones correspondientes, que no se publique ni expida constancia alguna que revele el origen de la condición de la persona, salvo providencia dictada en el juicio. Además, que se levante una nueva acta de nacimiento atendiendo al derecho a la privacidad de las personas y a los derechos de la personalidad dado que esta acción no lesionaría derechos de terceros. Lo anterior en aplicación, por analogía, de lo previsto por el mismo CC para casos de adopción o reconocimiento de hijxs<sup>2</sup> con posterioridad al registro de nacimiento (artículos 82, 86 y 87, así como artículo 66 del Reglamento del Registro Civil del DF) por ser supuestos jurídicos similares (ADC 6/2008: 2).

Para entonces se encontraba vigente el artículo 138 del CC que establecía el procedimiento aplicable en los supuestos de rectificación de actas y cuya previsión establecía textualmente: “La sentencia que cause ejecutoria se comunicará al Juez del Registro Civil y éste hará una referencia de ella al margen del acta impugnada, sea que el fallo conceda o niegue la rectificación”.

El Juzgado Décimo de lo Familiar del DF dictó sentencia en 2007 ordenando la rectificación del acta, pero considerando improcedente lo relativo a la expedición de una nueva acta. Sobre esta resolución, la actora solicitó aclaración de sentencia por resultar confuso que la resolución ordenara la rectificación del acta “únicamente para ajustar el nombre y sexo, sin que ello implique cambio de filiación”. A criterio de la actora, esta sentencia generaba falta de certeza respecto de sus alcances, los cuales tenían incidencia en el ejercicio de los derechos civiles vinculados con su sexualidad (como por ejemplo contraer matrimonio) (ADC 6/2008: 4).

<sup>1</sup> Énfasis añadido.

<sup>2</sup> El lenguaje es y ha sido uno de los campos de la lucha por el reconocimiento, no sólo de las mujeres, sino también de las sexualidades diversas. Ante la dificultad que presenta el nombrar a las personas cuando se escribe sobre estos temas y dada la generalización de la letra “x” (Saldívar Menajovsky, Laura, *Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género*, México, Ediciones UNGS-UNAM, 2017, p. 32) opté en este artículo por utilizarla. En el caso, en lugar de hijas e hijos, “hijxs”.

Sobre la aclaratoria el juez sostuvo que no había lugar toda vez que los alcances no implicaban cambio de filiación ni la facultaban para contraer matrimonio. “La rectificación de nombre y sexo sería plasmada en los renglones correspondientes de su acta de nacimiento sin desconocer que el sexo de origen era masculino” (ADC 6/2008: 4). Hasta aquí la sentencia en lo civil, que fue apelada y confirmada por la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del DF. Contra esta última se interpuso amparo directo ante el Octavo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil<sup>3</sup> que finalmente fue atraído por la SCJN en 2008.

## II. EL CASO ANTE LA CORTE

Vale anotar aquí que la facultad de atracción la ejerció la Primera Sala de la SCJN después de que la quejosa la solicitara y, por falta de legitimación, decidiera el ministro José Ramón Cossío Díaz hacerla suya por considerar que el asunto revestía importancia y trascendencia, remitiéndose al Tribunal en Pleno para su resolución. En el amparo, la parte quejosa adujo que la sentencia reclamada era inconstitucional desde que el artículo 138 del CC, al establecer la forma en que se llevaría a cabo la inscripción de la sentencia, violaba los principios de igualdad, no discriminación, el derecho a la dignidad de la persona y a la salud. Asimismo, sostuvo que se impedía su derecho a la privacidad y a un pleno desarrollo de la personalidad.

Para sostener su solicitud de amparo, Patricia explica que la *transsexualidad es un trastorno* de la identidad de género contemplado en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, susceptible de ser tratado por un equipo interdisciplinario de especialistas para cubrir tres aspectos del tratamiento. Por un lado, el aspecto psicológico, que ayuda a integrarse al sexo deseado. En segundo término, el aspecto médico, que a través de tratamientos, principalmente hormonales, permite la modificación de los caracteres secundarios y, finalmente, el aspecto quirúrgico que modifica los genitales y su funcionalidad. La actora había recibido todos estos tratamientos a lo largo de su vida, pero a su criterio, al no contar con el reconocimiento legal de su personalidad, no podría lograr un estado completo de bienestar físico, mental y social, y con ello su

---

<sup>3</sup> A su vez la quejosa interpuso un amparo indirecto *ad cautelam*, para el cual el Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Civil se declaró incompetente y envió al Octavo Tribunal Colegiado, el que lo unió para su tratamiento al amparo directo por tratarse de cuestiones estrechamente relacionadas (ADC 6/2008: 6 y 7).

salud, de conformidad con la definición que proporciona la Organización Mundial de la Salud (OMS) (ADC 6/2008: 53).

Vamos ahora a la sentencia de la SCJN, que no declaró la inconstitucionalidad del artículo 138 del CC que preveía la anotación marginal del juicio de rectificación. Según dijo la mayoría de la Corte, al ser ésta una norma de carácter general no puede hacer depender su constitucionalidad de la situación específica de la persona quejosa. De hecho, declara, al ser el estado civil uno de los atributos de la personalidad, es necesario que se conozca, lo cual se consigue a través de la anotación marginal en el acta rectificadora (ADC 6/2008: 65).

Ahora bien, sigue la SCJN, lo imputable al artículo objetado (y a todo el sistema de rectificación de actas) es “la omisión en que incurre al no prever, en concreto, el supuesto y consecuencias específicos tratándose de sujetos transexuales”. Por lo que es la sentencia reclamada la que deviene inconstitucional desde que el *a quo* debió haber realizado una labor de integración del derecho que colme la laguna de ley que se presentaba, para así salvaguardar los derechos fundamentales de la quejosa (ADC 6/2008: 66).

Luego de establecer lo anterior, pero antes de dedicarse a los planteamientos concretos de la quejosa, la SCJN estima necesario realizar una definición de conceptos que sustente sus posteriores conclusiones (ADC 6/2008: 67 y ss.). De este glosario indispensable (sobre todo si se tiene en cuenta la labor educadora que realiza la Corte hacia los tribunales inferiores, pero también hacia la sociedad), me interesa destacar la distinción que hace sobre la palabra *sexo*. En este punto la SCJN distingue entre *sexo físico* y el *sexo psicológico*, donde el primero es producto de la configuración anatómico-fisiológica de la persona, con una naturaleza eminentemente corpórea, mientras el segundo, también llamado *identidad sexual*, se caracteriza por el sentimiento interno de pertenencia a uno u otro sexo. En este sentido, el término se acerca mucho al de *género*, que se define como la “consideración del sexo sentido y vivido como producto de la actividad psico-social y cultural de la persona”.<sup>4</sup> Es importante agregar que estas categorías son distintas a la *orientación sexual* que se asocia a la práctica *homo o hetero-sexual*.

De allí pasa a considerar el llamado *sexo legal o jurídico*, que es el que se atribuye en los ordenamientos jurídicos a la persona, comúnmente según el sexo morfológico, es decir, mediante la revisión de los genitales de la persona recién nacida. Bien, la SCJN afirma —y este es uno de los puntos centra-

---

<sup>4</sup> Es importante resaltar que las definiciones dadas por la SCJN son compatibles con las que recientemente utilizara la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva 24/17, en el “Glosario” (OC-24/17: 15 y ss.)

les de la sentencia— que se le debe dar prelación o preeminencia al factor subjetivo del sexo, es decir, al criterio psicosocial sobre la apariencia física para determinar el sexo legal. (ADC 6/2008: 70 y 97) Y esta afirmación es importantísima para las personas transexuales, pues son aquellas que: “Naciendo con un sexo determinado desde el aspecto meramente anatómico o morfológico, no se identifican con él y tienen un incontenible deseo de cambiarlo por el otro sexo, por el opuesto, con el que sí se sienten identificados” (*sic*) (ADC 6/2008: 71).

Así, la Corte reconoce que la persona transexual desea ser reconocida y tratada socialmente como miembro de otro sexo. Que se siente *atrapada en un cuerpo extraño*, por lo que hay una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente y vive como propio y el que, anatómica y registralmente, le corresponde por sus órganos. De allí que la persona transexual generalmente desee corregir su sexo anatómico mediante un tratamiento hormonal y/o quirúrgico. Así todo, se entiende que esta persona sólo adquirirá su verdadera identidad sexual cuando consiga adecuar su sexo legal, cuando logre rectificar la mención registral de su nombre y sexo a través de las vías legales establecidas para ello. Es en ese momento que puede considerarse que adquiere todos los derechos (ADC 6/2008: 73).

A renglón seguido, la sentencia se ocupa de otra distinción conceptual que me interesa resaltar, no por su pertinencia para la resolución del caso, que es baja, tampoco por su valor educativo, que podría ser mejor, sino por la puerta que abre para el análisis y que retomaré al momento de realizar los comentarios a la misma. La SCJN distingue ahora (ADC 6/2008: 74) entre personas transexuales y *estados intersexuales*, estableciendo estos últimos cuando un elemento objetivo cromosomático es imperfecto. En otras palabras, cuando hay una *ambigüedad* en el sexo físico<sup>5</sup> que puede presentarse tanto al

---

<sup>5</sup> Laura Saldivia Menajovsky detecta al menos ocho factores a fin de determinar el sexo de una persona, a saber: 1) sexo genético o cromosómico —xx o xy—; 2) sexo gonadal —glándulas reproductivas sexuales: testículos y ovarios—; 3) sexo morfológico interno —vesículas seminales, próstata o vagina, útero, trompas de Falopio—; 4) sexo morfológico externo —genitales—; 5) sexo hormonal —andrógenos y estrógenos—; 6) sexo fenotípico —características sexuales secundarias—; 7) sexo asignado y sexo de crianza, y 8) identidad sexual. Saldivia Menajovsky, Laura, *op. cit.*, p. 36. Cuando se habla de intersexualidad, se está ante la falta de concordancia o correlación de alguno de estos factores, por ejemplo, una persona que presenta gónada femenina (ovario/s) y pene (órgano genital masculino). Anne Fausto-Sterling, en su artículo “Los cinco sexos” explica que en realidad las posibilidades biológicas superan las restricciones incluso de las cinco categorías que menciona. Véase Fausto-Sterling, Anne, “The Five Sexes: Why Male and Female are not Enough”, *The Sciences*, marzo-abril de 1993, pp. 20-25. Traducción al castellano disponible en: <http://www.museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/150121sterling2.pdf>, 79-89 (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018).

nacer como en el desarrollo de la persona y que, en palabras de la Corte, “demanda decidirse por uno de los sexos”. A diferencia de estos estados, las personas transexuales no presentan una *composición cromosomática y anatómico-genital anormal*, sino un sentir psicológico que hace que se perciban como pertenecientes a un sexo distinto del biológico (ADC 6/2008: 74). La SCJN usa esta distinción sólo para decir que Patricia fue diagnosticada de ambos supuestos, pero no establece ninguna consecuencia jurídica diferente para las personas intersexuales.

Terminadas las definiciones e insistiendo en la importancia del sexo legal en caso de personas transexuales, la SCJN entra a analizar los derechos fundamentales en juego (ADC 6/2008: 75 y ss.). Lo más relevante en este particular es que se reconoce por primera vez el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Un derecho que si bien no encuentra un sustento positivo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la SCJN desprende del artículo 1o. constitucional, que prohibía toda discriminación que atente contra la dignidad humana motivada por, entre otras cosas, el género y el sexo. Este es un punto fundamental de la sentencia por varios motivos. Primero, porque dio pie a un desarrollo doctrinal y jurisprudencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad que permitió sentencias tan importantes como el amparo directo en revisión 917/2009 (sobre la posibilidad de divorcio sin causa), una serie de sentencias relacionadas con el matrimonio igualitario (desde la acción de inconstitucionalidad 2/2010, el amparo en revisión 615/2013, la acción de inconstitucionalidad 28/2015, entre otras) o el amparo en revisión 237/2014 (conocido como caso *Marihuana*). Pero sobre todo porque abrió la interpretación del artículo 1o. constitucional al derecho internacional de los derechos humanos mucho antes de que sucediera la reforma de 2011 en esta materia, estableciendo su plena aplicación y demostrando que el caudal garantista de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) ya era importante y podía ser eficaz.<sup>6</sup>

La SCJN afirma que del respeto a la dignidad humana se desprende la posibilidad de elegir de forma libre y autónoma el propio proyecto de vida. Abrazando las bases del liberalismo<sup>7</sup> entiende por libre desarrollo de la personalidad (un derecho que encuentra asidero positivo en la Constitución

---

<sup>6</sup> Vela Barba, Estefanía, “El ministro Valls”, *El Universal*, México, 4 de diciembre de 2014, disponible en: [http://blogs.eluniversal.com.mx/weblogs\\_detalle.php?p\\_fecha=2014-12-04&p\\_id\\_blog=184&p\\_id\\_tema=21174](http://blogs.eluniversal.com.mx/weblogs_detalle.php?p_fecha=2014-12-04&p_id_blog=184&p_id_tema=21174) (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018).

<sup>7</sup> Nino, Carlos Santiago, “Las concepciones fundamentales del liberalismo”, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, 1978, vol. 4, pp. 141-150.

alemana, usada en algunos casos como referencia) “la singularización”, “el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados”, es decir, la posibilidad de decidir el sentido de su propia existencia (ADC 6/2008: 86 ). Este derecho comprende para la SCJN, entre otras, las libertades de contraer o no matrimonio, de procrear hijos, en qué momento de la vida, cuántos o no procrear, la libertad de escoger la apariencia personal, la libre opción sexual, etcétera.

Luego reconoce los derechos a la salud como bienestar general, y derivado de la misma dignidad humana, la Corte desprende los derechos a la intimidad y la propia imagen, relacionados ambos con la vida privada, como derechos personalísimos que imponen obligaciones de respeto a los demás (ADC 6/2008: 87 y 88). En este sentido, se presentan éstos como derechos de defensa y garantía esencial de la condición humana (ADC 6/2008: 89). Tanto la identidad personal como la identidad sexual (que excede a la orientación sexual para proteger la autopercepción o autodeterminación sexual) están protegidos por estos derechos de intimidad, implícitos en la CPEUM.

Con respecto a la reasignación sexual, la SCJN, tras hacer un repaso por la tendencia en el derecho comparado, establece que puede comprender o no una cirugía a este fin con el objeto de adecuar el estado psico-social a su físico. Pero insiste en que ésta es una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad. Remarcando que para alcanzar el estado de bienestar general, no basta que la adecuación sexo legal, sexo psicológico se limite a una anotación marginal en el acta de nacimiento, pues esto haría que perviviera una situación tortuosa para la quejosa toda vez que tendría que revelar su condición de persona transexual cada vez que mostrara su acta. Esto implicaría una injerencia arbitraria en su vida privada que no se justifica a la luz de los valores del orden público que se suelen invocar (ADC 6/2008: 97 y ss.).

Aun así, la SCJN se hace eco de las preocupaciones por la falta de certeza que la reasignación sexual podría causar a derechos de terceros y establece que la información anterior de la persona quedará reservada y podrá hacerse conocer judicialmente y que los derechos y obligaciones generados con anterioridad a la reasignación no se modifican ni se extinguen (ADC 6/2008: 104).

Nótese que en todo momento la SCJN pone énfasis en los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la privacidad como pilares de su argumentación. Esta opción puede verse en desmedro de otros principios fundamentales que pudieron haber sustentado el fallo, como son los de igualdad y no discriminación. A primera vista una afirmación como la an-

terior puede resultar llamativa, pues podría afirmarse que ambas perspectivas no compiten y más bien son complementarias. De hecho, el derecho a la igualdad está mencionado también en la sentencia. Sin embargo, al momento de realizar los comentarios al fallo, sostendré que se pueden desprender distintas consecuencias sustantivas y procedimentales de la lógica interna de cada uno de esos argumentos y, finalmente, que los principios igualitarios son una guía preferible para abordar este tipo de casos.<sup>8</sup>

Es importante en este punto recordar que de forma concomitante al caso, en el año 2008 el DF modificó su CC agregando el artículo 135 bis, contemplando la expedición de una nueva acta de nacimiento para los casos de reasignación de concordancia sexo-genérica, definiendo la misma como el:

...proceso de intervención profesional mediante el cual una persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, que puede incluir parcial o totalmente el entrenamiento de expresión de rol de género, la administración de hormonas, psicoterapia de apoyo o intervenciones quirúrgicas que haya requerido su proceso y tendrá como consecuencia mediante resolución judicial, una identidad jurídica de hombre o mujer según corresponda. Entendiendo por identidad de género a “la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino... inmodificable, involuntaria y [que] puede ser distinta al sexo original” (artículo 135 bis del CC, ahora nuevamente modificado).

Esto puede hacer pensar que a la SCJN se le presentaba un caso *fácil*, pues su decisión, en todo caso, necesitaba únicamente seguir las innovaciones legales que el DF había realizado. Sin embargo, y a pesar de los requisitos que el Código de Procedimientos Civiles (CPC) estableció para hacer posible la reasignación de concordancia sexo-genérica, la Corte se cuidó mucho de repetirlos o establecer otros, dejando la puerta abierta para posteriores avances en la materia.<sup>9</sup> Volveré también sobre este punto en los comentarios.

---

<sup>8</sup> Burt, Bo, “Regulando la sexualidad: Libertad frente a la Igualdad”, *Yale Law School*, New Haven, 2009, p. 2, disponible en: [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student\\_Organizations/SELA09\\_Burt\\_Sp\\_PV.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Burt_Sp_PV.pdf) (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018); Niembro Ortega, Roberto, “Entre el liberalismo y el igualitarismo. Análisis del discurso de la Suprema Corte en la jurisprudencia sobre matrimonio igualitario”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

<sup>9</sup> Por avances me refiero a la posibilidad de realizar la reasignación con menores requisitos.

Por último, permítaseme señalar, sucintamente, el procedimiento de los artículos 498 y 498 bis del CPC para llevar adelante la demanda de solicitud de levantamiento de una nueva acta de nacimiento. Estos artículos supeditan el trámite de reasignación de concordancia sexo-genérica a la presentación de un dictamen que determine que la persona se encuentra sujeta al proceso de reasignación con un mínimo de cinco meses, expedido por dos profesionistas o peritos con experiencia, uno de los cuales debe ser responsable del tratamiento. Además se debe comparecer a la audiencia con el perito (so pena de declarar desierta la probanza), testigos que pueden ser interrogados por el juez y estar a los otros medios de prueba que se estimen convenientes, a la eventual oposición que pueda manifestar el Registro Civil y a los alegatos del agente del Ministerio Público.

La legislación defena también previó en el artículo 498 bis 8 que una persona que ya hubiera obtenido el levantamiento de una nueva acta de nacimiento con motivo de reasignación para la concordancia sexo genérica y encontrara que ésta no es acorde con su identidad de género, pudiera proceder a su restitución siguiendo el mismo procedimiento.

### III. COMENTARIOS A LA SENTENCIA

Lo primero a decir es que si bien el fallo fue votado por unanimidad del Pleno de la SCJN, hubo cinco votos concurrentes que manifestaron su disconformidad con no haber declarado la inconstitucionalidad del impugnado artículo 138 del CC. En principio esta consideración pareciera no tener mayores efectos. Recuérdese que el caso llega en el marco de un amparo directo, cuyos efectos son únicamente para el caso concreto, es decir, sólo aplicables a las partes que impugnan. Sin embargo, si insistimos en el papel de la SCJN como interlocutor para la construcción de sentido constitucional y en la importancia de los mensajes que, tanto las normas como las sentencias dan al resto de la sociedad<sup>10</sup> una declaración de inconstitucionalidad hubiera sido preferible.

Quizá, haber declarado la inconstitucionalidad del artículo hubiera mandado un mensaje a los poderes legislativos de todo el país, sobre la necesidad de prever el caso particular de lxs transexuales para el levantamiento de una nueva acta de nacimiento, so pena de que se declararan inconstitucionales los homólogos al artículo 138 del CC del DF. Incluso, hubiera

---

<sup>10</sup> Alterio, Ana Micaela, “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 20, 2016, pp. 1-32.

abierto la puerta para cuestionar, de forma más radical, los alcances discriminatorios que tiene la consignación del sexo binario en las mismas actas de nacimiento.<sup>11</sup> Esta segunda alternativa, que lejos de propiciar el reconocimiento de la diferencia basada en la privacidad de las personas o el libre desarrollo de la personalidad, auspicia el trato igual de todas las personas en tanto humanas, fue la que no se abrió con la sentencia y que hubiera podido surgir de poner el énfasis en el principio de igualdad en lugar de en la privacidad. Permítaseme explicarlo mejor, quizá valiéndome de un rodeo.

En el caso bajo análisis hay una demanda clara de una mujer transexual que quiere adecuar su acta de nacimiento a su realidad social. Pero también hay otros elementos presentes que, al no estar en la disputa particular, se dejaron de lado. Uno de ellos es que Patricia tenía características intersexuales. La SCJN al pasar por el recuento de estos hechos, simplemente afirma que tales estados (patológicos) *demandan el decidirse* por uno de los dos sexos (ADC 6/2008: 74). He aquí el problema. La sentencia acriticamente reafirma el binarismo de los sexos, negando el reconocimiento de la intersexualidad como un estado admisible de la personalidad.<sup>12</sup> Esta negación, con la consecuente invisibilidad de las personas intersexuales, contribuye a legitimar una práctica de intervenciones jurídicas, médicas y psico-sociales que han sufrido las personas intersexuales, terriblemente invasivas y dolorosas, en pro de la *normalización* de las mismas y la asignación de un género basado en el *sexo verdadero*.<sup>13</sup> Siguiendo a Burt y como respuesta a este reduc-

---

<sup>11</sup> De hecho esa fue la evolución que tuvo la protección en la SCJN del matrimonio para personas del mismo sexo tiempo después, que de una declaración muy reducida de reconocimiento basado en el libre desarrollo de la personalidad (AI 2/2010) pasó a establecer jurisprudencia genérica (el 19 de junio de 2015) en relación con la inconstitucionalidad de la figura del matrimonio que excluya a las parejas del mismo sexo y en relación con la libertad configurativa del legislador, la cual se encuentra ahora limitada por el principio de igualdad y no discriminación. Tesis 1a./J. 43/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 536. MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL).

<sup>12</sup> Así, la sentencia por un lado reconoce los estados intersexuales como aquellos en los que la realidad biológica no encaja en el molde convencional de *masculino* o *femenino*, reconoce que la identidad de género es una construcción social, pero de allí no continúa con la valoración/legitimación de esos estados para su reconocimiento, sino que sin justificar, acota la libertad de estas personas para elegir su identidad de género a las posibilidades disponibles, socialmente construidas de *masculino* o *femenino*. Sobre el tema véase Burt, Bo, *op. cit.*, p. 4.

<sup>13</sup> Saldívia Menajovsky, Laura, *op. cit.*, p. 38; ADC 6/2008: 74. Por cuestiones de espacio no puedo detenerme en este tema, baste con mencionar la posibilidad legal de que los progenitores de una persona intersexual acepten, con la asistencia de médicos, realizar inter-

cionismo, es posible imaginar que la restricción binaria sea ampliada para admitir una nueva categoría de *intersexuales*<sup>14</sup> o, de manera más drástica, “eliminar las categorías de género a fin de subrayar su condición social antes que biológica”.<sup>15</sup>

Retomando entonces la crítica a la sentencia, quizá el problema del artículo 138 impugnado no fuera tanto el no prever el caso específico de los transexuales para las consecuencias de la rectificación del acta de nacimiento, sino el aceptar como precondition para la confección de la misma, la asignación de uno de los dos sexos permitidos. Desde el argumento de la privacidad, parece que el problema se reduce a que la persona *libremente elija* qué sexo debe asignársele en el acta, quedando fuera el cuestionamiento anterior. Pero como acabo de sugerir, esta *solución* es deficiente para otro tipo de casos (como los de intersexualidad<sup>16</sup>) y además insuficiente, pues no enfrenta un cúmulo de situaciones de subordinación que las personas que no encajan en las categorizaciones sociales de género dominante enfrentan a diario.<sup>17</sup>

---

venciones quirúrgicas a recién nacidos a fin de otorgar un aspecto *masculino* o *femenino* a sus genitales, tengan que decidir uno de los dos sexos reconocidos para proceder a la anotación en el registro civil de las personas, entre otras.

<sup>14</sup> En un reconocimiento de identidades de género diferentes. Esta solución ha sido adoptada por países como Nueva Zelanda (2011) que permiten la identificación con una *X* para el llamado *tercer género* o Alemania (2013) que permite registrar a bebés intersexuales como con *sexo indeterminado*. También ha sido reconocida esta posibilidad judicialmente en países como Australia (2014) para establecer el sexo como *no definido* o en Francia (2014) como *género neutral* (agradezco estos datos a Priscila René Monge Kincaid). También hay fallos de las Cortes Supremas de la India (2012) y Nepal (2007) ordenando a sus respectivos gobiernos reconocer el tercer género. Sin embargo, cabe destacar que este *tercer casillero* también es susceptible de crítica pues, por un lado, no logra frenar la estigmatización que las personas a las que se les asigna sufren en la sociedad (incluso puede aumentar la exclusión más que mejorar el estatus de estas personas), y por otro, puede generar mayor propensión de padres y madres de bebés intersexuales para realizar operaciones quirúrgicas. Véase van den Brink, Marjolein y Tigchelaar, Jet, “Gender Identity and Registration of Sex by Public Authorities”, *European Equality Law Review*, issue 2, 2015, pp. 38 y 39. Podría proponerse una solución intermedia según la cual se acepte la asignación tripartita: masculino-femenino-X a los efectos del registro de las personas (por ejemplo, para fines estadísticos, de planificación en materia de salud, acciones afirmativas, entre otros), tomando el género como información (o dato) personal sensible, sin que el mismo conste en ningún documento público, o al menos, en los menos posibles. van den Brink y Tigchelaar, *op. cit.*, p. 40.

<sup>15</sup> Burt, Bo, *op. cit.*, p. 4.

<sup>16</sup> O de transexualidades diversas. Véase Escobar Cajamarca, Manuel Roberto, *Cuerpos en resistencia: corporalidad, resistencia y poder en los movimientos sociales latinoamericanos. Estudio comparativo México-Colombia*, México, Facultad de Filosofía y Letras-Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2011, Tesis de Doctorado en Estudios Latinoamericanos, pp. 85-87, 119.

<sup>17</sup> Burt, Bo, *op. cit.*, p. 5.

Por su parte, una solución basada en argumentos de igualdad podría haber tenido mayores alcances. Se pudo haber reconocido que el problema no se salva únicamente permitiendo el cambio de un sexo por otro en las actas de nacimiento (lo que no quita que sea una medida preferible a su negación), sino que continúa en tanto persistan visiblemente las categorías sociales que permiten la desigualdad y que están en el centro del daño.<sup>18</sup> En palabras de Burt:

[E]l núcleo del problema es el estigma social hacia cualquier desviación evidente de la bimodalidad en materia de género; un estigma profundamente arraigado debido a que la bimodalidad se entiende normalmente como la “realidad biológica” de que todos los seres humanos son ya sea “masculinos” o “femeninos”; por lo que cualquier variación de esta norma está ubicada, en cierto sentido, fuera de los límites de la humanidad.<sup>19</sup>

Bajo un argumento igualitario, el papel de la SCJN se transforma, pues identifica el problema central como uno de estigmatización social y subordinación de las personas —en este caso transexuales o intersexuales— y, a la vez, evalúa las estrategias que pueden contribuir a enfrentarlo de modo apropiado.<sup>20</sup> Así, la SCJN no sólo se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley que excluye a un individuo o grupo, sino que “puede tomar partido en la disputa cultural y defender nuevos significados que combaten la subordinación”.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> El argumento se refuerza por el impacto especialmente dañino que dichas categorías (femenino-masculino) tienen en niños pequeños que pertenecen a la categoría socialmente estigmatizada (intersexuales). *Ibidem*, p. 6.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 7 y 8.

<sup>20</sup> En este sentido, Fraser se pregunta si hay que reconocer los caracteres distintivos o no (Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Madrid, Morata, 2003, p. 49) y su respuesta es: *depende*. Para poder entonces saber cuándo sí y cuándo no se requiere de un criterio. La autora propone “la paridad participativa como norma de evaluación” en lugar de la autorrealización. *Ibidem*, p. 44. Así, se habilitan soluciones dependiendo del contexto: en algunos casos, se puede precisar que se les descargue de caracteres distintivos excesivos que se les hayan adjudicado o atribuido; en otros, que necesiten que se tengan en cuenta caracteres distintivos que, hasta el momento, no se han reconocido lo suficiente. En otros casos más, es posible que se precise prestar atención en los grupos dominantes o privilegiados, poniendo de manifiesto los caracteres distintivos de estos últimos, que se han presentado engañosamente como universales. Otra posibilidad es que se necesite deconstruir los mismos términos en los que se expresan las diferencias atribuidas. Por último, puede que se precisen todas las anteriores o varias de ellas, según los obstáculos que se enfrenten. *Ibidem*, p. 51.

<sup>21</sup> Niembro Ortega, Roberto, *op. cit.*, p. 275.

Estas distintas modalidades de aproximarse al problema reproducen en cierta medida algunos debates que se dan a partir de los reclamos de reconocimiento y redistribución.<sup>22</sup> En este sentido, me parece adecuada la postura de Fraser cuando propone enfrentar los problemas de reconocimiento como cuestiones de justicia. Aquí otra vez, el foco no se puede reducir a la autorrealización de la persona, sino a la injusticia que significa que a ciertas personas o grupos:

Se les niegue el estatus de interlocutores plenos en la interacción social como consecuencia sólo de unos patrones institucionalizados de valor cultural en cuya elaboración no han participado en pie de igualdad y que menosprecian sus características distintivas o las características distintivas que se les adjudican.<sup>23</sup>

A la hora de pensar en los remedios institucionales para remediar estas injusticias, la autora se inclina por estrategias transformadoras que, considero, abonan a la postura igualitaria que defiendo aquí. En esta lógica, se aspira a corregir los resultados injustos reestructurando el marco generador subyacente.<sup>24</sup> En otras palabras, estos remedios pretenden, por un lado, desestabilizar las distinciones injustas de estatus, reemplazando las dicotomías exageradas dominantes y, por el otro, formular los derechos en términos universalistas, reduciendo la desigualdad sin crear clases estigmatizadas de personas vulnerables que sean consideradas como beneficiarias de una especial generosidad.<sup>25</sup> En el caso, la traducción de estos remedios podría haber sido declarar la inconstitucionalidad de la asignación de un sexo en el acta de nacimiento más que la posibilidad de *integrarse* al sistema binario dominante cambiando un sexo por otro. Una postura que, si nos tomáramos la crítica al binomio masculino-femenino en serio, podría apoyarse en formas alternativas de identificación, incluso más precisas y neutrales, que el avance de las tecnologías y la lucha contra la inseguridad y el control de los cuerpos en el mundo han hecho posible. Pienso en desde la ya antigua identificación dactilar, hasta los sistemas de identificación oculares, los datos biométricos, entre otros.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *op. cit.*

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>26</sup> Los argumentos que suelen esgrimirse en contra tanto de la posibilidad de cambio de género, como lo serían de la supresión de la identificación sexual propuesta, se basan en los derechos de terceros, el orden público y el interés social (ADC 6/2008: 88) así como en la

Quizá esto sea mucho pedir para una sentencia de la SCJN en el marco de un amparo directo en revisión, suponiendo además que hubiera estado dentro de las preocupaciones inmediatas de la quejosa (lo que no surge de la sentencia). En todo caso me parece una anotación que vale la pena realizar para futuros asuntos, pues sí está dentro de las posibilidades de la Corte resolver los reclamos de reconocimiento a la luz del principio de igualdad.<sup>27</sup> Esto implica considerar la naturaleza de las relaciones existentes dentro de una comunidad y, en particular, si esas relaciones están caracterizadas por el respeto mutuo<sup>28</sup> en lugar de enmarcarlas dentro de la libre elección de proyectos de vida individuales, que no requieren de ninguna valoración ni relaciones sociales, sino sólo del solipsismo judicial.

Para reforzar este punto, piénsese en la diferencia que implica que la SCJN proteja, a través del principio de libre desarrollo de la personalidad, que las personas elijan autónomamente consumir marihuana con fines lúdicos. En ese caso no hay una valoración positiva ni negativa de la elección, simplemente se protege porque es una elección y el Estado no tiene derecho a expresar un juicio moral sobre la misma, asumiendo un papel liberal de Estado *neutral*. Muy distinto es el tema de, por ejemplo, el matrimonio igualitario. En éste, el principio de igualdad es mucho más exigente que el de la privacidad. En este caso no es suficiente la simple aceptación del matri-

---

seguridad. Sin embargo, por un lado, y como lo afirma la SCJN, no considero que el riesgo de lesionar estos valores sociales sea mayor y menos aún se justifique, frente a la lesión que se haría a la dignidad de la persona (su intimidad, vida privada y libre desarrollo de la personalidad). Por otro lado, si consideráramos la supresión directa del dato, creo que además de esos derechos de dignidad, se protegería el derecho a la igualdad y no discriminación. Para reforzar este argumento, piénsese en lo absurdo que hoy sería consignar en el acta de nacimiento la raza: blanca-negra-indígena, entre otras. Podría caber el mismo argumento de seguridad para hacerlo y, de hecho, este conflicto se ha discutido de cara al principio de autoidentificación como criterio para definir al sujeto de derechos previsto en el artículo 2o. constitucional, sin que se resolviera por otra forma de identificación distinta a la autoadscripción y sin que esto menoscabe la seguridad ni el orden público.

<sup>27</sup> Burt propone tres pasos que puede realizar el Poder Judicial en orden a salvaguardar el principio de igualdad. El primero es identificar y reconocer públicamente la existencia de estigmatización del grupo específico y su ilicitud moral. Así, ofrece su reconocimiento moral al grupo. El segundo paso es que los miembros del grupo oprimido sean alentados por la visibilidad sin precedentes y el reconocimiento moral que los jueces le han otorgado. Esto permite que proclamen pública y abiertamente la realidad de su sufrimiento y la injusticia de este, lo que a su vez permite generar movimientos sociales con voz propia en el debate y lucha por su reconocimiento. Finalmente, el último paso es que el grupo opresor —o grupo social favorecido, *los normales*— llegue a ver el sufrimiento impuesto sobre el grupo desfavorecido de una forma que inspire un sentimiento de empatía y de reconocimiento de los lazos humanos que les unen. Burt, Bo, *op. cit.*, pp. 21-23.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 16.

monio para las personas del mismo sexo por ser su opción de vida,<sup>29</sup> lo que está en juego es algo más, es el reconocimiento público y la legitimación de su relación.<sup>30</sup> Esto implica que el Estado debe reconocer y celebrar dicha elección, ayudando de esa forma a romper estereotipos y estigmas sociales inadmisibles. No puede ser *neutral* ante las discriminaciones sistemáticas que sufren ciertos grupos y personas, pues su reclamo es un asunto de interés público.<sup>31</sup> Siguiendo el eslogan del feminismo de la segunda ola, en estos asuntos, *lo personal es político*.

#### IV. DIEZ AÑOS DESPUÉS...

Quizá el tipo de respuesta dada por la SCJN en el ADR 6/2008 bajo estudio sea una explicación posible para el hecho llamativo de que éste sea el único caso de personas transexuales que haya resuelto. A diferencia de lo ocurrido en otros países del mundo, donde los avances en materia de derechos a la identidad se han ganado a pulso de sentencias judiciales, e incluso a diferencia de lo que ha ocurrido en el propio México con otros reclamos, como el de matrimonio igualitario (que como vimos ya configura jurisprudencia); el caso de la lucha por los derechos del grupo T parece haber encontrado mejor terreno en la legislación (primero capitalina, y más recientemente en las legislaciones locales de los estados de Nayarit y Michoacán), que en el alto tribunal.

Claro que esto puede deberse a múltiples circunstancias. Una puede ser que no se ha visto en el Poder Judicial un aliado para la lucha por el reconocimiento de este grupo desaventajado.<sup>32</sup> Otra explicación puede ser que

---

<sup>29</sup> Pues entonces no habría problema constitucional para aceptar instituciones distintas al matrimonio, como la unión civil, si tuvieran los mismos exactos efectos jurídicos.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>31</sup> Escobar Cajamarca, Manuel Roberto, *op. cit.*, p. 131.

<sup>32</sup> A pesar de que se podría inferir, de la creciente atención que la legislación de la Ciudad de México y ahora otros dos estados han dado al reconocimiento de las personas transexuales, que éstas ostentan cierto poder político, considero que hay pruebas suficientes para dar por sentado que configuran un grupo (de los más) desaventajado, social y políticamente. Si atendemos a los factores que suelen utilizarse para fijar quiénes carecen de poder político, tales como 1) ingreso y riqueza del grupo, 2) salud y longevidad, 3) protección frente a la violencia, 4) posibilidades de ejercer sus derechos políticos, 5) nivel de educación, 6) posición social y 7) existencia de prejuicios en su contra. Yoshino, Kenji, "The Gay Tipping Point", *UCLA Law Review*, núm. 57, 2010, p. 1543; Niembro Ortega, Roberto, *op. cit.* p. 278, nos damos cuenta inmediatamente que estamos ante un grupo en extremo vulnerable. Basten un par de datos: según ONUSIDA, el grupo con mayor prevalencia estimada de VIH en México según condición subyacente (2013), es el de las mujeres trans, con una prevalencia de 17.4%, seguido de los trabajadores sexuales hombres con una prevalencia de 7% frente a,

el propio movimiento por los derechos de las personas transexuales no se encuentra suficientemente organizado como para emprender una batalla en los tribunales. Finalmente podemos pensar en los limitados efectos que tienen las victorias en ese ámbito. Eso hace que volvamos al recurrente tema de los efectos relativos del amparo mexicano. Para el caso, la victoria que beneficia únicamente a Patricia, ni siquiera se ha constituido en un precedente vinculante para el resto del Poder Judicial. Siendo una tesis aislada y habiendo tenido por resultado aplicar la —en ese momento— nueva ley del DF, parece que poco repercute en la situación global de lxs transexuales del país. Por eso, no sería alocado suponer que el movimiento por los derechos del grupo T haya elegido una arena más fértil para sus reclamos, sobre todo si observamos que en el año 2015 logró una nueva reforma del CC del DF, que de alguna manera recogió las demandas del colectivo respecto la reasignación sexo-genérica. Así se intentó que disminuyeran los costos del proceso al tiempo que se le hizo menos invasivo. En el proceso anterior, como vimos, la judicatura tenía aún la potestad de otorgar o no la reasignación, lo que generaba incertidumbre para las personas que acudían al proceso judicial. Además, la exigencia de un tratamiento hormonal y la necesaria asistencia de peritos y testigos, resultaba tremendamente invasiva para la persona solicitante, sometida a un escrutinio intenso de los aspectos más íntimos de su vida, sin contar con el alto costo económico.

La reforma del artículo 135 bis del CC del DF establece ahora un procedimiento a llevarse a cabo delante de las autoridades civiles. Reconfigurando la identidad de género como:

La convicción personal e interna, tal como cada persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no al sexo asignado en el acta primigenia. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica alguna, terapias u otro diagnóstico y/o procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género.

---

por ejemplo, una prevalencia de 0.7% para personas privadas de libertad. ONUSIDA, “Estadísticas mundiales sobre el VIH de 2017”, 2017, disponible en: <http://www.aidsinfoonline.org/kpattlas/#/home> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018). Agradezco a la infectóloga mexicana María Dolores Niembro Ortega estos datos. Respecto de las situaciones de violencia, cabe chequear el registro de violencia contra personas LGBT de la Comisión IDH 2013-2014 para notar que el 80% de las personas transexuales mueren antes de los 35 años. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Registro de Violencia contra personas LGBT”, San José, 2013-2014, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbt/registro-violencia-lgbt.html> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018). La falta de opciones laborales también es un reclamo recurrente del grupo T, en muchos casos agravado por la falta de documentación, pero sin duda la discriminación y estigmatización social es lo que más sufren.

Esta nueva reforma va más en sintonía con un modelo que trata de dejar atrás la patologización de la transexualidad y la actitud judicial-policial sobre el cuerpo de las personas.<sup>33</sup> Por el contrario, antes, para llegar al proceso de reasignación de concordancia sexo-genérica, era necesaria la comprobación científica de la patología y del sufrimiento de la persona. Ese modelo se encuentra perfectamente detallado en las consideraciones de la sentencia dictada por el Juzgado Décimo de lo Familiar en el DF (transcrito en ADC 6/2008: 9 y ss.) cuando se describe la historia de vida de Patricia. Luego, se puede ver matizado en la sentencia de la SCJN, donde aún se utilizan términos como el de *síndrome transexual* (ADC 6/2008: 71 y 73), identificando una *disforia de género* (ADC 6/2008: 72), se alude al diagnóstico del pseudohermafroditismo femenino, a los tratamientos hormonales, psicológicos y quirúrgicos a los que se había sometido la quejosa desde el año 1998. En ese modelo está ausente la posibilidad de recurrir a la modificación de género por placer, deseo o bienestar.<sup>34</sup> Como trasfondo del modelo, pero también de la sentencia en comento, como ya se mencionara, se encuentra una concepción binaria del sexo-género donde se descubre una ansiedad ante la indefinición, según formas estereotipadas de vivir el género (hombres masculinos, mujeres femeninas). Esto deja fuera, como tercero excluido, a las intersexualidades, incluyendo groseramente en este término una variedad de situaciones *naturales* —biológicamente hablando— donde las personas tienen una mezcla de características masculinas y femeninas que hacen a muchxs autorxs hablar del sexo como un *continuum* infinitamente maleable que sobrepasa las restricciones de unas categorías impuestas o disciplinadoras.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Cabe mencionar que el movimiento internacional *Stop trans pathologization* viene luchando desde el año 2009, entre otras cosas, por la retirada de la clasificación de los procesos de tránsito entre los géneros como trastorno mental de los manuales diagnósticos (DSM de la *American Psychiatric Association* y CIE de la OMS), disponible en: <http://stp2012.info/old/es>. Se podría decir que su reclamo ha tenido relativo éxito, pues la OMS ha anunciado que publicará en 2018 la nueva edición de su manual de enfermedades en el que la transexualidad abandonará el capítulo de *trastornos* y pasará al de *condiciones relativas a la salud sexual*. Borraz, Marta, “La OMS dejará de considerar la transexualidad un trastorno, pero pasará a llamarla «incongruencia de género»”, *eldiario.es*, 2017, disponible en: [http://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-trastorno-condicion\\_0\\_607189929.html](http://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-trastorno-condicion_0_607189929.html) (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018). Aun así, sigue habiendo disconformidad entre la comunidad transexual porque se sigue considerando una *incongruencia de género*, lo que consideran patologizante. Redacción/Sin Embargo, “La OMS dejará de considerar la transexualidad un trastorno, pero la llamará «incongruencia de género»”, *Sin Embargo*, 1o. de febrero de 2017, disponible en: <http://www.sinembargo.mx/01-02-2017/3142935> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018).

<sup>34</sup> Saldivia Menajovsky, Laura, *op. cit.*, p. 128.

<sup>35</sup> Fausto-Sterling, Anne, *op. cit.*, p. 81. Es interesante que el Protocolo para juzgar con

Volviendo al punto anterior, parece que el DF ha tomado medidas firmes en pro de abandonar la necesidad de intervención médica y judicial para el reconocimiento de la identidad de género. Este particular lo coloca dentro de la vanguardia internacional, pues aún en muchos países de Europa (como se puede apreciar en los distintos casos que sobre el tema han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>36</sup>) se requiere la esterilización de la persona para hacer el reconocimiento. En este sentido la ahora CDMX se acerca a modelos centrados en la propia percepción del género, sin necesidad de psiquiatras, cuerpos médicos y judiciales que certifiquen la verdad del género invocado. El modelo que se ha seguido ha sido el ya adoptado por Argentina en la Ley 26743 de 2012<sup>37</sup> y deja atrás lo establecido en el CPC que exigía la acreditación de al menos cinco meses de tratamiento.

Ahora bien, estos avances que se cuentan para la capital del país, no se acompañan con la misma protección en el resto del mismo, con excepción de los estados de Nayarit y Michoacán. A casi diez años de dictada la sentencia en comento, sólo se ha logrado avanzar en este terreno en los citados estados. En Nayarit, el 27 de julio de 2017 se publicaron en el *Periódico Oficial* local las modificaciones al CC y al CPC locales, que reconocen la identidad de género y prevén un procedimiento meramente administrativo para reconocerla.<sup>38</sup> Por su parte, en Michoacán se publicaron las respectivas modificaciones al Código Familiar local en el *Periódico Oficial* el 18 de agosto, yendo los cambios en el mismo sentido que en Nayarit.<sup>39</sup>

En el resto del país, no se conocen sentencias que hayan garantizado este derecho, más bien todo lo contrario. Como ejemplo se puede mencionar que en lo que va del año 2017, se han presentado al menos tres casos de amparos en contra de resoluciones del registro civil del estado de Guanajuato que niegan la solicitud de hacer modificaciones en cuanto al género y nombre de personas transgénero.<sup>40</sup> En los tres casos, los amparos fueron

---

perspectiva de género, realizado por la SC JN en 2013, recoge en su página 64 la idea de los procesos biológicos como un *continuum* de Fausto-Sterling e insta a deconstruir la falsa dicotomía basada en los cuerpos.

<sup>36</sup> El último asunto A. P., Garçon y Nicot contra Francia (demandas núm. 79885/12, 52471/13 y 52596/13) resuelto en abril de 2017.

<sup>37</sup> Saldivia Menajovsky, Laura, *op. cit.*, pp. 123 y ss.

<sup>38</sup> Con respecto al CPC de Nayarit, se reformó la fracción XIII del artículo 6o., y se derogaron los artículos 535-A, 535-B, 535-C, 535-D, 535-E y 535-F. Del CC local se reformaron los artículos 36, 130, 131, 133 y 134, y se adicionaron el 131 BIS, 131 TER y 131 QUATER.

<sup>39</sup> En específico, se modificó el artículo 117 del Código Familiar del Estado de Michoacán.

<sup>40</sup> Me refiero a los amparos en revisión administrativa 32/2017, 42/2017 y 100/2017, todos ante el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Decimosexto Cir-

denegados con el mismo argumento: la vía administrativa es improcedente para hacer este tipo de rectificaciones, pero esto no afecta los derechos de los quejosos, pues pueden cumplir sus pretensiones por la vía judicial.

Para llegar a esa conclusión, es decir, para analizar si el requisito de mayor onerosidad en el procedimiento de reasignación sexo-genérica en las actas de nacimiento está justificado, en dos de los casos el tribunal realizó un test de proporcionalidad casi idéntico. Mediante este test se pretendió demostrar que hay una *finalidad válida* en el establecimiento de mecanismos de verificación judicial, cual es “salvaguardar los derechos de la personalidad jurídica, la identidad, seguridad y certeza jurídica, así como derechos de terceros” (amparo en revisión administrativa 32/2017: 47). Que la vía judicial también es idónea en tanto “constituye un trámite riguroso en el que interviene una autoridad judicial para controlar los actos del estado civil” (amparo en revisión administrativa 32/2017: 48). Que es *necesario* que sea llevada a cabo por un juez pues requiere un análisis de hechos y pruebas que sólo puede ser efectuado por un juzgador; siendo además necesaria esta vía por ser la única con posibilidad de ejercer el control de convencionalidad. Así, citando la sentencia del ADR 6/2008, el Tribunal explica que “la tarea de integración necesaria para sortear la anotación marginal en el acta de nacimiento rectificadas, solo le es dable ejercerla a los jueces locales” (amparo en revisión administrativa 32/2017: 58). Finalmente, considera que la afectación *no es desproporcionada*, pues la medida también tiene como fin la protección de la personalidad e identidad del propio peticionario a través de un procedimiento en el que se garantice que su identidad no se alterará o suplantarán por otras personas.

Como se puede apreciar, estas recientes sentencias —que valga también decir, antes de su resolución fueron sometidas a conocimiento de la SCJN, a quien se solicitó que reasumiera su competencia originaria y que ésta desechó por falta de legitimación de las quejosas, sin que ningún(a) ministrx hiciera suya la petición— demuestran que hay aún mucho camino por andar antes de que los derechos de las personas transexuales en el país se hagan realidad. De inicio, ninguna atiende a principios de igualdad para sus argumentaciones, a pesar de reconocer que las quejosas pertenecen a una categoría sospechosa. Siguen haciendo primar la idea de seguridad y orden público por sobre los derechos fundamentales a la identidad y privacidad de la persona. En este sentido, son claros los argumentos del juez en pro de

---

cuito. Agradezco a Fernanda Aguayo, cofundadora de “Amicus” por hacerme conocedora de estos casos. Asimismo, agradezco la asistencia de Camilo Weichsel y Vicente Guerra en la investigación de los mismos.

privilegiar una vía que puede escudriñar la vida de lxs solicitantes, solicitar pruebas y hacer análisis de los hechos, frente al procedimiento administrativo basado en la autodeterminación personal del género.<sup>41</sup> Resulta llamativo además que estas justificaciones se realicen bajo el discurso de ofrecer mayor garantía a las quejas, incluso llegando a decir que la protección de la personalidad e identidad se garantiza vía judicial frente a alteraciones o suplantaciones que podrían hacer otras personas. Es fácil percibir aquí un discurso paternalista por parte del juez en contra de las pretensiones de las propias quejas, pues las restricciones en definitiva son *por su bien*.

Me interesa, de todos modos, detenerme en el punto toral puesto en cuestión en estos amparos, pues refleja la discusión actual en la mayor parte del país. Esto es la negación de la vía administrativa y la opción de la judicialización de los reclamos por reasignación sexo-genérica en las actas de nacimiento. Esto, que puede parecer una simple opción procesal, en realidad esconde diferencias sustanciales de trato a las personas transexuales. Ya me he referido anteriormente al modelo patologizante que presume y a lo invasivo y doloroso (además de costoso) que resulta para las personas someterse a estos procesos. Además, sigue sin quedar muy claro qué pruebas debería valorar el juez y por qué no sería seguro un cambio basado en la autoadscripción del género en vía administrativa. En este sentido, el 9 de enero de 2018 la Corte IDH hizo pública su respuesta a la solicitud de opinión consultiva núm. 24 que realizó Costa Rica. En ella, se le pregunta a la Corte IDH, entre otras cosas, si se podría considerar contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención ADH) que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa.<sup>42</sup> La Corte IDH sostiene respecto esta cuestión que

...si bien los Estados tienen en principio una posibilidad para determinar, de acuerdo a la realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos para un procedimiento de rectificación del nombre, y de ser el caso, de la referencia al sexo/género y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes, también es cierto que el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos

---

<sup>41</sup> En contra de los principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género del año 2006.

<sup>42</sup> Costa Rica, “Solicitud de Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, San José, 2016, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud\\_17\\_05\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_esp.pdf) (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018).

establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza (OC-24/17: 69).

Si bien la Corte IDH no establece al procedimiento administrativo o notarial como los únicos que son conformes a la Convención ADH, sí establece que cualquiera que se establezca debe cumplir con ciertos requisitos, a saber: *a)* debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género autopercebida; *b)* debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; *c)* debe ser confidencial. Además, explicita la Corte IDH, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; *d)* deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y *e)* no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales (OC-24/17: 69-70).

En su momento, el Estado mexicano observó a la solicitud de opinión consultiva, que lo que debe considerarse relevante es que el método del cambio de la identidad de género en las actas sea idóneo, efectivo, sencillo y eficaz, de modo que

No sería contrario per se a la Convención ADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa, cuestión que recaería enteramente en la discrecionalidad que otorga la Convención ADH a los Estados en esta materia.<sup>43</sup>

Y en estricto sentido, el que en la mayoría de los estados de México no se prevea un procedimiento administrativo para la reasignación sexo-genérica no contraviene esta opinión consultiva, que desde la contradicción de tesis 293/2011 resuelta por la SCJN, es vinculante para la interpretación de los derechos humanos de las personas en México. Por lo que quedará ver si en los próximos casos que se presenten, se siguen los lineamientos

---

<sup>43</sup> Estados Unidos Mexicanos, “Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Costa Rica sobre el reconocimiento del cambio de nombre y los derechos patrimoniales de acuerdo con la identidad de género y la orientación sexual. Observaciones de los Estados Unidos Mexicanos”, Ciudad de México, 2017, p. 25, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/7\\_estados\\_unidos\\_mexicanos.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/7_estados_unidos_mexicanos.pdf) (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018).

mínimos establecidos para que los procedimientos judiciales no vulneren los derechos del grupo.

## V. CONCLUSIONES

La resolución del ADR 6/2008 fue, en su momento, un gran avance en el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. No sólo por el fallo en sí, sino porque inauguró una doctrina judicial garantista a través del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y con él, a la intimidad, propia imagen y vida privada en un entendimiento robusto del principio de dignidad humana que derivó del antiguo artículo 1o. de la CPEUM. Asimismo, tomó en serio el papel educativo que tienen los altos tribunales, haciendo un detallado repaso de las diversas características que presenta el género y sus identidades. Todo esto ya configura motivo suficiente para que sea una sentencia digna de celebración y reestudio a casi diez años de su dictado.

Por otro lado, hay que destacar que el órgano legislativo de la ahora CDMX ha sido muy consistente en la defensa de los derechos de las personas transexuales, adecuando su normativa a las demandas del colectivo y colocándose así a la vanguardia internacional. En este sentido, nos encontramos con la regulación de un procedimiento administrativo para la reasignación sexo-genérica, sin necesidad de intervenciones médicas y basado en la autoadscripción, que también permite el cambio de identidad sexo-genérica a niñas.<sup>44</sup>

De cualquier forma, es bueno resaltar que las medidas legislativas, como lo serían las judiciales si hubiese más para comentar, por sí solas son insuficientes. Es necesario acompañar los avances legales con un conjunto de políticas públicas que vayan encaminadas a lograr el objetivo real: la plena inclusión de la comunidad transexual a la vida civil, política, laboral, económica, etcétera, sin discriminaciones de ningún tipo. Así, por ejemplo, en Argentina se acompañó la ley de identidad de género con un conjunto de indemnizaciones para quienes fueron víctimas de violencia policial, se asignaron cupos de trabajo para la comunidad, se estableció la gratuidad de los tratamientos médicos que fueran requeridos como parte del seguro social,

---

<sup>44</sup> Redacción/El Universal, “Sophía, la primera niña trans que cambió de identidad por vía administrativa”, *El Universal*, México, 15 de octubre de 2017, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/metropoli/cdmx/sophia-la-primera-nina-trans-que-cambio-de-identidad-por-admnistrativa> (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2018).

entre otras medidas.<sup>45</sup> Estas políticas sólo pueden provenir de los órganos representativos, pero el Poder Judicial puede jugar un papel fundamental en incentivarlas, acompañarlas o exigir las, basando sus resoluciones en el principio de igualdad, develando las situaciones de opresión estructural, colaborando en desmontar los prejuicios y estereotipos que son atribuidos a ciertos grupos y personas y deconstruyendo categorías que contribuyen a perpetuar estas situaciones de injusticia.

Además, si nos circunscribiéramos sólo a los documentos que requieren rectificación, éstos no son únicamente las actas de nacimiento o la credencial de elector para el caso de México, hay que contemplar un cúmulo de documentos como carnet de conducir, pasaporte, títulos universitarios, escolares, de seguridad social, aportes jubilatorios y un largo etcétera, que requerirán de actualización y que es preciso contemplar en el solo y mismo procedimiento de reasignación, en orden a no multiplicar los procesos administrativos o judiciales a los que las personas transexuales se vean sometidas y sus costos.

Por último, hay que detenerse a considerar el rezago en el que se encuentran el resto de los Estados Unidos Mexicanos. La ADR 6/2008 surtió efectos para el caso concreto de Patricia sin sentar jurisprudencia. Los avances legislativos han sido únicamente realizados en la CDMX, Nayarit y Michoacán. El resto del país aún no reconoce siquiera un procedimiento especial para la reasignación sexo-genérica de las personas transexuales y los tribunales han sido reacios a recibir los reclamos de la comunidad. Todo esto, en un contexto político muy particular, pues recientemente en México ha surgido con fuerza un *movimiento por la familia*, en sintonía con la Iglesia católica y algunos grupos conservadores de alcance internacional, que pretende tirar por la borda los tímidos derechos alcanzados por la comunidad LGBTI. Una manifestación de este movimiento es el autobús que ha circulado tanto por la CDMX, como por otras ciudades del país con leyendas tales como *no se metan con mis hijos, los niños tienen pene, las niñas vagina, que no te confundan*, entre otras. La acción consiste también en repudiar la educación inclusiva en las escuelas, tras la idea que se quiere adoctrinar a la niñez e imponer una *ideología de género*.

Ganar la batalla cultural es el gran reto que se presenta para hacer efectivos los derechos humanos de todas las personas, pues el alcance de esta sentencia que comentamos, como de cualquier otra, será meramente simbólica sin todo lo demás.

---

<sup>45</sup> Saldivia Menajovsky, Laura, *op. cit.*, p. 144.

## COMENTARIOS AL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010

Javier DONDE\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Pregunta formulada*. IV. *Argumentos para dar respuesta a la pregunta (criterio de la mayoría)*. V. *Votos particulares*. VI. *Impacto del expediente varios*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del expediente varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) reviste de gran importancia ya que en ella se establecieron las bases para el control de convencionalidad en México. De los criterios que inicialmente se plasmaron en ella, se han desprendido una enorme cantidad de criterios jurisprudenciales para tratar de definir los contornos de esta garantía de protección a los derechos humanos, tomando en cuenta a los tratados internacionales y no exclusivamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución o Constitución federal).

Así, el objetivo de este trabajo es describir el caso, pero también destacar el legado que ha tenido hasta la fecha. Ciertamente, la historia procesal tiene muchas cuestiones interesantes que comentar, así como los múltiples votos particulares que se presentaron. Es por ello que el esquema que se propone es más amplio del que normalmente corresponde a un comentario jurisprudencial.

Con esto en mente, en el contenido del trabajo se desarrollará la siguiente estructura. En primer lugar se expondrán los antecedentes del expediente varios, tanto en foro regional como nacional. En un segundo momento se

---

\* Doctor en Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Comparado (Ph.D.) por la Universidad de Aberdeen (Escocia), maestro en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Georgia (E.U.A.) y licenciado en Derecho por el ITAM. Profesor-investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

expondrá la pregunta general y otras derivadas que fueron formuladas por el Pleno de la SCJN. En tercer lugar, se describirán los argumentos que se presentan en la sentencia, para darle respuesta a las interrogantes planteadas y cómo derivan en sus puntos resolutivos. Posteriormente y como ya se apuntaba, se señalarán los aspectos más relevantes de los votos particulares. Por último, se expondrán unas reflexiones, a manera de conclusión, sobre el legado y consecuencia de esta resolución judicial.

## II. ANTECEDENTES

Este rubro se puede dividir en dos partes. En primer lugar, se encuentran los antecedentes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como consecuencia de la sentencia *Rosendo Radilla*.<sup>1</sup> En un segundo apartado, se deben incluir los antecedentes del trámite ante la SCJN.

En cuanto al antecedente internacional, el expediente varios 912/2010<sup>2</sup> (expediente o expediente varios) parte de la sentencia condenatoria del Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco. La Corte IDH estableció una serie de medidas como parte de la reparación del daño dentro de las que destaca, para efecto del presente estudio las denominadas “garantías de no repetición”. Éstas pueden versar sobre diversos aspectos, pero los que aquí interesan para el Poder Judicial se presentan en dos aspectos diferentes. Por un lado, se mencionó la necesidad de capacitar a los operadores del sistema de justicia en la aplicación y protección de los derechos humanos.<sup>3</sup> Sin embargo, el aspecto que tuvo un impacto más importante en el sistema de justicia nacional fue la obligación de aplicar un control de convencionalidad, entre otras, por las sentencias de los organismos jurisdiccionales nacionales. En lo relevante se señaló:

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones

---

<sup>1</sup> Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009.

<sup>2</sup> Varios 912/2010, 14 de julio de 2011.

<sup>3</sup> *Caso Radilla Pacheco*, *cit.*, parrs. 345-348.

procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>4</sup>

Este párrafo fue determinante para entender la importancia del expediente varios porque provocó que el entonces presidente de la SCJN se preguntara cuál era el alcance de la sentencia del tribunal regional con relación al Poder Judicial de la Federación. En otras palabras, ¿cuál es el papel que debe jugar el Poder Judicial en el cumplimiento de dicha sentencia? Para fundamentar la resolución de esta interrogante, se apegó al artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que en la fracción XI señalaba: “La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno:... XI. De cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, cuyo conocimiento no corresponda a las Salas...”<sup>5</sup>

Es criticable que la SCJN haya empleado esta disposición para fundamentar lo que en esencia constituyó el planteamiento de una opinión consultiva, que además tiene la peculiaridad de ser un cuestionamiento que no fue formulado por una entidad distinta, sino por el propio organismo judicial que respondería a la pregunta.<sup>6</sup>

### III. PREGUNTA FORMULADA

Antes de entrar a la pregunta que fue materia de la opinión consultiva, el Pleno de la SCJN hizo algunos señalamientos sobre la competencia de la Corte IDH. Aunque no cuestionó la facultad de este tribunal regional para pronunciarse sobre violaciones a los derechos humanos cometidas por el Estado mexicano,<sup>7</sup> sí puso en entredicho la obligatoriedad de sus sentencias.

<sup>4</sup> *Ibidem*, párr. 339 (citas omitidas).

<sup>5</sup> En la actualidad dicha facultad está prevista en la fracción XII del mismo artículo.

<sup>6</sup> *Cf.* Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 64. 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (puede contrastarse esta disposición que contiene una verdadera facultad consultiva con la citada de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

<sup>7</sup> Véase expediente varios 912/2010, 14 de julio de 2011, párr. 17

Se hizo una distinción entre las sentencias derivadas de casos en los cuales el Estado mexicano es parte como *Rosendo Radilla* y todas las demás resoluciones judiciales. Estas últimas tienen un carácter “orientador”, mientras que las primeras son “vinculantes” tanto en sus puntos resolutivos como en los razonamientos que las sustentan.

El argumento es falaz y parece sustentarse en el principio de relatividad de la sentencia en el juicio de amparo. En la medida en la cual la Corte IDH interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos, sus criterios son vinculantes para todos los Estados parte de dicho tratado internacional. Es evidente que los puntos resolutivos concretos que obligan a un Estado particular a reparar el daño le son solamente aplicables a éste. Solamente el Estado condenado puede otorgar la reparación pecuniaria, reconocer públicamente su responsabilidad internacional, cambiar su legislación, capacitar a sus operadores, etcétera.

La SCJN vio la necesidad de hacer esta aclaración para establecer el carácter vinculante de la sentencia *Rosendo Radilla* y, consecuentemente, establecer lo que en particular le corresponde al Poder Judicial de la Federación.

Así, en esencia, la pregunta que se autoformuló la SCJN es la siguiente: ¿cuáles son las obligaciones concretas que resultan para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano?

Dicha pregunta hace presumir que hay diversas obligaciones, por lo cual la respuesta a la pregunta es compleja. No sólo porque se trata de una diversidad de obligaciones posibles, sino porque, como se verá a continuación, hay varios pasos, aristas, tecnicismos y sutilezas que deben considerarse para dar respuesta.

#### IV. ARGUMENTOS PARA DAR RESPUESTA A LA PREGUNTA (CRITERIO DE LA MAYORÍA)

Derivado de *Rosendo Radilla* la SCJN identifica tres obligaciones concretas que tiene el Poder judicial de la Federación: el establecimiento de un control de convencionalidad difuso, una interpretación restringida del fuero militar y diversas cuestiones de orden administrativo.<sup>8</sup>

En cuanto al primer aspecto, la SCJN toma como punto de partida la reforma constitucional en materia de derechos humanos que establece que todas las autoridades en el ámbito de su competencia deben velar por la protección de los derechos humanos. Al interpretar este artículo 1o. en relación con el 133 constitucional, se llega a la conclusión de que todos los

<sup>8</sup> *Ibidem*, párr. 22.

jueces del país tienen esa misma responsabilidad.<sup>9</sup> Si bien no al extremo de declarar una disposición como inconstitucional o inconvenional, sí a dejar de aplicar los preceptos que vulneren los derechos humanos.<sup>10</sup>

El razonamiento de la SCJN es estrictamente normativo y ya tenía un sustento sólido en la parte final del artículo 133 constitucional que señala: “Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

De una interpretación textual de este precepto ya se podía llegar a la conclusión de que los jueces de las entidades federativas. En la medida en la cual los órganos jurisdiccionales tuvieran que ajustar sus resoluciones a la Constitución federal, pues ya venía implícita la adecuación con los derechos humanos o lo que se denominaba como garantías individuales, antes de la reforma mencionada. Lo mismo ocurre con los tratados. Toda vez que haya tratados que contengan derechos humanos (como señala expresamente el nuevo artículo 1o. constitucional), éstos deben aplicarse preferentemente a las Constituciones y leyes locales.

Es interesante preguntarse ¿por qué fue necesaria una reforma constitucional en materia de derechos humanos para llegar a esta conclusión? y, ¿por qué fue necesario que un tribunal internacional estableciera la obligación para México para que empezara a tener sentido la última oración del artículo 133 mencionado?

Es importante hacer dos observaciones adicionales. En primer lugar, el texto constitucional citado no hace mención de los tribunales de la Federación, por lo que pudiera pensarse en una ampliación en el ámbito del control de constitucionalidad difuso ya previsto a los jueces federales.

Esto lleva a la segunda reflexión. Era innecesario mencionar a los jueces federales ya que éstos ya ejercían un control centralizado de la constitucionalidad. Estos órganos jurisdiccionales son los únicos que siguen autorizados para declarar la inconstitucionalidad de una ley, no su mera inaplicabilidad. La SCJN no cedió ese coto de poder.<sup>11</sup>

La siguiente decisión que tomó la SCJN fue establecer los pasos que deben llevarse a cabo para realizar el control difuso de convencionalidad, que acababa de reconocer.

El primer paso es la interpretación en sentido amplio que significa interpretar todas las disposiciones del sistema jurídico mexicano de confor-

<sup>9</sup> *Ibidem*, párrs. 27-29.

<sup>10</sup> *Ibidem*, párr. 29.

<sup>11</sup> Véase varios 912/2010, 14 de julio de 2011, párrs. 34-36.

midad con los derechos humanos previstos en la Constitución federal y en los tratados de los que México sea parte. Siempre favoreciendo a la persona con la protección más amplia.<sup>12</sup>

Aunque la SCJN no lo señaló así, ésta no es otra cosa que seguir el texto del artículo 1o. constitucional que señala textualmente: “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”.<sup>13</sup> Esta afirmación es lo que se conoce en la doctrina como el principio *pro persona*<sup>14</sup> y puede tomarse como una definición (por lo menos en el ordenamiento mexicano) del mismo.

El segundo paso es la interpretación en sentido estricto. Esto significa que la disposición jurídica que se está analizando debe interpretarse de tal forma que sea compatible con los derechos humanos.<sup>15</sup> Esto es, cuando haya varias interpretaciones posibles se optará por la que favorezca a la persona. Es otra manifestación del principio *pro persona*. La SCJN señala que la premisa de este paso es la presunción de constitucionalidad que tienen todos los ordenamientos jurídicos, de tal manera que hay que hacer todo lo posible por mantener intactas las disposiciones del sistema jurídico nacional.

Por último, cuando no sea posible encontrar una interpretación acorde con los derechos humanos entonces la autoridad judicial inaplicará la disposición.<sup>16</sup> Ésta subsiste dentro del sistema, pero se establece una especie de relatividad de la sentencia como la que se conoce en el juicio de amparo, pues solamente en el caso concreto no se concreta la violación a los derechos humanos. Pero como en el amparo, es necesario promover juicios cada vez que la norma jurídica violatoria de derechos humanos pretenda utilizarse.

La propia SCJN tuvo oportunidad de poner a prueba esta mecánica interpretativa al aplicar los criterios de *Rosendo Radilla* que prevén una interpretación limitada del concepto de disciplina militar y, por ende, del fuero militar. Sin embargo, no tomó la alternativa y prefirió simplemente replicar la determinación de la Corte IDH. No siguió los pasos del control de convencionalidad que acababa de establecer.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> *Ibidem*, párr. 33.

<sup>13</sup> Véase Constitución, artículo 1o., párr. 2.

<sup>14</sup> Véase Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2004, pp. 28-34.

<sup>15</sup> Véase varios 912/2010, 14 de julio de 2011, párr. 33.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Véase varios 912/2010, 14 de julio de 2011, párrs. 37-45.

Su conclusión fue simplemente que “deberá considerarse que el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles”.<sup>18</sup>

De haber seguido el esquema de control de convencionalidad la conclusión hubiera tenido más fuerza. Lo conducente era adoptar una interpretación en sentido amplio de la limitación del fuero militar prevista en el artículo 13 constitucional, que, a su vez, tendría que derivar de un concepto restrictivo de “disciplina militar”. Consecuentemente, el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de conformidad con una interpretación conforme en sentido estricto, hubiera derivado en una inaplicación de las disposiciones que van más allá de la disciplina militar.<sup>19</sup>

Por último, la SCJN tomó algunas decisiones de corte administrativo que consideró derivaban de la sentencia en el caso *Rosendo Radilla*: llevar a cabo cursos y programas de capacitación en materia de derechos humanos,<sup>20</sup> dar seguimiento a la investigación de la Procuraduría General de la República en el caso<sup>21</sup> y dar acceso a la sentencia.<sup>22</sup> Estos aspectos no deben minimizarse, pero como no forman parte de lo que volvió trascendente a esta sentencia simplemente se mencionan.

## V. VOTOS PARTICULARES

El expediente varios fue aprobado con una mayoría de siete votos. Algunos de los ministros que votaron en contra simplemente señalan que del caso *Rosendo Radilla* no se desprende una obligación para el Poder Judicial de la Federación (Aguilar Morales y Pardo Rebolledo). El ministro Pardo Rebolledo señaló que la parte de la sentencia de la Corte IDH que habla del control de convencionalidad es parte de la argumentación. Es el *dictum* de la sentencia por lo que no vincula en la resolución.

Dentro del grupo de integrantes de la SCJN que votaron en contra los argumentos fueron tendientes a rechazar el papel que juegan los jueces ordinarios en la salvaguarda de los derechos humanos. Este grupo de minis-

---

<sup>18</sup> Véase *ibidem*, párr. 44.

<sup>19</sup> Al tratarse de la SCJN se pudo haber optado por declarar dicho precepto como inconstitucional, pero esto no es posible en el contexto de un expediente varios, donde no hay una *litis* planteada. Por otro lado, si la SCJN ya se había tomado la libertad expandir el alcance consultivo de un asunto de esta naturaleza, pudo haber tomado la oportunidad para hacer una declaratoria más contundente.

<sup>20</sup> Véase varios 912/2010, 14 de julio de 2011, párrs. 47.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 50.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párr. 54.

tros consideró que el artículo 133 constitucional es muy claro al señalar que solamente el Poder Judicial de la Federación puede inaplicar un precepto contrario a la Constitución, y como consecuencia rechazaron la posibilidad de que haya un control de convencionalidad difuso (Luna Ramos).

El ministro Aguirre Anguiano representa la postura más radical de este punto de vista. En su voto particular sostiene que la Corte IDH no tiene autoridad alguna en el país. Al aceptarse la jurisdicción de este tribunal regional, debió haberse reformado la Constitución para incorporarlo al sistema jurídico nacional. Como están las cosas, el máximo tribunal del país es la SCJN, por lo que las resoluciones de la Corte IDH no pueden vincularla.

Aguirre Anguiano también sostuvo que el control de convencionalidad no está previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta práctica se desprende de una “interpretación forzada” de la Corte IDH, pero que viola el principio de *pacta sunt servanda* pues no es una obligación que los Estados hayan acordado. En todo caso, en la medida en la cual las sentencias de la Corte IDH tienen efectos sólo entre las partes de conformidad con el artículo 68 del Pacto de San José un control de convencionalidad no es posible.

En cuanto a la restricción del fuero militar, el ministro consideró que no es un asunto que le competa a la SCJN mediante una interpretación del Código de Justicia Militar. La obligación, en todo caso, corresponde al legislador, ya que es la instancia competente para modificar y restringir la competencia de los tribunales castrenses.

En algunos de los votos concurrentes (Zaldívar y Valls) se apunta que las sentencias de la Corte IDH no tienen un efecto vinculante solamente cuando el caso involucre al Estado mexicano. El artículo 1o. constitucional establece que se debe buscar el criterio más favorable para la persona. Así, en la medida en la cual dicha interpretación la haya expresado la Corte IDH en su jurisprudencia, ésta resulta vinculante.

Resulta interesante que el ministro Zaldívar haya señalado que el expediente varios no debió limitarse a la aplicación del caso *Rosendo Radilla*. El expediente debió de haber abordado todas las sentencias dictadas contra México y establecer los criterios de interpretación conforme en todos los casos según los señalamientos de la Corte IDH.

## VI. IMPACTO DEL EXPEDIENTE VARIOS

La importancia del expediente puede medirse de diversas maneras. A continuación, se hará una evaluación de la línea jurisprudencial que se generó a partir de este asunto.

La ejecutoria que se analiza tuvo repercusiones importantes en la generación de tesis. De esta tesis derivaron directamente siete criterios distintos. En primer lugar, se destaca que la resolución abandonó el criterio que establecía que solamente el Poder Judicial de la Federación, partiendo de la distribución interna de competencias tiene el monopolio del control de constitucionalidad.<sup>23</sup> A partir del expediente varios se establece un control difuso de la constitucionalidad. En la medida en la que hay derechos humanos previstos en la Constitución federal, la inaplicación de disposiciones que violan éstos es un medio de control difuso de la constitucionalidad; aunque sin una declaratoria de invalidez.<sup>24</sup>

Adicionalmente, se establece el criterio de parámetro de control de convencionalidad. Este consiste en que los jueces de todo el país deberán hacer un análisis *ex officio* de los derechos humanos que pueden verse afectados por la resolución en cuestión partiendo de lo siguiente: los derechos humanos contenidos en la Constitución así como la jurisprudencia que los ha interpretado; todos los derechos humanos contenidos en los tratados de los que el Estado mexicano sea parte, considerando los criterios vinculantes de la Corte IDH y, por último, los criterios orientadores del propio tribunal regional.<sup>25</sup>

Es importante recordar que del expediente se determinó que son criterios vinculantes aquellos que derivan de los casos en los que el Estado mexicano sea parte.<sup>26</sup> Son criterios orientadores aquellos derivados de otras sentencias, pero que resulten en una interpretación más favorable para las personas.<sup>27</sup>

También se plasmó en una tesis la mecánica o los pasos para el control difuso de la convencionalidad. Lo anterior consiste en lo ya explicado en líneas anteriores: se parte de una interpretación conforme en sentido amplio, seguido de una interpretación conforme en sentido estricto y culminando con la eventual inaplicación de la disposición violatoria de derechos humanos.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Véase tesis P. LXX/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 557.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 535.

<sup>25</sup> Véase tesis P. LXVIII/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 551.

<sup>26</sup> Véase tesis P. LX/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 556.

<sup>27</sup> Véase tesis P. LXVI/2011, (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 550.

<sup>28</sup> Véase tesis P. LXIX/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 552.

Por último, se propone la interpretación que limita el alcance del fuero militar. En concreto, se estableció que frente a situaciones que vulneren los derechos humanos de las personas civiles no puede operar el fuero militar.<sup>29</sup> Cabe notar que esta no es la interpretación conforme en sentido estricto más convincente. La Constitución federal señalan que el fuero militar debe limitarse a casos en los que se lesione la disciplina militar. Solamente se deberá excluir los casos en los que se vean involucrados los derechos humanos de civiles. Una interpretación más estricta implicaría limitar el fuero militar a delitos que violen, como bien jurídico tutelado, la disciplina militar. Esto excluiría, no solamente los casos de violaciones a derechos humanos, sino cualquier otro delito que sería forzosamente competencia de los tribunales civiles, aunque esté involucrado un militar.

A raíz del expediente varios se han establecido otros criterios en la línea jurisprudencial que inició esta sentencia. Quizá el más importante fue el derivado de la contradicción de tesis 293/2011, que establece que la reforma en materia de derechos humanos y el expediente varios no llevan a la conclusión de que se ha variado la supremacía constitucional. Con base en los dictámenes de ambas cámaras del Congreso de la Unión, se llega a la conclusión de que no hubo intención de cambiar la jerarquía de los tratados prevista en el artículo 133 constitucional que los pone por debajo de la propia Constitución. También fue relevante el artículo 15 que establece una prohibición para celebrar tratados “que alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

Así se llegó a la conclusión de que subsiste la supremacía constitucional. Por lo tanto, si hay una restricción expresa en la Constitución federal, debe prevalecer ésta.<sup>30</sup>

Esta interpretación, que restringe el alcance del expediente no es del todo convincente. Hay claras contradicciones con el texto constitucional. Es cierto que no existió intención de establecer una nueva jerárquica normativa. Sin embargo, se contraviene el párrafo 2 del artículo 1o. constitucional que 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”. De esta forma, ¿cómo puede favorecerse la protección más amplia de los derechos humanos y permitir restricciones?

<sup>29</sup> Véase tesis P. LXXI/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. I, p. 554.

<sup>30</sup> Véase tesis P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, abril de 2014, t. I, p. 202.

De conformidad con la lógica de la interpretación conforme prevista en el expediente varios la restricción a los derechos humanos prevista en la Constitución debería interpretarse de forma estricta o inaplicarse.

El artículo 15 constitucional tampoco lleva a sostener una supremacía constitucional tradicional como la que se defiende en la contradicción de tesis mencionada. Este precepto señala que no se pueden alterar derechos humanos ya previstos en la Constitución o en *tratados internacionales*. La SCJN no toma en cuenta esta última parte y se queda solamente con la noción parcial de que los derechos humanos previstos en la Constitución no pueden ser modificados. No pueden alterarse los derechos humanos previstos también en los tratados.

Esta interpretación también viola el artículo 1o., párrafo 3, constitucional en lo que se refiere a la progresividad de los derechos humanos. Según el dictamen del Senado, "...el principio de progresividad de los derechos humanos establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea".<sup>31</sup>

No obstante, este retroceso en la interpretación del expediente, ya hay varios casos en los que se ha empleado el control difuso de convencionalidad en temas tan diversos como costas en juicios ejecutivos mercantiles,<sup>32</sup> seguridad social,<sup>33</sup> derecho de defensa de las personas privadas de la libertad,<sup>34</sup> revisión fiscal,<sup>35</sup> entre otros.

## VII. CONCLUSIÓN

A pesar de que se han destacado algunas deficiencias argumentativas del expediente varios, no cabe duda que ha sido un parteaguas en la aplicación de

---

<sup>31</sup> Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, 7 de abril de 2010, p. 17.

<sup>32</sup> Véase tesis PC.XXVII,J/3 C, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, octubre de 2017, t. III, p. 1499.

<sup>33</sup> Véase tesis I. 13o. T. 179 L, . *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, septiembre de 2017, t. III, p. 1982.

<sup>34</sup> Véase tesis V.3 o. P.A.E P (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2017, t. III, p. 2157.

<sup>35</sup> Véase tesis PC. I.A. J/34 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, diciembre de 2014, t. III, p. 677.

los derechos humanos en México. El reconocimiento del control difuso de convencionalidad le dio un giro importante al artículo 133 constitucional que había sido el eje para que el Poder Judicial de la Federación tuviera el monopolio de la protección de los derechos humanos. Aunque se mantiene la posibilidad de invalidar normas violatorias de derechos humanos en el ámbito federal, el control de convencionalidad abre otras opciones para la protección de los derechos humanos.

En este sentido, también se trata de una sentencia que le dio operatividad a la reforma de derechos humanos, al establecer un mecanismo, paso por paso, para que los operadores judiciales puedan hacer valer *ex officio* los derechos humanos.

Ha sido tal la importancia de este fallo que ayudó a justificar el inicio de la Décima Época en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

No obstante, todavía hay pendientes que deben resolverse. Un aspecto fundamental será distinguir entre la interpretación conforme que defendió la SCJN en el expediente varios y en la contradicción de tesis 293/2011 y el bloque de constitucionalidad que ha sido mencionado por diversos tribunales colegiados.<sup>36</sup> Este último implicaría un cambio en la jerarquía normativa de los tratados, por lo menos de las disposiciones de derechos humanos contenidas en los tratados.

Sería oportuno también corregir las antinomias que generó la contradicción de tesis 293/2011 en el texto constitucional.

Por último, un gran ausente en las tesis que hasta ahora se han generado es la identificación de derechos humanos en tratados diversos a los derechos humanos. El artículo 1o. constitucional abre la posibilidad a que los derechos humanos no se limiten a los previstos en tratados de la materia. Sería importante que se estableciera un mecanismo para la identificación de derechos humanos que se encuentren en diversos tratados.

Ciertamente, una sentencia de esta trascendencia abre más interrogantes que deberán resolverse para brindar seguridad jurídica.

---

<sup>36</sup> Véase tesis I.4 o. A.2 K (10 a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, agosto de 2012, t. 2, p. 1857; Tesis XI. 1o. A.T. 57 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, octubre de 2015, t. IV, p. 4087; Tesis I.9 O.P. 84 p (10<sup>o.</sup>), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, julio de 2015, t. II, p. 1751; Tesis I. 4 o. A. 96 A (10 a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, octubre de 2014, t. III, p. 2823; Tesis XI. 1 o. A. T. 33 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, agosto de 2014, t. III, p. 1861; Tesis I. 4 o. A. 18 K (10 a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 3, Décima Época, mayo de 2013, p. 1762; Tesis I. 4 o. A. 12 k (10 a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, febrero de 2013, t. 2, p. 1345; Tesis XXVII. 1 o. (VIII Región) 9 K (10 a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, enero de 2013, t. 3, p. 2001.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2004.

### *Documentos jurídicos*

Varios 912/2010, 14 de julio de 2011.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, 7 de abril de 2010.

### *Caso*

Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

### *Jurisprudencia*

Tesis P. LXX/2011 (9ª.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 557.

Tesis P. LXVII/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 535.

Tesis p. LXVIII/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 551.

Tesis P. LX/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 556.

Tesis p. LXVI/211, (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 550.

- Tesis P. LXIX/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 552.
- Tesis P. LXXI/2011 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2011, t. 1, p. 554.
- Tesis P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, abril de 2014, t. I, p. 202.
- Tesis PC.XXVII.J/3 C, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, octubre de 2017, t. III, p. 1499.
- Tesis I. 13o. T. 179 L, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, septiembre de 2017, t. III, p. 1982.
- Tesis V.3 o. P.A.E P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2017, t. III, p. 2157.
- Tesis PC. I.A. J/34 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, diciembre de 2014, t. III, p. 677.
- Tesis I.4 o. A.2 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, agosto de 2012, t. 2, p. 1857.
- Tesis XI. 1o. A.T. 57 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, octubre de 2015, t. IV, p. 4087.
- Tesis i. 9 O. P. 84 p (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, julio de 2015, t. II, p. 1751.
- Tesis I. 4 o. A. 96 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, octubre de 2014, t. III, p. 2823.
- Tesis XI. 1 o. A. T. 33 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, agosto de 2014, t. III, p. 1861.
- Tesis I. 4 o. A. 18 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, mayo de 2013, t. 3, p. 1762.
- Tesis I. 4 o. A. 12 k (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, febrero de 2013, t. 2, p. 1345.
- Tesis XXVII. 1 o. (VIII Región) 9 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, enero de 2013, t. 3, p. 2001.

## HABEMUS JURISPRUDENCIA: LA SENTENCIA QUE VALIDÓ EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO

Pedro SALAZAR UGARTE\*  
Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Trámite del juicio de amparo.* III. *Estudio del interés legítimo en leyes autoaplicativas.* IV. *El mensaje de las leyes.* V. *El estigma en contra de las parejas del mismo sexo.* VI. *Matrimonio: del significado a la controversia.* VII. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Con la resolución del amparo en revisión 704/2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consolidó un paso más en el largo proceso de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en México. A partir de dicha sentencia la Corte sentó jurisprudencia respecto a la noción del matrimonio y declaró inconstitucional cualquier ley que reproduzca la visión atávica que lo consideraba una unión exclusiva entre un hombre y una mujer, cuya finalidad principal se orientaba hacia la procreación.<sup>1</sup> De esta manera, como sucedería en otros países como los Estados Unidos y, a diferencia de lo acontecido en naciones como Argentina, sería la justicia constitucional y no el legislador democrático el actor institucional que daría plena carta de identidad al matrimonio igualitario.

---

\* Doctor en Filosofía Política por la Universidad de Turín; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del cual actualmente es director; miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI III.

\*\* Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM; ayudante de investigador del Sistema Nacional de Investigadores.

<sup>1</sup> *Cfr.* Tesis: 1a./J. 43/2015, (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Libro 19, junio de 2015, t. I, p. 536.

Si bien, la Corte mexicana ya había tenido oportunidad de pronunciarse en este sentido en casos anteriores<sup>2</sup> —especialmente en el amparo en revisión 152/2013,<sup>3</sup> del cual se extraen la mayoría de los argumentos para la resolución del amparo que ahora nos ocupa—, fue hasta esta sentencia que se reunieron las cinco ejecutorias necesarias para que el criterio obtuviera fuerza vinculante para todo el Poder Judicial. A partir de su aprobación, sin importar sus criterios jurídicos o sus convicciones personales, todos los juzgadores a nivel nacional quedaron vinculados a proteger el derecho de todas las personas a contraer matrimonio con quien deseen hacerlo.

Pero lo anterior significa que, así como todos los tribunales del país están sujetos a la observancia de esta tesis jurisprudencial, también los congresos deben abstenerse de emitir leyes que contravengan los razonamientos de la Corte. De lo contrario, dichas leyes contendrían un vicio de inconstitucionalidad que podría ser combatido por vía judicial. Esto vale tanto para leyes secundarias —códigos civiles— como para las Constituciones estatales de las entidades que integran a la federación mexicana. El dato no es menor porque encapsula uno de los sentidos fundamentales del constitucionalismo moderno en el sentido de que los derechos humanos son contramayoritarios; es decir, no pueden ser restringidos o conculcados por mayorías políticas por más amplias que éstas sean.

## II. TRÁMITE DEL JUICIO DE AMPARO

El caso que nos ocupa se origina en un amparo interpuesto por una persona residente del estado de Colima, quien manifiesta tener una orientación sexual homosexual. El quejoso considera que, aún sin haber intentado contraer matrimonio, la sola existencia del artículo 147 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima y diversas disposiciones<sup>4</sup> del Código Civil y Código de Procedimientos Civiles locales, vulneran su derecho a la igualdad y no discriminación. De esta manera, en cierto sentido, reproduce la estrategia que ya se había seguido en otros amparos —por ejemplo, el que le fue otorgado a un conjunto de personas en el estado de Oaxaca— consis-

---

<sup>2</sup> Amparo en revisión 581/2012, 5 de diciembre de 2012; amparo en revisión 152/2013, 23 de abril de 2014; amparo en revisión 122/2014, 25 de junio de 2014; amparo en revisión 263/2014, 24 de septiembre de 2014, y amparo en revisión 591/2014, 25 de febrero de 2015.

<sup>3</sup> Para un análisis de dicha sentencia, véase Salazar, Pedro, “Atienza, el razonamiento judicial y el matrimonio igualitario: ciao al positivismo”, en Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro (coords.), *Sobre el razonamiento judicial: una discusión con Manuel Atienza*, Perú, Pa-lestra, 2017.

<sup>4</sup> 116 artículos del Código Civil y 12 del Código de Procedimientos Civiles.

tente en cuestionar la validez de disposiciones legales cuyo contenido irradia efectos discriminatorios.

Esto en virtud de que la Constitución estatal establecía que, dentro de la entidad, las relaciones conyugales se clasificaban en matrimonio y enlace conyugal. El primero se refiere a aquel contrato civil que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; mientras que el segundo es aquel enlace que se celebra entre dos personas del mismo sexo. Por su parte, los artículos del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles fueron combatidos porque se sustituyó el concepto de matrimonio por el de relaciones conyugales. Esa diferenciación constitucional no es inocua, sino que está grávida de prejuicios, estereotipos y patrones culturales.

Como había sucedido en casos precedentes, también en éste, el Juzgado Primero de Distrito del estado de Colima determinó el sobreseimiento del caso al considerar que el quejoso, dado que no tenía la intención de contraer matrimonio, no había sufrido ningún tipo de afectación a su interés jurídico. Esto se debía a que, por el carácter heteroaplicativo de las normas combatidas, se requería de un acto de individualización. Ante dicha resolución, el quejoso interpuso un recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado del Trigésimo Segundo Circuito, que mediante remisión de autos solicitó a la Suprema Corte que asumiera la Competencia originaria por lo que el expediente fue turnado a la Primera Sala.

### III. ESTUDIO DEL INTERÉS LEGÍTIMO EN LEYES AUTOAPLICATIVAS

Al recibir el trámite del caso, la Corte tuvo que valorar si fue correcto el sobreseimiento dictado por el juez de distrito, con base en el carácter heteroaplicativo de las normas o si, contrario al criterio de ese juzgador, era válido el argumento del quejoso basado en la tesis de que la sola existencia de las normas combatidas tenía un carácter autoaplicativo porque le provocaba discriminación por la orientación sexual de su persona.

Para poder entrar al estudio del caso, la ministra y los ministros de la Primera Sala, en un primer momento, debieron analizar si de acuerdo con los criterios de procedencia del juicio de amparo, el quejoso acreditaba una afectación palpable en un interés legítimo para combatir las leyes mencionadas. En otras palabras, la Corte debía evaluar si la mera existencia de los artículos impugnados generaban una estigmatización en contra del demandante por el mensaje discriminatorio que su vigencia suponía.

Al respecto, la Primera Sala consideró que el interés legítimo, como una fase intermedia entre el interés simple y el interés jurídico, es: “Aquel interés

personal —individual o colectivo—, cualificado, actual, real, y jurídicamente relevante, que pueda traducirse, de llegarse a conceder el amparo, en un beneficio jurídico a favor del quejoso”.<sup>5</sup> Esta consideración permite que las personas combatan actos —en este caso disposiciones jurídicas— que estiman lesivos de sus derechos humanos. Es decir, se reconoce la posibilidad de combatir afectaciones a la esfera jurídica en sentido amplio, sin la necesidad de acreditar la titularidad de un derecho subjetivo concreto directamente afectado. De hecho, al referirse a las normas autoaplicativas, la sentencia recupera la noción de “individualización incondicionada” que se refiere a normas cuya vigencia trasciende directamente para afectar la esfera jurídica del quejoso, sin que dicha afectación esté condicionada a ningún acto de aplicación.<sup>6</sup>

En consecuencia, el interés legítimo respecto de dichas normas autoaplicativas se actualiza sin la necesidad de un acto de aplicación. Esto es así porque se considera que la norma genera una afectación indirecta, derivada de la especial situación del quejoso frente al orden jurídico. Por lo que no es necesario que el quejoso sea destinatario concreto de la norma, sino que basta con que resienta los efectos indirectos e incondicionados de la misma.<sup>7</sup>

Una vez despejada esa variable, la Corte debía determinar si la afectación indirecta formulada por el quejoso se actualizaba con la mera existencia de la norma.

#### IV. EL MENSAJE DE LAS LEYES

Dado que el quejoso no impugnaba la norma con motivo de un acto de aplicación, sino que la controvertía directamente en razón de la “afectación expresiva” que le causaba por el mensaje discriminatorio que transmite a la sociedad, la Corte retomó la siguiente premisa que ya había venido delineando en casos anteriores:

...las leyes —acciones por parte del Estado— no sólo regulan conductas, sino que también transmiten mensajes que dan coherencia a los contenidos normativos que establecen; es decir, las leyes no regulan la conducta humana en un vacío de neutralidad, sino que lo hacen para transmitir una evaluación oficial sobre un estado de cosas, un juicio democrático sobre una cuestión de

---

<sup>5</sup> SCJN, Amparo en Revisión 704/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015, párr. 31.

<sup>6</sup> *Ibidem*, párr. 44.

<sup>7</sup> *Ibidem*, párr. 56.

interés general... El presupuesto inicial es que las palabras contienen significados y que el lenguaje es performativo.<sup>8</sup>

En el sustento de esta tesis se encuentra la idea de que las leyes no sólo se componen por las meras disposiciones legales —es decir, el texto escrito—, sino que contienen una parte valorativa (de carácter ideológico) en la cual el legislador inserta diversos mensajes con los que puede promover o rechazar distintas conductas, sin mencionarlas explícitamente.<sup>9</sup> Si pensamos en la tesis desde una perspectiva filosófica, lo que la Corte reconoce es que existe una moral social —moral positiva— que, como sostiene Susana Pozzolo,<sup>10</sup> es contingente y se encuentra históricamente determinada. El derecho es reflejo de dicha moral y, por lo mismo, puede plasmar normativamente tendencias culturales que deben ser sujetas a cuestionamiento constante y, en ciertos momentos, pueden evolucionar (o involucionar).

Esta tesis de la Corte nos invita a detenernos en dos cuestiones interesantes. Primero, en el tema del lenguaje, su utilización y su significado; en segundo lugar, en la forma en la que el derecho puede recoger y reproducir contenidos axiológicos sobre diversas cuestiones.

### 1. *El contenido expreso*

El lenguaje, como actividad de carácter funcional, nos asiste día a día.<sup>11</sup> Ya sea cuando lo utilizamos de manera descriptiva, es decir, cuando nos sirve para expresarnos sobre la realidad que nos rodea o para informar sobre distintos acontecimientos;<sup>12</sup> o bien, cuando usamos las palabras para expresar pensamientos y emociones en nuestra interacción social,<sup>13</sup> intentando incluso influir en el ánimo y la conducta de los demás.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Amparo en revisión 704/2014, *cit.*, párr. 68.

<sup>9</sup> *Ibidem*, párr. 71.

<sup>10</sup> *Cfr.* Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 196-198.

<sup>11</sup> *Cfr.* Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, p. 35.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Cfr.* Dummett, Michael, “La teoría del significado en la filosofía analítica”, trad. de López Cuenca Alberto, en López Cuenca, Alberto (coord.), *Resistiendo al oleaje: reflexiones tras un siglo de filosofía analítica*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Cuaderno Gris, Época III, 4, 1999, p. 92.

<sup>14</sup> *Cfr.* Olivecrona, Karl, *op. cit.*, 35.

En el ámbito del derecho existe un lenguaje específico —aunque no único— que es el de las leyes. Esas son las que podríamos llamar “el lenguaje del legislador”.<sup>15</sup> Mediante un uso normativo de las palabras, el legislador pretende que una conducta sea realizada u omitida. Por eso las palabras ordenadas en leyes son también entendidas como mandatos<sup>16</sup> o, en este caso, como disposiciones. De cada disposición es posible extraer tantas normas como interpretaciones sean posibles y, en ese ámbito, el legislador deja el protagonismo en manos de los jueces. Así que las sentencias también forman parte del lenguaje del derecho, aunque lo son en un plano preceptivo y no dispositivo.<sup>17</sup>

En la sentencia que nos ocupa, se advierte que las disposiciones emitidas por el legislador no parten de un vacío de neutralidad, sino que transmiten un juicio valorativo respecto de “un estado de cosas” o sobre la conducta misma que pretenden regular. En el mismo sentido, nosotros podríamos agregar que algo similar sucede con las sentencias judiciales: los jueces también emiten valoraciones de diversa índole cuando someten a juicio —por ejemplo, en ese caso— la validez de una disposición.

Este razonamiento —por lo que se refiere a la labor del legislador— fue tratado en la sentencia al valorar lo que la Corte llamó la parte valorativa de la ley. Su tesis es que el legislador inserta un mensaje de aprobación o desaprobación sobre distintas conductas y lo hace a partir de criterios y orientaciones ideológicas, por lo que se distingue de la parte dispositiva de la propia ley. Así las cosas, para los ministros y ministra, la parte valorativa de la legislación no depende de manera estricta de las palabras que se usan en su parte dispositiva.

Es justamente en la parte valorativa de la ley en la que se aloja su contenido expresivo. Las expresiones son, en este sentido, un vehículo por el que se transmite un estado mental. Este estado mental se refiere a ideas, creencias, etcétera, que utilizan como vehículo a las oraciones formuladas mediante actos de habla, escritos, acciones físicas o gesticulaciones.<sup>18</sup> Dado que esos actos son expresivos y transmiten significados,<sup>19</sup> las leyes, como ac-

---

<sup>15</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 124.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>18</sup> Cfr. Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148: 1503, p. 1506.

<sup>19</sup> Cfr. Sunstein, Cass, “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, p. 2021.

ciones del legislador, también poseen un contenido expresivo que transmite mensajes y valoraciones.<sup>20</sup> Un buen ejemplo son las leyes que establecen un impuesto al consumo del tabaco. Si bien es cierto que esas leyes no restringen o prohíben el consumo del mismo, tienen un contenido expresivo que transmite el mensaje de que dicho consumo es inapropiado.<sup>21</sup>

En este orden de ideas es posible sostener que en ocasiones las leyes buscan transmitir la aprobación o desaprobación de una conducta determinada, más allá de las consecuencias prácticas que puedan generar.<sup>22</sup> Por tal razón, aunque el impuesto al tabaco probablemente no disminuya de manera palpable su consumo, para la mayoría bastará con que la percepción social sobre éste sea negativa.

Por lo mismo, no es posible reducir las leyes a su simple formulación textual, ni a la dimensión de sus funciones prescriptivas. Las leyes, como parte de una realidad compleja, transmiten mensajes que influyen en la conducta de las personas a través de la correspondencia que guardan con el sistema de valores que las sustentan. Sobre este particular, en la sentencia puede leerse lo siguiente:

...las leyes contribuyen a la construcción del significado social en una comunidad, utilizable como base para el desenvolvimiento de la vida en sociedad y el desarrollo de las múltiples relaciones jurídicas en que encuentran las personas cotidianamente, quienes pueden asumir que esa evaluación incluida en la parte evaluativa de una norma es una toma de posición de la que pueden partir para planear sus propias acciones. La implicación de esta premisa es que cuando una ley cambia, también se sucede un cambio de significados o de juicios de valor por parte del Estado promovidos a través del derecho.<sup>23</sup>

La tesis es por demás interesante. Retomemos la tesis de la moral positiva, históricamente determinada y contingente, para mirar al derecho en dos dimensiones. Por un lado, es posible sostener que el derecho plasma la moral positiva de una sociedad en un momento histórico determinado y, al hacerlo, tiende a perpetuarla. Pero, por el otro, también es posible afirmar que, cuando se conjugan factores de diversa índole que se traducen en mutaciones relevantes para la moral positiva en otro momento histórico determinado, el mismo derecho puede ser un factor para materializar el cambio.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 2022.

<sup>21</sup> La Corte ofrece un ejemplo similar en el párrafo 73 de la sentencia al analizar las normas que favorecen o restringen el comercio.

<sup>22</sup> *Cfr.* Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 2026.

<sup>23</sup> Amparo en revisión 704/2014, *cit.*, párr. 72.

En esta tensión reside el potencial conservador pero también el potencial transformador del instrumental jurídico.

## 2. *El daño expresivo y la construcción del estigma*

Como se ha visto, entonces las leyes formuladas por el legislador —y, aunque no lo digan los ministros, también las sentencias de los jueces— tienen una función expresiva por medio de la cual se valora a una conducta de manera positiva o negativa. Sobre esta base es conveniente analizar de qué manera ese mensaje expresivo se puede traducir en una afectación en contra de una persona o de un grupo de personas.<sup>24</sup>

En el caso concreto, el quejoso considera que la distinción plasmada en la ley mediante la cual el matrimonio se reserva para las parejas heterosexuales, mientras que las parejas homosexuales sólo pueden aspirar a un enlace conyugal, envía el mensaje de que las uniones entre personas del mismo sexo son consideradas de menor importancia con respecto a las uniones de parejas heterosexuales. Una suerte de devaluación jurídica que, en realidad, expresa una devaluación moral.

Sobre este tema, Elizabeth Anderson y Richard Pildes señalan que las personas sufren un daño expresivo, cuando son tratadas mediante actitudes que implican un rechazo o desvalorización hacia ellas.<sup>25</sup> Por ejemplo, una acción puede no implicar un agravio mayor pero sí representar un daño expresivo al emitir un mensaje de desaprobación o de perjuicio sobre alguna persona. Los autores citados acuden al ejemplo de tirar basura en el jardín vecino. Si bien las consecuencias de dicho acto no superan las de la molestia de levantar la basura, si la acción se realiza para mandar un mensaje en que se considera que el predio vecino no merece ningún respeto o consideración, se estaría frente a un daño expresivo.<sup>26</sup>

Esto es así porque la comunicación de actitudes crea un entendimiento común sobre la forma en que se desarrollará la convivencia.<sup>27</sup> Si se manifiestan actitudes que —por ejemplo— suponen la exclusión de un grupo, es

---

<sup>24</sup> Para un análisis más detallado del daño expresivo, véase: García Sarubbi, David y Quintana Osuna, Karla, “El daño expresivo de las leyes. Estigmatización por orientación sexual. Su control constitucional”, en Niembro, Roberto y Alterio, Micaela (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 107-129.

<sup>25</sup> Cfr. Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard, *op. cit.*, p. 1527.

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 1528.

probable que las relaciones sociales hacia sus integrantes se orienten por el rechazo o la denigración. En este ámbito no es necesaria la aprobación por parte de los destinatarios del mensaje, su sola emisión y el entendimiento de su significado materializan la exclusión.<sup>28</sup>

De esta manera, el mensaje del daño expresivo distorsiona las relaciones sociales entre quien emite el mensaje y quien lo recibe. Con ello se provoca un estadio asimétrico en el que la persona destinataria terminará en una condición infravalorada con relación a la persona que lo emite.<sup>29</sup>

El concepto que mejor sintetiza el daño expresivo es el de estigma. Al respecto, la relatora especial de la ONU sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento sostiene lo siguiente:

El estigma se relaciona estrechamente con el poder y la desigualdad, y quienes tienen el poder pueden utilizarlo a su voluntad. El estigma puede entenderse en general como un proceso de deshumanización, degradación, desacreditación y desvalorización de las personas de ciertos grupos de la población... El objeto del estigma es un atributo, cualidad o identidad que se considera “inferior” o “anormal”. El estigma se basa en una concepción social de lo que somos “nosotros”, en contraposición a “ellos”, que confirma la “normalidad” de la mayoría mediante la desvalorización de “los otros”.<sup>30</sup>

Uno de los fenómenos sociales más rememorados en la literatura para ejemplificar el sentido del estigma es la segregación racial en los Estados Unidos. Como diversos autores han señalado, uno de los debates sustanciales en torno a la política de “separados pero iguales” en las escuelas, giraba en torno a la construcción de ciudadanos de primera y de segunda clase. Ello aunque se afirmara que el objetivo de la ley no era remarcar diferencias raciales.<sup>31</sup> En los hechos, la segregación emitía un mensaje denigrante para personas que, en virtud de su color de piel, no podían acceder a una escuela determinada. La separación en sí misma era un mensaje que negaba la igualdad.

En síntesis, puede afirmarse que una ley estigmatiza, o contribuye a la estigmatización, cuando a partir de ella se genera una percepción pública que tiende a reducir la posición social de alguna persona o grupo en la so-

---

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la relatora especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, “El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento”*, A/HRC/21/42, 2 de julio de 2012, párr. 12.

<sup>31</sup> *Cfr.* Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 2022.

ciudad.<sup>32</sup> No importa que las personas activen o no el supuesto contemplado en esa ley —en el caso que nos ocupa es irrelevante si la persona quiere o no contraer matrimonio—; lo que determina la afectación de trato es la mera existencia de la norma estigmatizadora.

## V. EL ESTIGMA EN CONTRA DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

En el caso concreto el dilema residía en determinar si la distinción realizada por el artículo 147 de la Constitución de Colima, en la que se excluía del matrimonio a las parejas homosexuales, encuadra en las tesis antes delineadas. El reclamo del demandante era que dicha distinción implicaba un daño expresivo que se traducía en un estigma en contra de las parejas de personas del mismo sexo.

Siguiendo las premisas de este texto, es importante advertir que la distinción legal no es accidental sino que se sustenta en una construcción cultural fundada en la heteronormatividad.<sup>33</sup> Las orientaciones sexuales que no se ajustan a dicho patrón quedan excluidas de la figura del matrimonio destinada a sancionar a las uniones entre un solo hombre y una sola mujer.

No importa cuál era la intención de los legisladores, lo que cuenta —como señaló la Corte— es el daño expresivo provocado por la ley. Con las palabras de los jueces: “...es irrelevante si se demuestra que no fue intención del legislador discriminar a un grupo vulnerable, sino que es suficiente que ese significado sea perceptible socialmente”.<sup>34</sup> La tesis de fondo es que, al poner un énfasis en las diferencias, a fin de distinguir entre el matrimonio-heterosexual y el enlace-homosexual, se favorece la construcción del prejuicio como “un miedo a la amenaza real o imaginada de perder ciertos privilegios”.<sup>35</sup> Sobre todo cuando observamos que la construcción social de la diferencia parte desde la posición de poder de quien puede “determinar” la diferencia, y con ello pretende justificar o legitimar los actos de exclusion

---

<sup>32</sup> Cfr. Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard, *op. cit.*, p. 1544.

<sup>33</sup> La heteronormatividad es un “sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas «normales, naturales e ideales» y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Se compone de reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a los individuos a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes”. CIDH, Conceptos Básicos LGBTI, disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

<sup>34</sup> Amparo en revisión 704/2014, *op. cit.*, párr. 76.

<sup>35</sup> Mercedes Gómez, María, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Motta, Cristina y Cabral, Luis (comps.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Colombia, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2005, p. 23.

en contra de las personas que no se ajustan a los estándares del grupo privilegiado.<sup>36</sup>

Este punto no pasa desapercibido por los y la ministra y en la sentencia lo abordan de la siguiente manera:

74. Esta Primera Sala considera que cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos.<sup>37</sup>

Como el lector puede notar, de nueva cuenta, emerge la tesis que subraya la dimensión cultural del derecho. Podemos decir que los integrantes de la Primera Sala toman distancia de una concepción formalista y positivista acrítica respecto del contenido normativo y asumen una genuina postura garantista que considera al derecho como una construcción social. Se trata de una postura afín a las tesis de Luigi Ferrajoli que piden a los jueces decidir sin separarse del marco normativo —no perdamos de vista que esta decisión está anclada al artículo 1o. constitucional— pero asumiendo una postura crítica ante el derecho.

Sobre el mismo tema algo similar ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia si no estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>37</sup> Amparo en Revisión 704/2014, *cit.*, párr. 74.

<sup>38</sup> Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un*

De nueva cuenta, también en esta interpretación, el referente normativo está presente y es el asidero de la opinión judicial, pero la lectura de los jueces amplía el marco de garantía de los derechos. En ese sentido, podemos decir que se trata de un ejemplo de genuino garantismo.

## VI. MATRIMONIO: DEL SIGNIFICADO A LA CONTROVERSIA

Desde una visión tradicional y formal de la aplicación del derecho, se asumiría que cualquier disposición era aplicable a un caso concreto en tanto que los supuestos del caso eran los supuestos de la disposición.<sup>39</sup> Sin embargo esta postura ha sido paulatinamente superada por la teoría y la práctica jurídicas hasta reconocer que no es posible deducir la aplicación de una disposición mientras no se haya asignado un significado a las palabras que la componen. Ello en tanto que las disposiciones del legislador constituyen un lenguaje objeto que se limita a ser prescriptivo-permisivo. Por lo mismo, por sí solas, las disposiciones legales no desprenden una carga ideológica aunque puedan estar inspiradas en ella.<sup>40</sup> En este sentido, son las personas quienes le asignan un significado a las palabras, ya que éstas no anuncian por sí mismas su significado.<sup>41</sup>

Como apunta Víctor Ferreres, la labor de los y las juezas constitucionales consiste en asignar significados por medio de la interpretación, a fin de hacer compatibles las normas que pueden inferirse de los distintos textos legales y, en ese sentido, determinar si procede o no su aplicación.<sup>42</sup> En esta labor de interpretación, Ferreres sigue a Jeremy Waldron al considerar que los textos legales suelen estar grávidos de indeterminaciones. Por lo mismo,

---

*vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, serie A, núm. 24, párr. 224.

<sup>39</sup> Cfr. Waldron, Jeremy, "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", 82 *Cal. L. Rev.* 509 (1994), p. 509. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/california-lawreview/vol82/iss3/3>.

<sup>40</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, p. 124.

<sup>41</sup> Cfr. Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 510; en la lectura de Fedro, Sócrates narra la anécdota del origen de la escritura como un invento que el dios Teut ofrece al rey egipcio, Tamus. Sócrates considera que las palabras escritas carecen de un significado propio, ya que no pueden defenderse ante las interrogantes del lector, pues al pedirles alguna explicación sobre el objeto que contienen, simplemente responderán lo mismo. Platón, *Fedro o de la Belleza*, Diálogos II, México, Tomos, 2002, pp. 93-99.

<sup>42</sup> Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 22.

con frecuencia pueden plantearse dudas respecto de la interpretación correcta de un texto para un caso en específico.<sup>43</sup> Esta indeterminación dota a los jueces de un importante poder normativo y, al mismo tiempo, en esa medida, les impone una gran responsabilidad. El reto de los juzgadores reside en determinar el significado de las normas sin incurrir en actos discrecionales y mucho menos arbitrarios.

En este mismo sentido, es relevante considerar lo que han planteado Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin en el sentido de que, al interior de todo sistema legal podemos encontrar, por un lado, normas y, por otro, definiciones. Los autores responden así a la tesis normativista que supone que las definiciones legales imponen a los destinatarios la obligación de usar la definición del legislador tal y como el legislador lo indica. Su propuesta consiste en sostener que las definiciones buscan facilitar la identificación de una norma, pero no prescribir una conducta.<sup>44</sup> En este sentido, así como el significado de una oración está dado por el significado de las palabras que la componen,<sup>45</sup> los enunciados legales operan de forma que cada una de las palabras que lo integran contribuyen al entendimiento de la norma. Por ello, Alchourrón y Bulygin consideran que: “No hay diferencias entre una definición legal y una definición privada (esto es, no oficial): ambas cumplen la función de facilitar la identificación del sentido del enunciado en el que se contienen las palabras definidas”.<sup>46</sup>

Al plantear esta correspondencia entre las definiciones legales y privadas, el problema de la indeterminación de los términos acarrea una mayor complejidad. Principalmente si consideramos que el legislador utiliza un lenguaje natural para emitir prescripciones.<sup>47</sup> Esto provoca que la manera en la que se entiende socialmente una definición, pesara sobre la manera en que legalmente se formula. De nueva cuenta, ahora a través del uso del lenguaje, se pone en evidencia el peso que tiene el contexto social — y su moral positiva — en el contenido del derecho.

La indeterminación que parte de la discrepancia de significados, se ajusta a lo que tanto Ferreres como Waldron llaman conceptos “esencialmente controvertidos”. Estos se presentan cuando una palabra expresa un estándar normativo claro, pero los diferentes usuarios no están de acuerdo

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>44</sup> *Cfr.* Aguiló Regla, Josep, “Sobre definiciones y normas”, *Doxa*, 8, 1990, pp. 274 y 275.

<sup>45</sup> *Cfr.* Dummett, Michael, *op. cit.*, 93.

<sup>46</sup> Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, p. 275.

<sup>47</sup> *Cfr.* Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 24.

con los contenidos detallados en el mismo.<sup>48</sup> Ejemplos de estos conceptos son los que se identifican con palabras como “excesivo”, “grave”, “malicia”, etcétera. La controversia no reside en la determinación de la palabra, sino en que ésta impone la necesidad de hacer juicios de valor. En contextos sociales en los que inevitablemente existen conflictos de valores, las diferentes personas pretenderán aplicar las disposiciones de diferentes maneras.<sup>49</sup> Esto vale para los diferentes usuarios del derecho y no excluye a las y los jueces constitucionales que también llevan a cuestras concepciones morales y sesgos cognitivos.

De hecho, lo que hace que un concepto sea esencialmente controvertido es que se encuentra ligado a controversias que emergen en casos paradigmáticos en los que se debaten entendimientos contrarios sobre un término.<sup>50</sup> En el caso que nos ocupa, el concepto matrimonio se vuelve terreno de disputa. De hecho, tanto las cortes nacionales como internacionales han reconocido las controversias que derivan de la aplicación del término y, en esta medida, de manera implícita aceptan la mutabilidad de su significado a lo largo del tiempo. El problema es que esta apertura interpretativa no es aceptada por personas o grupos conservadores que reivindican una suerte de esencialismo en el significado del matrimonio y, en esa medida, lo pretenden inmutable y acotado a las uniones heterosexuales.

En contraste con esa postura conservadora, desde la primera ocasión en la que la Suprema Corte mexicana se pronunció sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo, reconoció la tendencia evolutiva del concepto:

242. Así pues, no obstante la especial protección jurídica del matrimonio como institución civil —incluso, como base de la familia, mas no como única forma de integrarla—, no se trata de un concepto inmutable o “petrificado” y, por tanto, no es concebible que su conceptualización tradicional no pueda ser modificada por el legislador ordinario, pues, como señalamos, la Constitución no lo sujeta a un concepto predeterminado y, además, la realidad social exige que el legislador responda a ella, como ya ha acontecido, pues es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo

---

<sup>48</sup> Cfr. *ibidem*, p. 27; Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 526.

<sup>49</sup> Cfr. Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 527.

<sup>50</sup> Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 27.

se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo.<sup>51</sup>

En su importante opinión consultiva sobre el tema, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en sentido similar:

222. Por otro lado, el significado de la palabra “matrimonio” al igual que la de “familia” ha variado conforme al paso de los tiempos. Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología.<sup>52</sup>

Desde esta perspectiva, el significado de los conceptos —incluso de aquellos que son o se vuelven controvertidos— es el resultado de un consenso entre sus usuarios que deciden utilizarlo de cierta manera.<sup>53</sup> Esto implica que los significados cambian y pueden ser más o menos controvertidos en los diferentes contextos sociales, culturales, políticos e ideológicos. Estas premisas subyacen y hacen posible las decisiones de las cortes —en este caso de la mexicana— sobre temas controvertidos como el matrimonio igualitario. La pregunta que queda en el aire y que corresponde quizá más a los sociólogos que a los juristas resolver es si el nuevo significado que las y los jueces otorgan a los conceptos que se encuentran incorporados al derecho transformarán los entornos culturales y cuánto tardarán en hacerlo.

La pregunta es relevante en cualquier contexto pero sobre todo en entornos en los que los grupos conservadores vinculados con la Iglesia católica —y también con otras confesiones religiosas— libran una batalla cultural en contra de figuras como el matrimonio igualitario y pretenden plasmar sus concepciones en el ordenamiento jurídico. Valgan como ejemplo los siguientes párrafos de la exposición de motivos de una propuesta de ley enviada al Poder Legislativo mexicano por el Consejo Mexicano de la Familia:

El varón y la mujer, siendo diferentes y complementarios entre sí, son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida y apoyada por la sociedad y el Estado, a fin de que su entorno les garantice a todos sus miembros las condiciones necesarias para alcanzar un óptimo desarrollo.

---

<sup>51</sup> SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el procurador general de la República, resuelta por el Pleno el 16 de agosto de 2010, párr. 242.

<sup>52</sup> Corte IDH, *op. cit.*, párr. 222.

<sup>53</sup> *Cfr.* Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 530.

Se reconoce el derecho del varón y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

El matrimonio es una institución de interés público y el fundamento natural de la familia; como tal debe ser protegido por el Estado, como un compromiso público que toman libremente un varón y una mujer, para amarse, fundar una familia y educar a sus hijos hasta que alcancen la mayoría de edad.

...

A fin de garantizar el respeto del interés superior de la niñez, todos los niños y niñas tienen el derecho a crecer en su familia, bajo el cuidado y protección de su padre y su madre. En el caso de orfandad de padre y madre de un menor o si fuese privado de manera definitiva de su familia de origen, se deberá asegurar su cuidado y protección por un padre y una madre adoptivos. El Estado no puede por ninguna causa privar deliberadamente a un niño de este derecho.

...

Para los fines que aquí nos interesan, más allá de las disputas ideológicas, merece la pena subrayar la disputa por el derecho. Como instrumental normativo orientado a organizar la convivencia y delimitar la frontera entre lo que es lícito y lo que no es, el derecho se vuelve terreno de batalla. Cuando se trata de conceptos controvertidos —como el de matrimonio—, primero, la ley y sus disposiciones y, posteriormente, su interpretación a cargo de los jueces adquieren una relevancia indiscutible. No se trata de una cuestión teórica u abstracta sino de definiciones de las que depende en buena medida los términos de nuestra convivencia y el alcance de nuestros derechos. Por eso vale la pena tomarnos en serio sentencias como la que —a nuestro juicio venturosamente— emitió la Primera Sala de la SCJN.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### *Libros y artículos de revista*

- AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre definiciones y normas”, *Doxa*, 8, 1990.
- ANDERSON, Elizabeth y PILDES, Richard, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148: 1503.
- DUMMETT, Michael, “La teoría del significado en la filosofía analítica”, trad. de Alberto López Cuenca, en LÓPEZ CUENCA, Alberto (coord.), *Resistiendo al oleaje: reflexiones tras un siglo de filosofía analítica*, Madrid, Cuaderno Gris, Época III, 4 (1999), Universidad Autónoma de Madrid.

- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- GARCÍA SARUBBI, David y QUINTANA OSUNA, Karla, “El daño expresivo de las leyes. Estigmatización por orientación sexual. Su control constitucional”, en NIEMBRO, Roberto y ALTERIO, Micaela (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- MERCEDES GÓMEZ, María, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en MOTTA, Cristina y CABRAL, Luis (comps.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Colombia, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2005.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.
- PLATÓN, *Fedro o de la Belleza, Diálogos II*, México, Tomos, 2002.
- POZZOLO, Sussana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.
- SALAZAR, Pedro, “Atienza, el razonamiento judicial y el matrimonio igualitario: ciao al positivismo”, en AGUILÓ REGLA, Josep y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (coords.), *Sobre el razonamiento judicial: una discusión con Manuel Atienza*, Perú, Palestra, 2017.
- SUNSTEIN, Cass, “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144: 2021.
- TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- WALDRON, Jeremy, “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, 82 *Cal. L. Rev.* 509 (1994).

### *Jurisprudencia*

- CORTE IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, serie A, núm. 24.

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el procurador general de la República, resuelta por el Pleno el 16 de agosto de 2010.

SCJN, Amparo en Revisión 704/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015.

Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 19, junio de 2015, t. I.

### *Documentos internacionales*

ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, “El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento”, A/HRC/21/42, 2 de julio de 2012.

CIDH, Conceptos Básicos LGBTI, disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

## EL AMPARO EN REVISIÓN 554/2013: LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Estefanía VELA BARBA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La sentencia a detalle*. III. *Lo emblemático de la sentencia*.

### I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo está dedicado a analizar a detalle el amparo en revisión 554/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 25 de marzo de 2015.<sup>1</sup> Este fallo está relacionado con la investigación penal relativa a la muerte de Mariana Lima Buendía, una mujer de 28 años, habitante del Estado de México, pasante de derecho, casada con un agente investigador de la Procuraduría General de Justicia de esa entidad federativa.

El caso llegó a la Corte gracias a los esfuerzos incansables de la madre de la víctima, Irinea Buendía, que denunció las actuaciones y omisiones de las autoridades encargadas de investigar el caso. Estas autoridades habían determinado que la muerte de Mariana había sido un “suicidio”, decidiendo, por lo tanto, no ejercer la acción penal. Para Irinea, esta determinación tenía dos problemas fundamentales. Por un lado, se tomó esta decisión sin que se hayan recabado las pruebas necesarias para comprobar plenamente

---

\* Estudió la Licenciatura en Derecho en el ITAM y la Maestría en Derecho (LL.M.) en la Universidad de Yale, en donde se encuentra desarrollando su Doctorado en Derecho (J.S.D.). Actualmente también es responsable del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

<sup>1</sup> El amparo se resolvió por unanimidad de votos de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas y de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz-Mena, quien fue el ponente (la secretaria proyectista del caso fue Karla I. Quintana Osuna). El ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo se reservó su derecho de formular voto concurrente.

te esta hipótesis. Por otro, sin embargo, tampoco recabaron pruebas para comprobar que se trataba de un homicidio, una segunda hipótesis que tenían el deber de investigar, considerando el propio testimonio de Irinea, así como los de la hermana y la mejor amiga de Mariana, que señalaban que su esposo constantemente la violentaba física, sexual y emocionalmente. El corazón del argumento de Irinea, por lo tanto, era que las autoridades incumplieron con su obligación de administrar justicia de forma efectiva.

La Primera Sala de la Suprema Corte le dio la razón a Irinea. Después de analizar a detalle las actuaciones y omisiones de las autoridades, sostuvo, a grandes rasgos, que habían fallado en investigar la muerte de Mariana con la debida diligencia que exige el acceso a la justicia, incluida la obligación de investigar y sancionar la violencia contra las mujeres con “perspectiva de género”. Resolvió, por lo tanto, que las autoridades debían realizar todo lo necesario para investigar la muerte de Mariana, de conformidad con el acervo probatorio que cumpla con el marco legal nacional y los lineamientos destacados en la sentencia.

Dado que este ensayo forma parte de un libro dedicado a analizar “sentencias emblemáticas”, está diseñado para que sea posible entender y apreciar el amparo en revisión 554/2013. Para tal efecto, lo he estructurado de la siguiente forma: en un primer apartado, describo el contenido de la sentencia a detalle, para que quede clara la *litis* que debía resolver la Corte, así como la manera en la que la resolvió. Esto último incluye, por supuesto, repasar el marco constitucional, convencional, legislativo y administrativo que se invoca en la sentencia para juzgar el caso, así como el análisis puntual que realiza de los actos de las autoridades. En un segundo apartado, me dedico a analizar las razones por las cuales, desde mi óptica, se trata de una sentencia emblemática de lo que un tribunal, en un Estado constitucional y democrático de derecho, puede y debe hacer para plenamente proteger, garantizar y promover los derechos de las personas, incluido el acceso a la justicia. Como espero demostrar, este fallo no es sólo relevante para quien tenga interés en la discriminación y la violencia de género —especialmente la que desproporcionadamente afecta a las mujeres— o la procuración de justicia. Este amparo es importante por cómo supera el formalismo procesal, se toma en serio a la Constitución como norma jurídica, conecta el derecho con la realidad, asume una función pedagógica y da muestra de lo que implica la accesibilidad en las sentencias.

## II. LA SENTENCIA A DETALLE

### 1. *Los “antecedentes” del caso*

La sentencia de Mariana Lima comienza con un apartado dedicado a los “antecedentes” del caso (párr. 1-44). Ello no significa, sin embargo, que se empiezan enlistando fría y escuetamente los actos de autoridad que llevaron hasta el fallo. Más bien, lo que se cuenta es la historia *sustantiva* del caso: los hechos que originaron todo. Quizá sea obvio, pero en un país en el que es común encontrar los hechos controvertidos a la mitad de una larga sentencia, no deja de ser novedoso aún poder leerlos desde un inicio. Entender, en otras palabras, de qué trata el caso: quiénes son las personas involucradas y qué ocurrió.

Así, en las primeras páginas nos enteramos que, el 29 de junio de 2010, poco antes de las 7:45 de la mañana, el esposo de Mariana Lima llegó a la Procuraduría del Estado de México, en el municipio de Chimalhuacán, a reportar el fallecimiento de su esposa. Ahí declaró que, aproximadamente a las 7 de la mañana que llegó a su casa, encontró a su esposa “colgada en su dormitorio”. Afirmó que cortó la cinta con la cual estaba colgada, la recostó en la cama y trató de reanimarla, pero ella ya no respondió.

Con base en su declaración, se inició la averiguación previa. Se ordenó la intervención de distintos peritos en el lugar de los hechos. Intervención que ocurrió aproximadamente a las 8:20 de la mañana, sin que sea posible saber quiénes, en concreto, fueron. Desde aquí, la Primera Sala comienza a señalar los problemas con la investigación.

A las 12:30 de ese mismo día, el esposo de Mariana rindió su segunda declaración. En esta ocasión, afirmó que la última vez que había visto a su esposa era el día anterior, en la mañana. También relató que ese día sostuvo una llamada telefónica con ella a la una de la tarde, en la que supuestamente advirtió que estaba “bajo los influjos del alcohol”.<sup>2</sup> Fue en esta declaración que afirmó que había encontrado un mensaje póstumo de ella, en el que le decía a sus padres que la perdonaran, “que se cuidaran y que les dejaba su teléfono celular para que lo vendieran”. El papel no fue encontrado en la diligencia ministerial, ni con posterioridad. Él manifestó que no quería formular denuncia por el delito de homicidio, ya que Mariana “se había quitado la vida”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Párrafo 4.

<sup>3</sup> Párrafo 5.

Ese mismo día, aproximadamente a la 1 de la tarde, llegó Irinea, la madre de Mariana, a las oficinas del Ministerio Público. Desde ese momento fue clara en que, según le había dicho su hija, su esposo la violentaba desde el inicio de su matrimonio (que, para entonces, tenía 18 meses). Siempre habían tenido problemas, “ya que él era muy celoso, la tenía muy controlada, no la dejaba salir de su casa, la golpeaba, le decía que «no servía para nada» y «constantemente la humillaba»”.<sup>4</sup> Según Irinea, el 26 de junio —tres días antes— su hija le había llamado para decirle que él la había golpeado y que ella se había salido de su casa, pero que como no tenía dinero, se había refugiado en casa de una amiga. Un día después, sin embargo, Mariana se volvió a comunicar con Irinea para hacerle saber que su esposo “le había pedido perdón y que se iban a dar otra oportunidad”.<sup>5</sup> Al día siguiente —el 28 de junio, un día antes de su muerte—, el esposo de Mariana la dejó en casa de sus padres. Ahí, según Irinea, Mariana le manifestó que su esposo ya no la quería en casa y que le dijo que se fuera porque él ya no le tenía confianza. Hasta la había acusado de robarle dos mil pesos. Dado el contexto, de acuerdo con Irinea, ambas acordaron que Mariana iría al Ministerio Público a presentar una denuncia en contra de él. Después de eso dejaría su domicilio conyugal y se iría a vivir con sus padres. Según Irinea, con esta intención Mariana se fue de su casa, sin que volviera a saber de ella. Para Irinea, “su hija no se había suicidado”, por lo que denunció el homicidio de su hija “contra quien resultara responsable”.<sup>6</sup>

Con esto queda claro que, desde el inicio, las autoridades contaban con dos posibles hipótesis de investigación: una, la señalada por el esposo de Mariana, de que ella se había suicidado; la segunda, de la madre de Mariana, que sostenía que ella había sido asesinada (probablemente por su marido).

¿Qué pasó después? Se siguieron sumando distintas pruebas al expediente. Entre estas, destacan las siguientes:

- El 5 de julio de 2010, el esposo de Mariana ratificó y amplió su declaración ministerial. En esta tercera ocasión, entregó dos pedazos de papel, que identificaba como los escritos póstumos de Mariana, afirmando que los había encontrado “en los cajones del tocador donde su esposa guardaba su ropa interior”. No explicó —ni le pidieron que explicara— cómo es que originalmente había mencio-

---

<sup>4</sup> Párrafo 6.

<sup>5</sup> Párrafo 7.

<sup>6</sup> Párrafos 7 y 8.

nado un solo mensaje y, en esta ocasión, entregó dos. Hasta el 9 de diciembre de 2010 se le solicitó a Irinea que presentara diversos escritos elaborados por su propia hija, para poder constatar si los que había entregado el esposo de Mariana habían sido realmente escritos por ella o no. El 13 de enero de 2011, el dictamen de grafoscopía que habían ordenado determinó que la escritura de los recados póstumos “sí tienen un mismo y común origen gráfico de la escritura manuscrita proporcionada como base de cotejo”.<sup>7</sup>

- El 13 de julio de 2010 se integraron al expediente el dictamen en criminalística de campo y la necropsia practicada al cuerpo de Mariana. En estos se concluyó que la causa de muerte de Mariana fue asfixia por ahorcamiento. En concreto, se manifestó que ella había realizado un amarre con el cordón de nylon que se colocó sobre el cuello y que no existieron lesiones típicas de lucha y/o forcejeo en su cuerpo. No contaban, sin embargo, con el cordón.
- El 30 de septiembre de 2010, Irinea volvió a rendir una declaración. Señaló que, en una de las ocasiones en las que su hija había acudido a ella después de que su marido la había violentado, cuando Irinea le propuso denunciarlo, Mariana le contó que él le había dicho que “si lo denunciaba, aparte de que no le harían nada por ser judicial, él la mataría entonces a golpes”.<sup>8</sup>
- El 30 de diciembre de 2010 compareció la media hermana de Mariana a rendir su declaración. Relató algo similar a lo dicho por Irinea —a saber: que el esposo de Mariana la violentaba física, sexual y emocionalmente—, si bien con distintos detalles.<sup>9</sup> Por ejemplo: según la hermana de Mariana, ésta le contó que, a las cuatro semanas de casados, él le había jalado el cabello y la había cacheteado porque “no le había gustado el desayuno”. En esa ocasión, la hermana le había dicho que lo denunciara, pero Mariana le contestó que “donde fuera o a donde acudiera no le iban a hacer nada”. En otra ocasión, en junio de 2009, Mariana le contó que él la había amenazado “con una pistola en la boca para obligarla a hacerle sexo oral, dándole puñetazos en la espalda baja y en uno de sus costados”, hasta que la violó. Según la hermana de Mariana, ésta le enseñó los moretones que su esposo le había hecho con la pistola. Unos meses después, en octubre de 2009, Mariana le volvió a contar que

---

<sup>7</sup> Párrafo 23.

<sup>8</sup> Párrafo 13.

<sup>9</sup> Párrafos 18-20.

otra vez la había violado, diciéndole que si no se dejaba “se iba a buscar una vieja chingona que supiera hacer lo que él quería”. La última vez que, según su hermana, Mariana le dijo que él la había violado fue en abril de 2010. Para ese entonces, según su hermana, Mariana ya se había cortado el cabello para que él no pudiera jalarla de ahí al golpearla. Agregó que él la había obligado a tatuarse en la espalda con su apellido, porque así podía demostrar “que era de su propiedad”. En relación con el día en el que se le notificó de la muerte de Mariana —el 29 de junio—, contó que se apersonó inmediatamente en la casa de Mariana. Ahí pudo ver el cuerpo de su hermana y notó que tenía varios golpes, rasguños y raspones en distintas partes del cuerpo. Señaló, además, que su cabello estaba “mojado”, “como recién lavado”, además de que a un costado de la cama estaba una toalla húmeda. Adicionalmente, mencionó que le parecía raro que en la habitación de a lado, “encontró ropa de su hermana sobre la cama, así como dos petacas”.

- El 30 de diciembre de 2010 fue a declarar la mejor amiga de Mariana. También relató algo similar a lo contado por Irinea y la hermana de Mariana. En varias ocasiones, Mariana le había hablado, pidiéndole ayuda, contándole que su esposo la había violentado. En una ocasión, Mariana le contó que él la había golpeado “porque el bistec que le había hecho ella no estaba cocido tres cuartos como a él le gustaba y que el jugo de naranja no lo había colado” y “que era una pendeja que no sabía cocinar”. Relató que el 26 de junio de 2010 —tres días antes de su muerte—, Mariana apareció en su negocio llorando, contándole que su esposo la había acusado de robarle dinero y que la había golpeado en las costillas, le había jalado el cabello y le había dado unas cachetadas. Según la mejor amiga de Mariana, el 28 de junio de 2010 —un día antes de su muerte—, aproximadamente a la una y media de la tarde, Mariana le mandó un mensaje para avisarle que había ido por sus cosas a su casa y que una hora después le marcó, diciéndole que ya estaba empacando, antes de que llegara su esposo. Fue la última vez que supo de ella.
- El 27 de marzo de 2011, casi nueve meses después, el esposo de Mariana aportó una serie de fotografías que supuestamente tomó cuando encontró el cuerpo de Mariana, antes de haberlo movido. Señaló que el día en el que la encontró, le mandó las fotografías por *bluetooth* a “elementos de la Policía Ministerial”, amigos suyos. Uno de estos elementos, casi dos años después, rindió una declaración en la que afirmó que el esposo de Mariana les había enseñado esas

fotografías y que se las había enviado —no a él, sino al comandante que los acompañaba— por esa vía.

- El 24 de mayo de 2011, una mujer que se ostentó como ex pareja del esposo de Mariana rindió su declaración. Señaló que mantuvieron una relación por casi diez años, en la que nunca la violentó. También añadió que ocasionalmente se veían e iban a un hotel en el que sostenían relaciones sexuales. Según ella, el 28 de junio de 2010, él la recogió en la tarde y pasaron toda la noche juntos. Se separaron hasta las 6 de la mañana del 29 de junio.

El 15 de junio de 2011 —casi un año después de la muerte de su hija—, Irinea presentó dos escritos en los que denunció “los dictámenes en criminalística y necropsia, manifestando que tenían inconsistencias y que no se tomaron en cuenta diversos hechos, como las distintas lesiones que presentaba el cuerpo de su hija”.<sup>10</sup> De manera adicional, “solicitó la exhumación del cuerpo de su hija”, con el fin de que se le practicaran distintas periciales que pudieran arrojar luz sobre la violencia a la que había sido sometida previo a su muerte. Ambas peticiones fueron rechazadas.

A pesar de que se volvió a inconformar, la autoridad, de cualquier manera, el 9 de septiembre de 2011, determinó el no ejercicio de la acción penal, argumentando que la causa de muerte de Mariana —“asfixia mecánica en su modalidad de ahorcamiento”— era resultado de “maniobras suicidas” y que no existían “lesiones típicas de lucha o forcejeo y que tampoco existía dato alguno del que se desprendiera la intervención de otra persona en los hechos”.<sup>11</sup>

El 6 de octubre de 2011, la fiscal especializada en feminicidios —porque ya existía entonces esta figura en el Estado de México— y los agentes del ministerio público auxiliares del procurador estatal autorizaron la determinación del no ejercicio de la acción penal.<sup>12</sup>

Esta es la determinación que, para efectos prácticos, Irinea impugnó.

## 2. *El recorrido procesal*

El 19 de noviembre de 2011, Irinea presentó dos escritos. En el primero, le solicitó al agente del ministerio público la reconsideración de su determinación de no ejercicio de la acción penal. En el segundo, le solicitó al procu-

---

<sup>10</sup> Párrafo 35.

<sup>11</sup> Párrafo 38.

<sup>12</sup> Párrafo 39.

rador general de justicia del Estado de México la revisión de la autorización del no ejercicio de la acción penal.

No obtuvo respuesta por meses, razón por la cual, el 14 de marzo de 2012, promovió un juicio de amparo contra el procurador general de justicia del Estado de México, como autoridad responsable, por “la omisión de resolver en tiempo y forma el recurso de revisión” presentado el 19 de noviembre de 2011. Estimó que se habían violado los derechos reconocidos en los artículos 1o., 17, 20 y 21 de la Constitución federal; los artículos 3o., 4o., incisos *f* y *g*, y 7o., incisos *b*, *c*, *f* y *g*, de la Convención *Belém do Pará*; los artículos 1o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y los artículos 1o., 3o., 5o. y 15 de la CEDAW. En otras palabras, estimó que las autoridades habían violado, entre otros, el deber que tienen de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.<sup>13</sup>

Un día después de que Irinea interpuso el amparo, la agente del ministerio público adscrita a la Fiscalía Especializada en Femicidios emitió un acuerdo en el que sostenía que no se encontraba facultada para revocar la determinación de los agentes del ministerio público auxiliares del procurador estatal, y en el que requería a Irinea para que precisara si era su intención que se realizara “la revisión” de la resolución que autorizó el no ejercicio de la acción penal.<sup>14</sup> Este acuerdo, que se le notificó a Irinea el 10 de abril de 2012, estaba basado, a su vez, en una resolución del 28 de marzo de 2012.

Por esta razón, Irinea modificó su denuncia de amparo. Ya no sólo denunciaba al procurador por su omisión, sino que impugnaba estas dos determinaciones: la del 28 de febrero y la del 15 de marzo.

Durante el juicio de amparo, el 28 de mayo de 2012, el procurador general de justicia del Estado de México finalmente se pronunció sobre el recurso de revisión que Irinea había promovido. Decidió revocar el no ejercicio de la acción penal y ordenó la práctica de diligencias adicionales para esclarecer los hechos. Irinea también impugnó esta resolución.

El Juzgado de Distrito sobreseyó y amparó a Irinea. ¿Por qué sobreseyó? Básicamente porque consideraba que con la resolución del 28 de mayo de 2012, el procurador ya “subsana” la omisión de la cual se le acusaba. Estaba dando respuesta, en otras palabras, a lo que se le había planteado. Amparó a la quejosa, sin embargo, en relación con el argumento de que la agente del ministerio público adscrita a la Fiscalía Especializada de Femi-

<sup>13</sup> Sus argumentos pueden leerse con mayor detalle en los párrafos 69 y 70.

<sup>14</sup> Párrafo 44.

cidios de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México “había incumplido con su obligación de administrar justicia de forma expedita”.<sup>15</sup> El amparo se otorgó para que esta autoridad, “en el término de treinta días, ordenara el desahogo de las pruebas pendientes y las que estimara necesarias para determinar el ejercicio o no de la acción penal”.<sup>16</sup>

Irinea impugnó la resolución del Juzgado de Distrito. Fue esta impugnación la que finalmente resolvió la Primera Sala.<sup>17</sup>

### 3. *El fondo del asunto*

#### A. *En general*

La resolución de la Sala puede dividirse en dos grandes rubros: el primero está relacionado con la decisión del Juzgado de Distrito de sobreseer el amparo, por considerar que con la resolución del 28 de mayo de 2012 del procurador se había subsanado la omisión de dar respuesta a la petición de Irinea. La Sala confirmó esta determinación.<sup>18</sup>

El segundo, sin embargo, está relacionado con el hecho de que, según Irinea, el Juzgado de Distrito erró en considerar que con la resolución del 28 de mayo de 2012, habían “cesado los efectos” de las actuaciones y omisiones de las autoridades. Los efectos, para Irinea, persistían y la autoridad, por lo mismo, había sido omisa en pronunciarse al respecto.<sup>19</sup> De manera adicional, para Irinea, el Juzgado había errado porque, en relación con la “omisión de administrar justicia de forma expedita”, se había pronunciado sólo respecto de la agente del ministerio público adscrita a la Fiscalía Especializada de Femicidios de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, cuando su queja estaba dirigida a combatir las actuaciones y omisiones de *todas* las autoridades. Y, finalmente, para Irinea, el juez había fallado en analizar el caso desde una “perspectiva de género”.

En esto, la Primera Sala le dio la razón, argumentando que las “irregularidades y falencias... no han sido destruidas de forma absoluta, y con-

---

<sup>15</sup> Los argumentos pueden leerse con mayor detalle en el párrafo 71.

<sup>16</sup> Párrafo 80.

<sup>17</sup> Los argumentos que ofreció Irinea en el recurso de revisión pueden leerse con mayor detalle en el párrafo 72.

<sup>18</sup> Los argumentos de la Primera Sala pueden encontrarse en los párrafos 95-99.

<sup>19</sup> Párrafo 81.

tinúan teniendo efectos en la quejosa”.<sup>20</sup> Adicionalmente, para la Primera Sala, el Juzgado de Distrito en efecto precisó “incorrectamente los actos reclamados y las autoridades responsables”.<sup>21</sup> Esta es la puerta que utilizó para la Sala para pronunciarse a profundidad sobre el caso y poder señalar todas las fallas en el acceso a la justicia.

### B. *En particular*

El corazón del amparo 554/2013 comienza en el párrafo 102 y se extiende hasta el párrafo 206. Para la Primera Sala, la pregunta a resolver era si la investigación de la muerte de Mariana Lima “se llevó a cabo de manera diligente”.<sup>22</sup>

La Sala comienza haciendo referencia a los derechos implicados en el caso (párrafos 105-115). Determina que, el hecho de que la investigación sea sobre la muerte de una *mujer* es crucial, ya que implica que se debe analizar a la luz del régimen de derechos humanos que se ha creado específicamente para abordar la realidad que viven la mayoría de las mujeres, *por el género*.

“La normativa general a nivel internacional de los derechos humanos”, explica la Sala, “no era suficiente para garantizar la defensa y protección de las mujeres, quienes por su condición ligada al género, requieren de una visión especial para garantizar el efectivo cumplimiento y respeto de sus derechos”.<sup>23</sup> Cuando la Constitución federal proscribe la discriminación “por género”, está reconociendo que, cuando el género está imbricado en los casos, es necesario reforzar las protecciones y escrutinar de manera más intensa las actuaciones de las autoridades. Lo mismo se deriva de la CEDAW y de la Convención *Belém do Pará*: son tratados internacionales que se crearon porque se estimó necesario no sólo reiterar que las mujeres eran titulares de *todos* los derechos, sino que se tenían que tomar medidas específicas para asegurar plenamente su ejercicio. Para garantizar la *no* discriminación por género, es necesario ir más allá de la igualdad formal y hacer todo lo posible para garantizar la igualdad sustantiva.

Es de este régimen que se deriva, entre otras, la obligación de las autoridades de “impartir justicia con perspectiva de género”. Para la Sala, esta “perspectiva” es, en realidad, un método de análisis “para detectar y elimi-

---

<sup>20</sup> Párrafo 88.

<sup>21</sup> Párrafo 89.

<sup>22</sup> Párrafo 104.

<sup>23</sup> Párrafo 105.

nar las barreras u obstáculos que discriminan a las personas por condición de género”.<sup>24</sup> Sirve para “evaluar la realidad con una visión incluyente de las necesidades” de las personas.<sup>25</sup> Según la Sala —y en esto sigue a la Corte Interamericana de Derechos Humanos— si los órganos investigadores e impartidores de justicia no aplican este método, pueden “condicionar el acceso a la justicia de las mujeres por invisibilizar su situación particular”.<sup>26</sup>

Una vez fijado el marco constitucional y convencional, la Primera Sala procede a hacer mención de la normatividad legislativa y administrativa (por llamarla de alguna forma) que también rigen el presente caso. Así, hace alusión a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Esta ley, para la Sala, es importante no sólo porque define todos los tipos y modalidades de la violencia de género que sufren las mujeres, sino porque explícitamente le genera a las autoridades la obligación de “elaborar y aplicar protocolos especializados con perspectiva de género en la búsqueda inmediata de mujeres y niñas desaparecidas, para la investigación de los delitos de discriminación, feminicidio, trata de personas, así como contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual”.<sup>27</sup>

Esto último es particularmente relevante considerando que ya se había elaborado, para el momento de la muerte de Mariana, el “Protocolo de actuación para la investigación del homicidio desde la perspectiva del feminicidio del Estado de México”. La Sala, por lo tanto, concluye que “las autoridades investigativas del Estado de México tenían no sólo la obligación de cumplir con las obligaciones convencionales y nacionales referidas, sino incluso, en el caso concreto, contaban con un protocolo obligatorio con reglas y procedimientos claros de cómo actuar ante la muerte de una mujer en dicha entidad”.<sup>28</sup>

Esta es la normatividad que las autoridades, en el caso, violaron. ¿Cómo la violaron? Entre los párrafos 136-206, la Primera Sala se dedica a analizar a detalle todo lo que las autoridades *hicieron* y, sobre todo, lo que *no hicieron*. A grandes rasgos, los problemas con la investigación de la muerte de Mariana Lima son los siguientes.

En relación con la *protección de la escena del crimen* (párrafos 136-146), la Sala señala lo siguiente:

---

<sup>24</sup> Párrafo 113.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> Párrafo 115.

<sup>27</sup> Párrafo 118.

<sup>28</sup> Párrafo 126.

- Para empezar, “no existe información sobre quiénes constituían el equipo multidisciplinario de investigación, por lo que no se sabe con certeza si estuvieron presentes peritos ni la forma en que se condujeron las diligencias”.
- Además, “no se detallan las acciones de los investigadores presentes en dicha diligencia, ni la disposición de la evidencia recolectada”.
- Por si fuera poco, “se omitieron detalles como la forma en que se encontró el cadáver y si el cuerpo tenía otros golpes”.
- Además, “no existe explicación de la hipótesis sobre porqué el cuerpo se encontraba en la cama”.
- Adicionalmente, “no consta que se haya protegido físicamente la escena del crimen ni consta que se haya protegido la zona aledaña; por el contrario, de las fotos tomadas por el equipo multidisciplinario y de las declaraciones rendidas se aprecia que personas que no pertenecían a dicho equipo —algunos familiares de Mariana Lima— estaban presentes en la casa —y en caso del marido, en el cuarto de la escena del crimen— junto con dicho equipo”. De las fotos se aprecia, de hecho, que el esposo de Mariana Lima estaba moviendo cosas.
- Incluso, “las fotos tomadas por el equipo investigador del cuerpo en la escena del crimen sólo son de la parte frontal del cuerpo recostado en la cama y no existen fotografías con acercamientos en sus diversas áreas para verificar y descartar la existencia de golpes en el cuerpo”.
- No consta, para la Sala, “que se haya asentado información precisa sobre el cordón que colgaba de la armella del cual habría estado suspendida la occisa, ni consta información sobre las características de la armella. Tampoco consta información sobre el cordón encontrado en el buró ni sus medidas”. Vaya, ni siquiera “consta que se hubiera encontrado el pedazo de cordón” que supuestamente fue utilizado por Mariana.
- No hay mención del celular que se aprecia en la cama a lado del cuerpo de Mariana.
- No se levantaron huellas, elementos pilosos, ni sustancias biológicas; ni se hizo una investigación sobre si en la casa había otras huellas, sangre, cabellos u otras pistas.
- Tampoco consta el hallazgo de ningún documento. Parece que ni siquiera buscaron la nota supuestamente encontrada por el esposo.

Por estas razones la Sala concluye que “no hubo una correcta protección de la escena del crimen para determinar la forma en la que se encontró a Mariana Lima Buendía y las evidencias que habrían servido para la investigación de su muerte”.<sup>29</sup>

Algo similar ocurrió con *la protección del cadáver*, que es a lo que la Sala se dedica en los párrafos subsecuentes (153-187). Después de explicar todo lo que se debe realizar en relación con el cadáver, la Sala concluye que la investigación incumplió, de distintas maneras, con sus obligaciones básicas. En concreto, además de que, como ya se mencionó, no se tomaron todas las fotografías que se debieron de haber tomado del cuerpo de Mariana y que no se practicó ningún estudio sobre el cordón con el que supuestamente se suicidó (dado que ni siquiera se encontró el cordón):

- “No existen exámenes sobre huellas digitales en el cuerpo de la occisa para determinar si otra u otras personas la tocaron antes de que llegara el equipo multidisciplinario”.
- “No se desprende que en el dictamen de criminalística se describiera la posición del buró que en el dictamen de mecánica de lesiones se menciona, o que se hubieran tomado huellas o rastros en el mismo, o que se hubiera hecho una explicación de su ubicación exacta, con medidas de diámetro del lugar donde alegadamente habría sucedido el ahorcamiento”.
- “No se analizó la hipótesis de que existiera un golpe de anestesia, más aún si de conformidad con los propios exámenes, el cuerpo de la occisa tenía una cantidad de alcohol. Ante una hipótesis así debieron hacerse exámenes toxicológicos no solo en sangre, sino también en papilla alimentaria, orina [y] *pool* de vísceras, para poder identificar algún agente externo usado en apoyo o directamente para causar la muerte”. Estos, sin embargo, no se hicieron.
- Tampoco “se realizaron periciales específicas destinadas a determinar si el cuerpo tenía alguna otra muestra de violencia —incluyendo la sexual”.
- En concreto, no “se realizó un peritaje en medicina forense, con el propósito de determinar si la occisa presentaba signos o indicios criminalísticos de maltrato crónico anterior a su muerte; es decir, no se analizó si tenía el síndrome de mujer maltratada o el síndrome de indefensión aprendida”.

---

<sup>29</sup> Párrafo 143.

- Ni se realizó “un peritaje psicosocial, el cual se centra en la experiencia de las personas afectadas por las violaciones a los derechos humanos, mediante el cual se analizara el entorno psicosocial de Mariana Lima Buendía, así como de las circunstancias y medio en que se desenvolvía”.

Para la Sala, los peritajes dedicados a investigar si las víctimas presentan signos de violencia sexual u otros tipos de violencia son *obligatorios*, especialmente en los casos de muertes violentas de mujeres.<sup>30</sup> ¿Por qué? Por una razón sencilla: este tipo de actos están presentes, de manera desproporcionada, en los homicidios (y en las vidas) de mujeres. “Si bien estas muertes tienen múltiples expresiones y contextos”, reconoce la Sala, “gran parte de ellas son cometidas en el hogar de la mujer, a manos de personas conocidas —como parejas o familiares—, y una de las formas comunes de dicha muerte es la asfixia y los traumatismos”.<sup>31</sup> La Sala, de hecho, afirma que “la asfixia por estrangulación —tanto con la mano como con lazo— es la segunda causa de homicidio de mujeres por parte de sus parejas y suele estar relacionada con violencia sexual”.<sup>32</sup>

Por esta razón, la muerte de Mariana, para la Sala, *prima facie*, “encajaba en el patrón...: por el sexo de la occisa (femenino), aparente forma de muerte (asfixia), lugar donde se encontró su cuerpo (su casa) [y la] persona que alegadamente encontró el cuerpo (su esposo)”.<sup>33</sup> Si a ello se suman las declaraciones de Irinea, realizadas el día en el que el cuerpo de Mariana fue encontrado, sobre cómo su esposo la violentaba, las autoridades tenían la obligación de abrir esa línea de investigación y realizar las pruebas necesarias para confirmar o *bien, descartar* esa hipótesis. La necesidad de perseguir

---

<sup>30</sup> “Ahora bien, cuando se investiga la muerte de una mujer, los protocolos de investigación de muertes de mujeres incluyen diversos peritajes específicos, entre los que destacan los tendientes a determinar si el cuerpo tenía alguna muestra de violencia y, específicamente, violencia sexual —para lo cual se tienen que preservar evidencias al respecto—. La exploración ante una posible violencia sexual debe ser completa, pues es difícil rescatar las muestras que no se tomen y procesen en las primeras horas. Además, siempre deben buscarse signos de defensa y lucha, preponderantemente en los bordes cubitales de manos y antebrazos, uñas, etcétera. En homicidios de mujeres relacionados con agresiones sexuales suelen encontrarse, en la parte exterior del cuerpo, entre otros, mordeduras de mamas y/o contusiones al interior de los muslos. Además, los peritajes en medicina forense tienen el propósito de determinar si la occisa presenta signos o indicios criminalísticos de maltrato crónico anterior a su muerte”. Párrafo 158.

<sup>31</sup> Párrafo 128.

<sup>32</sup> Párrafo 159.

<sup>33</sup> Párrafo 129.

esta línea de investigación se reiteró con las declaraciones de la hermana y de la mejor amiga de Mariana. Esto, sin embargo, no lo hicieron.

De manera relacionada, la Sala también analiza “la investigación respecto de las personas que podrían estar vinculadas, como actores, en una muerte violenta” (párrafos 188-206). En el caso de Mariana Lima, lo que las autoridades debieron haber hecho, por supuesto, era *investigar* a su esposo.

- En concreto, según la Sala, uno de los exámenes que debieron de haberse realizado es un peritaje psicológico “que tome en cuenta la escena del crimen, [para] determinar si existía una motivación para posiblemente cometer un crimen”.<sup>34</sup> “Además, [agrega,] en casos específicos de muertes de mujeres, se debe hacer en el probable responsable un peritaje en antropología social, que determinará si aquél presenta patrones culturales orientados hacia conductas misóginas o de discriminación y desprecio hacia las mujeres, apoyándose en el trabajo de campo correspondiente y los resultados de los dictámenes emitidos en las especialidades afines a su materia”.<sup>35</sup> Estos exámenes, por supuesto, no se hicieron. Vaya: ni siquiera se le cuestionó sobre la alegada violencia que ejercía en contra de su esposa.
- Encima, la autoridad no lo cuestionó sobre múltiples contradicciones y omisiones que surgen al analizar sus declaraciones en conjunto. Por ejemplo:
  - No se le cuestionó sobre por qué, en su primera declaración, no mencionó las fotos que supuestamente había tomado de Mariana cuando la encontró. Fotos que entregó ocho meses y medio después de iniciada la investigación.<sup>36</sup>
  - Tampoco se le cuestionó sobre por qué, si es un agente judicial de la Procuraduría que supuestamente sabe cómo manejar la escena de un crimen, había movido a su esposa.<sup>37</sup>
  - Tampoco se le cuestionó sobre por qué, en un primer inicio, señaló que su esposa había usado una “cinta de cáñamo” para suicidarse y después afirmó que fue “con un cordón”.<sup>38</sup> Tam-

---

<sup>34</sup> Párrafo 190.

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> Párrafo 196.

<sup>37</sup> Párrafo 197.

<sup>38</sup> Párrafo 199.

poco le preguntaron dónde lo había dejado, considerando que no apareció en la diligencia ministerial.

- Tampoco lo cuestionaron sobre por qué no mencionó el recado póstumo en su primera declaración, sino hasta su segunda. Ni lo cuestionaron sobre por qué en un inicio había hecho referencia a un mensaje y luego entregó dos.
- Tampoco se le cuestionó sobre el hecho de que su ex pareja afirmó que se encontraba con él desde la tarde, cuando se supone que su hora de salida es a las 7 p.m. Al mismo tiempo, si es que estaba con ella desde la tarde, ¿por qué la llamó a las 17:40 y 19:06 horas?<sup>39</sup>
- Tampoco existió, para la Sala, “ningún análisis o pericial que estudiara la posible relación de subordinación y de poder no sólo por razón de género entre el esposo y la occisa, sino también, respecto del trabajo desempeñado por el marido, a saber, ser un agente investigador, quien habría manifestado —según las declaraciones referidas— que le habría dicho a la occisa que nadie le iba hacer nada a él porque era judicial”.<sup>40</sup>

La Sala es enfática en que no se está pronunciando sobre la responsabilidad del esposo de Mariana (porque, con la evidencia recabada, es imposible determinarlo jurídicamente hablando). Simplemente está resaltando todo lo que se debió de haber hecho en la investigación y que no se hizo, para confirmar o *descartar* su responsabilidad.<sup>41</sup>

Por último, es importante mencionar que la Sala no sólo se dedica a analizar *todo lo que debieron de haber investigado y no hicieron*, sino que también es crítica de la evidencia que supuestamente apoyaba la hipótesis del suicidio de Mariana (párrafos 174-187). Existen, para la Sala, varias inconsistencias entre los dictámenes que nunca se abordaron, ni se aclararon. Por ejemplo:

- Uno de los dictámenes “considera, por un lado, que el lugar de los hechos donde habría muerto Mariana Lima Buendía es la cama —puesto que fue donde el equipo multidisciplinario habría encontrado el cuerpo— y, por otro, destaca —sin tener la evidencia física del cordón que colgaba de la armella ni la armella misma, ni el cordón que se encontraba alrededor del cuello, ni por tanto, el nudo

<sup>39</sup> Párrafo 203.

<sup>40</sup> Párrafo 211.

<sup>41</sup> Párrafo 206.

que se habría hecho, ni las medidas de donde se encontró el buró respecto de los mismos— que Mariana Lima se habría colocado, ella sola, el cordón, se habría subido a un buró y se habría colgado, lo cual le habría provocado la muerte”.<sup>42</sup> Leyendo los dictámenes, la duda persiste: ¿dónde y cómo murió?

- De manera adicional, en un informe sobre la armella y el cordón con el que Mariana supuestamente se suicidó, que se realizó el 25 de mayo de 2011, basado simplemente en la inspección de las fotografías tomadas el 29 de junio de 2010 —ya que nunca se resguardaron estos elementos—, se afirmó que la resistencia del cordón era de 51 o 52 kilogramos. Según un expediente clínico de Mariana, ella pesaba 66 kilos. La pregunta, por lo tanto, es: ¿cómo se pudo haber suicidado así si el cordón no aguantaba su peso?<sup>43</sup>
- Encima: según la evidencia, la armella se encontraba a 2.13 metros de altura; el cordón supuestamente encontrado medía 60 centímetros; el buró en el que Mariana supuestamente se apoyó medía aproximadamente 40 centímetros; y ella medía 1.60 metros. De acuerdo con estas mediciones, ella pudo haber estado “de pie sin que existiera tensión alguna en su cuello”. ¿Cómo —otra vez— pudo haber muerto así?<sup>44</sup> Incluso si se concede que la armella estuvo a 2.30 (como señalaba otro dictamen) o que el cordón hubiera sido más corto, ella como quiera pudo haber estado “de puntitas”.<sup>45</sup> Estas inconsistencias jamás se explican.

Por todas estas razones, la Sala no sólo concluye que las autoridades fallaron en cumplir con las obligaciones constitucionales, convencionales, legislativas y administrativas que tenían en el caso, sino que “existieron, por diferentes personas adscritas tanto a las diferentes fiscalías como a la propia Procuraduría, varias omisiones, inconsistencias, falencias que más allá de la negligencia [y que] constituyen un intento de ocultar la verdad de los hechos, en una clara violación al acceso a la justicia”.<sup>46</sup>

Adicionalmente, afirma que todas las fallas en la investigación

son consistentes con los elementos que el propio Protocolo de actuación estatal —que se debió haber aplicado en la investigación— destaca como invi-

<sup>42</sup> Párrafo 175.

<sup>43</sup> Párrafo 178.

<sup>44</sup> Párrafo 179.

<sup>45</sup> Párrafo 180.

<sup>46</sup> Párrafo 213.

sibilizadores y disimuladores de la violencia contra la mujer, y en específico, respecto de las muertes de mujeres, a saber, “el silencio, la omisión, la negligencia y la complicidad, (lo cual) genera impunidad que... niega justicia para las víctimas.”<sup>47</sup>

#### 4. *Los efectos del amparo*

La Sala resuelve que el amparo otorgado a Irinea

debe tener como consecuencia la confirmación del levantamiento del no ejercicio de la acción penal y la instrucción para que, de manera inmediata, se realicen todas las diligencias necesarias para investigar, con perspectiva de género y de conformidad con el acervo probatorio válido que cumpla con el marco legal nacional y los lineamientos destacados en esta sentencia, la muerte violenta de Mariana Lima Buendía.<sup>48</sup>

Además, señala que “se deben investigar las irregularidades en la investigación del caso que se hayan cometido por agentes estatales y sancionar a los responsables”.<sup>49</sup>

Finalmente, señala que “el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural”.<sup>50</sup> Por esta razón, afirma:

La respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, así como de reparar las violaciones a los derechos humanos, reconocidos en el artículo 1º constitucional.

“Lo anterior”, aclara, “es independiente —y se deja a salvo— del derecho que le pueda asistir a la quejosa para acceder a la Ley General de Víctimas”.

---

<sup>47</sup> Párrafo 215.

<sup>48</sup> Párrafo 221.

<sup>49</sup> Párrafo 225.

<sup>50</sup> Párrafo 227.

### III. LO EMBLEMÁTICO DE LA SENTENCIA

Después de haber expuesto a detalle el contenido del amparo en revisión 554/2013, dedicaré este apartado a argumentar por qué se trata de una sentencia emblemática. En concreto, una sentencia que demuestra lo que puede y debe hacer un tribunal (cualquiera, no sólo los constitucionales) en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Desde mi perspectiva, esta sentencia destaca al menos por seis razones: 1) por cómo supera el formalismo (especialmente el procesal); 2) por su uso del marco constitucional y convencional en el caso concreto; 3) por su entendimiento y manejo de la realidad social en su relación con el derecho; 4) por sus aportaciones jurisprudenciales a distintos asuntos (la discriminación, la procuración de justicia, la conexión entre ambas); 5) por lo accesible que resulta, y 6) por lo pedagógica que es. En lo que resta de este ensayo desarrollaré cada uno de estos argumentos.

#### 1. *El formalismo*

Desde hace décadas es común leer que uno de los problemas principales con la justicia mexicana es su “formalismo”.<sup>51</sup> El “formalismo” se refiere, caricaturizándolo, a un modo muy particular de entender el derecho, a saber: como un sistema de normas, completo y coherente, cuyo sentido puede desentrañarse a partir del “texto de la ley”, usando las reglas de la lógica. Bajo esta concepción se entiende, por lo general, que al juez le corresponde simplemente “reiterar” lo que la ley “dice”: nada más y nada menos.

Este “formalismo” se manifiesta al menos en dos momentos durante el proceso judicial. Uno, por supuesto, es en la resolución del *fondo* de los asuntos, en la que se prefiere la interpretación más literal —y, por lo general, más restrictiva— de las normas, sobre todo cuando se trata de la reso-

---

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, Madrazo Lajous, Alejandro, “Estado de derecho y cultura jurídica en México”, *Isonomía*, núm. 17, octubre de 2002; Magaloni, Ana, *¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?*, CIDE, Documento de Trabajo núm. 25, 2007; Lara, Roberto, “El proceso de constitucionalización en México: cinco contradicciones relevantes”, Trabajo elaborado con motivo del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, celebrado en la ciudad de La Habana, Cuba, del 9 al 12 de junio de 2016; Torres, Claudia, “Más realismo (y menos formalismo) en los debates feministas en torno al lenocinio”, *CIDE: Derecho en acción*, 3 de julio de 2017; Madrazo Lajous, Alejandro, *Revelación y creación. Los fundamentos teológicos de la dogmática jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

lución de casos relacionados con los derechos humanos de las personas. Es una forma de resolver casi mecánica, que tiende a invisibilizar los hechos y problemas sociales profundos que salen a relucir en los casos. Si, como reza la máxima, los tribunales hablan por sus sentencias, estos prefieren decir lo menos posible —ciñéndose a “repetir” lo que la ley dice—.

El segundo momento en el que por lo general surge el “formalismo” es en relación con lo procesal. También justificándose en las normas escritas, los tribunales mexicanos tienden a enfocarse de manera excesiva en los requisitos de procedibilidad, determinando, por lo general, que están impedidos para resolver los casos.<sup>52</sup> Ana Magaloni y Layda Negrete llamaron a este fenómeno “la política de decidir sin resolver”:<sup>53</sup> al sobreseer los asuntos, los tribunales “deciden”, pero no resuelven, en realidad, nada.<sup>54</sup>

Esto es relevante porque ese *pudo* haber sido el destino del caso de Mariana Lima. Si el Juzgado de Distrito y la Primera Sala de la Corte hubieran sido fieles a esta tradición formalista, bien pudieron haberle respondido a Irinea Buendía que, en el momento en el que el procurador decidió, el 28 de mayo de 2012, revocar el no ejercicio de la acción penal, no había nada más que el amparo podía hacer. Lo que ella supuestamente quería lograr —que se reabriera la investigación—, ya había sucedido. Fue el Juzgado de Distrito, sin embargo, el que abrió la puerta para que el amparo no se quedara ahí, interpretando que, en realidad, el argumento de Irinea iba a combatir los distintos problemas con la investigación y no sólo la falta de respuesta del procurador.<sup>55</sup> La Primera Sala aprovechó esta puerta que se abrió para ir más

---

<sup>52</sup> En “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ni tan nuevo ni tan protector?”, Francisca Pou analiza las reformas a la Ley de Amparo del 2011. Sostiene que, específicamente en lo que a las causales de improcedencia se refiere, la reforma no sólo *no* derrocó los obstáculos existentes, sino que terminó adicionando hipótesis de improcedencia. Pou Giménez, Francisca, “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014, pp. 91-103.

<sup>53</sup> Magaloni, Ana y Negrete, Layda, *El Poder Judicial y su política de decidir, sin resolver*, CIDE, Documento de Trabajo núm. 1, 2001.

<sup>54</sup> El punto de Magaloni y Negrete era apuntar a las razones institucionales que incentivaban esta política. Entre ellas, el hecho de que se considerara que uno de los indicadores sobre el buen funcionamiento de los tribunales era tener una baja tasa de rezago. Si lo que importa es el número de casos resueltos (tener poco rezago) se incentiva que se vayan por lo procesal, que, por lo general, toma menos tiempo que lo sustantivo.

<sup>55</sup> Al respecto, Karla Quintana, la proyectista del Amparo en Revisión 554/2013, escribió: “En México, un alto porcentaje de amparos se sobreseer por el cambio de situación jurídica y por cesación de efectos. Por ello, la decisión del juez de amparo de considerar un acto reclamado de la causa de pedir constituye, en mi opinión, un entendimiento del amparo como un recurso efectivo de protección de derechos humanos, de acceso a la justicia y de economía procesal. De haber sobreseído el amparo sin considerar un acto adicional,

allá y detallar cómo las autoridades habían fallado en investigar con “perspectiva de género”. Pero esto sólo fue posible porque ambas instancias decidieron que el amparo era la vía para pronunciarse sobre la investigación y no sólo sobre la respuesta del procurador. Que había que entrarle al fondo y no “decidir sin resolver”.

Por esta primera razón, el amparo en revisión 554/2013 me parece un ejemplo a seguir.

## 2. *La Constitución como norma jurídica*

En distintos amparos, la Suprema Corte, siguiendo a Josep Aguiló,<sup>56</sup> ha hecho referencia a un cambio de paradigma en lo que a la Constitución se refiere: en nuestro país —ha sostenido—, la Constitución “no es ya solo un documento de carácter político, sino una norma jurídica vinculante”. No es simplemente “constitutiva”, sino que es también “regulativa”: “declara cuáles son los fines y valores que dan sentido a las formas y procedimientos de acción política y los convierte en prohibiciones y deberes, en estándares sustantivos que aquellos deben respetar”.<sup>57</sup> Con esto, claramente, la Suprema Corte ha intentado articular no sólo el papel distinto que ha venido a desempeñar en “la consolidación democrática” del país, sino cómo la Constitución misma ya está llamada a cumplir otro papel también: el de ser, genuinamente, la norma que lo rige *todo*.

Quizá ya no debería sorprender, pero nunca está de más señalarlo: el amparo en revisión 554/2013 es fiel a esta premisa de la fuerza vinculante de la Constitución como parámetro para juzgar *todos* los actos de autoridad. Es con la Constitución en mano —y los tratados internacionales relevantes para el caso— que la Sala fija los estándares a los cuales las autoridades que investigaron la muerte de Mariana Lima tenían que ceñirse. De hecho, la sentencia no sólo se queda con el texto de la Constitución y de los tratados —la CEDAW, *Belém do Pará*, la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, sino que recurre también a los fallos de la misma Suprema Corte y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar el

---

habría dificultado procesalmente levantar dicho sobreseimiento. No obstante, el juez abrió la posibilidad para que la investigación fuera revisada”. Quintana Osuna, Karla I., “El caso de Mariana Lima Buendía: una radiografía sobre la violencia y discriminación contra la mujer”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 38, enero-junio de 2018.

<sup>56</sup> Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra-Temis, 2005.

<sup>57</sup> Amparo directo en revisión 2044/2008, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte el 17 de junio de 2009, p. 18.

marco jurídico aplicable al caso. Reitera, siguiendo las contradicciones de tesis 293/2013 y 21/2013 de la Suprema Corte, que el contenido de los derechos “no se limita al texto expreso de la norma donde se reconoce..., sino que se extiende a la interpretación que se ha hecho del mismo por parte de los órganos autorizados para interpretar, de manera evolutiva, cada cuerpo normativo”.<sup>58</sup>

Lo importante a señalar, por supuesto, es que la sentencia no hace una alusión mecánica a la Constitución, a los tratados y a los fallos relevantes, sino que queda claro, en todo momento, *por qué* son relevantes: por qué aplican al caso. Quizá, de nuevo, esto es una obviedad, pero en el país, específicamente en lo que se refiere a la incorporación de la perspectiva de género en la impartición de justicia, no es raro que en las sentencias se *mencione* a la Constitución o los tratados, *sin que necesariamente se razone por qué son relevantes o cómo es que aplican al caso*. A veces parece que basta que un caso involucre una mujer para que automáticamente se mencione, por ejemplo, a la CEDAW, cuando esto no tiene por qué ser así. No todo lo que les pasa a las mujeres tiene que ver con la discriminación.

El amparo en revisión 554/2013 se asegura de argumentar por qué el marco constitucional y convencional que señala *es* el aplicable al caso y por esta razón también me parece un ejemplo a seguir.

### 3. *El derecho y la realidad social*

Otra de las críticas comunes en el país a la manera no sólo en la que se imparte la justicia, sino en la que se enseña el derecho, es que tiende a estar divorciada, por completo, de la realidad.<sup>59</sup> Es posible, por ejemplo, llevar múltiples cursos en la Licenciatura de Derecho sobre las normas que permiten una variedad de transacciones económicas —los contratos, los títulos y operaciones de crédito, las sociedades mercantiles, etcétera—, sin que jamás se cuestione la efectividad de estas normas, por no decir el papel que juegan en la reproducción de las desigualdades en el sistema económico actual. Es común que se estudie el derecho de familia sin voltear a ver quiénes son las familias en el país y cómo, de hecho, desarrollan sus vidas y cómo éstas son condicionadas por el derecho. No es raro estudiar los delitos con base en puros ejemplos hipotéticos, sin que jamás se interroguen las condiciones

<sup>58</sup> Amparo en revisión 554/2013, párrafo 109.

<sup>59</sup> Magaloni, Ana, “¿Por qué estamos equivocados los juristas?”, en Cuéllar, Angélica y Chávez, Arturo (coords.), *La ley y los conflictos sociales en México*, México, SITESA-UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2006, pp. 141 y ss.

materiales en las que opera el sistema de justicia o las formas en las que se usan, de hecho, esos delitos.

Esto es relevante para el caso porque la perspectiva de género *exige* el análisis de la realidad. Eso es, de hecho, una metodología que sirve para analizar *el contexto* en el que viven las personas.

¿Cómo hace la conexión el amparo en revisión 554/2013 con la realidad? Cuando la Sala señala las características más comunes en los homicidios de las mujeres en el país. Cuando la Sala, en otras palabras, *recurre a la realidad* para derivar de ahí las líneas de investigación que tenían que desarrollar las autoridades.

Valga complementar y actualizar los datos que da la sentencia con los que publica el Sistema Nacional de Información en Salud sobre los homicidios en México. Si estos datos se analizan “desde la perspectiva de género” —porque esta metodología no aplica solamente a las investigaciones y sentencias penales, sino a *todo*—, ¿qué revelan?<sup>60</sup>

Primero: que entre el 2004 y el 2016, 239,709 personas fueron asesinadas en México. De estas víctimas, el 88.5% (212,333) fueron hombres y el 11% (26,361) fueron mujeres. Las tasas de homicidio también varían: las de los hombres han oscilado entre los 16 y 43.9 asesinados por cada 100,000 hombres; mientras que las de las mujeres han oscilado entre las 2 y 4.7 asesinadas por cada 100,000 mujeres. Primera diferencia importante: unos y otras tienen una probabilidad distinta en el país de ser asesinadas.<sup>61</sup> El género ya está operando.

¿Es la única diferencia que existe entre los homicidios de hombres y mujeres? Por supuesto que no. Existen otras cruciales sobre dónde, cómo y cuándo ocurren estos homicidios. En esta misma temporalidad, el 33% de las mujeres fueron asesinadas en la vivienda, mientras que sólo el 12% de los

---

<sup>60</sup> Los datos pueden encontrarse en Vela Barba, Estefanía, “Desigualdad de género: más allá de los síntomas y del castigo”, *El futuro es hoy*, Rafael Lemus y Humberto Beck (eds.), Biblioteca Nueva, 2018. Están basados, a su vez, en los análisis realizados por Carolina Torreblanca y José Merino en “Una propuesta para contar feminicidios en México”, *Animal Político*, 28 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.animalpolitico.com/blogueros-el-foco/2017/11/28/una-propuesta-para-contar-feminicidios-en-mexico/>.

<sup>61</sup> Ahí está el género operando. Valga en este punto recordar que “el género” no sólo se refiere a lo que les pasa a las mujeres, sino a lo que les pasa tanto a los hombres, como a las mujeres, por virtud del género, esto es, por las ideas, normas, instituciones, prácticas y discursos relacionados con “las mujeres” y “los hombres”, con “la feminidad” y “la masculinidad”. Si hay una disparidad tan fuerte entre el número de hombres y mujeres asesinadas, *a pesar de que ambos pueden ser asesinados*, claramente hay factores sociales, económicos, políticos, laborales, familiares y culturales a considerar ahí (estas son las diferencias de género). Factores que ponen a unos y otras en distintas situaciones de riesgo y vulnerabilidad.

hombres fueron asesinados ahí. El 57% de los hombres fueron asesinados en la vía pública, mientras que el 37% de las mujeres fueron asesinadas ahí. Proporcionalmente hablando, para las mujeres, el hogar es un lugar más peligroso que para los hombres (y, viceversa, se podría argumentar: para los hombres la calle es más peligrosa que para las mujeres). Esta diferencia de riesgo también se refleja en otro dato, a saber: que en el 5.18% de los casos en los que las mujeres fueron asesinadas (1,365) se registró también violencia familiar, mientras que, en los hombres, sólo en el 0.77% de los casos (1,645) se registró esta violencia. O sea: proporcionalmente hablando, es más común que existan antecedentes de violencia familiar en los homicidios de mujeres, que en los de los hombres.

Finalmente, en estos años, el 64% de los homicidios de los hombres fueron provocados por un arma de fuego; en mujeres, el número representa el 41%. En comparación, el 20% de los homicidios de las mujeres fueron provocados por ahorcamiento o asfixia; en hombres, el número representa apenas el 6.3%. De las víctimas que murieron a causa de una agresión sexual, el 86% fueron mujeres.

Estos son los datos disponibles sobre los homicidios en el país, que muestran que hay distintas diferencias importantes entre los homicidios de hombres y los de mujeres. Estos datos pueden complementarse con los que arroja la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (Envipe), que demuestra que las mujeres son la mayoría de las víctimas de la violencia familiar y la violencia sexual.

La Envipe es una encuesta que se realiza año con año a personas mayores de 18 años en el país. Está diseñada para medir la “incidencia delictiva”, esto es: cuántos delitos *efectivamente* ocurren en el país y cuántos de estos son denunciados ante las autoridades. También permite detectar quiénes son las víctimas más comunes de distintos delitos, a partir de distintas características de las personas, como su sexo, su edad, etcétera. Por esta razón, es un instrumento que permite detectar si los hombres y las mujeres *efectivamente* viven distintas formas de violencia o no. Hay delitos en los que la tasa de victimización es casi igual para los hombres y las mujeres. Por ejemplo, de acuerdo con la última Envipe (2017), de las personas que fueron víctimas de un fraude bancario, el 50% fueron hombres y el 50% fueron mujeres. Hay delitos que mayoritariamente les ocurren a los hombres. Según esta última encuesta, por ejemplo, el 62% de las víctimas de secuestro fueron hombres y el 38% fueron mujeres. Hay otros que, por el contrario, le ocurren desproporcionadamente a las mujeres, a saber: los delitos sexuales. Son, de hecho, los delitos con la brecha más grande. Esta tendencia se confirma año, tras año, tras año.

TABLA 1. Las víctimas de violación en México, desagregadas por sexo (Envipe)

	2012	2013	2014	2015	2016
Mujeres	84%	84%	90.50%	91.70%	90.10%
Hombres	16%	16%	9.50%	8.30%	9.90%

FUENTE: elaboración propia con base en la Envipe de los años 2013-2017.

TABLA 2. Las víctimas de “otros delitos sexuales” en México, desagregadas por sexo (Envipe)

	2012	2013	2014	2015	2016
Mujeres	86%	94.10%	84.20%	89.30%	89.40%
Hombres	14%	5.90%	15.80%	10.70%	10.60%

FUENTE: elaboración propia con base en la Envipe de los años 2013-2017. Los “otros delitos sexuales”, en esta encuesta, incluyen el exhibicionismo, los manoseos, el hostigamiento y el intento de violación.

La Envipe también permite conocer *quiénes* perpetúan la violencia. Actualmente, le pregunta a las personas si, primero, pudieron saber quién las agredió (ya que hay delitos —como el robo, por ejemplo— en el que no siempre está presente la víctima al momento de los hechos), y en caso de ser así, cuál era su relación con la persona que las agredió. La Envipe da varias opciones: la persona puede ser un desconocido, un conocido de vista, un conocido de poco trato, un conocido cercano o *un familiar*. Esto permite detectar la violencia ejercida por familiares, en contra de personas mayores de 18 años (excluye, por lo tanto, la violencia ejercida en contra de niños, niñas y adolescentes). Tomando cuatro de los delitos que se incluyen en el catálogo —amenazas, golpes, violación y otros delitos sexuales—, ¿quiénes son las víctimas más comunes de esta violencia perpetrada *por familiares*? De acuerdo con la Envipe, las mujeres. Son la mayoría de las personas amenazadas, golpeadas y violentadas sexualmente por familiares, año tras año.

TABLA 3. Las víctimas de la violencia perpetrada *por familiares* en México, desagregadas por sexo (Envipe)

Delito	Sexo de la víctima	2012	2013	2014	2015	2016
Amenazas	Hombres	38.66%	16.32%	26.03%	21.18%	31.03%
	Mujeres	61.34%	83.68%	73.97%	78.82%	68.97%
Golpes	Hombres	18.17%	2.40%	9.50%	27.94%	29.89%
	Mujeres	81.83%	97.60%	90.50%	72.06%	70.11%
Otros delitos sexuales	Hombres	0.00%	0.00%	0.00%	4.46%	0.00%
	Mujeres	100.00%	100.00%	100.00%	95.54%	100.00%
Violación	Hombres	0.00%	4.88%	0.00%	0.00%	0.00%
	Mujeres	100.00%	95.12%	100.00%	100.00%	100.00%

FUENTE: elaboración propia con base en la Envipe de los años 2013-2017.

La Envipe también permite detectar de la violencia que sufren los hombres y las mujeres, ¿qué porcentaje corresponde a la perpetrada por los familiares? Esto es, de los hombres y las mujeres que fueron amenazados, golpeados y violentados sexualmente, ¿cuánta de esta violencia provino de sus familiares? Lo que la Envipe muestra es que, año con año, las mujeres son desproporcionadamente violentadas por sus familiares, en comparación de los hombres. Más aún, hay dos delitos en particular —los golpes y la violación— que, para las mujeres, los familiares representan un porcentaje importante de quienes los profieren. Entre el 22-35% de las mujeres golpeadas, lo fue por familiares (el porcentaje varía dependiendo del año). Entre el 15-47% de las mujeres que fueron violadas, lo fue por familiares (el porcentaje varía dependiendo del año).

TABLA 4. De la violencia sufrida por hombres y mujeres en México, ¿cuánta fue perpetrada por familiares? (Envipe)

Delito	Sexo de la víctima	2012	2013	2014	2015	2016
Amenazas	Hombres	5.35%	1.53%	2.44%	2.99%	4.67%
	Mujeres	8.92%	8.00%	6.28%	13.14%	9.94%
Golpes	Hombres	3.21%	0.64%	1.70%	5.92%	5.52%
	Mujeres	24.92%	35.31%	24.05%	23.69%	22.02%
Otros delitos sexuales	Hombres	0.00%	0.00%	0.00%	0.29%	0.00%
	Mujeres	0.69%	8.67%	3.75%	0.74%	0.94%
Violación	Hombres	0.00%	12.68%	0.00%	0.00%	0.00%
	Mujeres	15.29%	47.15%	30.96%	21.33%	15.09%

FUENTE: elaboración propia con base en la Envipe de los años 2013-2017.

Ahí está el patrón de género de la violencia. Y lo afirma contundentemente la Sala: el caso de Mariana encajaba perfectamente en él. Era una mujer, que apareció muerta en su casa, que fue encontrada por su pareja, que murió por estrangulamiento. Encaja en el patrón de los homicidios.

Por lo mismo, las autoridades tenían la obligación de perseguir esa línea de investigación, incluso si no hubieran contado con los testimonios de Irineá, la hermana y la mejor amiga de Mariana. Los testimonios robustecen la idea de que el caso de Mariana no sólo encajaba en el patrón de los homicidios, sino de la violencia familiar y sexual.

Quizá, después de investigar, resultaba que Mariana no había sido asesinada, sino que genuinamente se suicidó. Quizá. O quizá no y lo que ocurrió era un homicidio. Lo que queda claro es que tenían que perseguir esta línea de investigación *dada la realidad de los homicidios y de la violencia familiar y sexual en el país*. La realidad social da pistas sobre lo que pudo haber sucedido en un caso particular.

Eso es incorporar la perspectiva de género en la investigación (cualquiera). Implica ir más allá de los casos concretos y ver el contexto en el cual se desenvuelven para así alimentar nuestro entendimiento de los casos. Implica constantemente hacerse la pregunta: ¿qué no estamos viendo? ¿Qué más pudo haber pasado? ¿Hay algún otro dato o estudio que se necesita para entender mejor el caso?

Esto es aplicable, por supuesto, para todos los asuntos que se investigan y resuelven. Si un tribunal se va a pronunciar sobre la regulación del medio ambiente, ¿entiende la regulación a detalle? ¿Entiende el contexto en el cual se va a insertar? ¿Entiende los problemas del medio ambiente? Si un tribunal va a decidir un asunto matrimonial, ¿sabe cuáles son las dinámicas familiares más comunes en el país? ¿Sabe cómo éstas cambian dependiendo no sólo del género, sino de otros factores (como la localidad, la edad, la religión, la orientación sexual, la discapacidad o el origen étnico de las partes)? Si se va a resolver un asunto sobre telecomunicaciones, ¿se entiende a cabalidad la tecnología? Si se va a analizar un caso de salud, ¿se entiende a fondo el problema?

Por eso, en muchos sentidos, puede afirmarse que la perspectiva de género no es más que la utilización del “sentido común” —o, en términos menos coloquiales, el “uso de la razón” para analizar un caso—. <sup>62</sup> El problema, por supuesto, es que, si le hacemos caso a las enseñanzas de la historia, este “sentido”, *especialmente cuando del género se trata*, no es tan común.

La “perspectiva de género” es necesaria como lo es el derecho a la no discriminación, del cual deriva. Para explicar por qué, valga plantear la siguiente pregunta: ¿por qué, si la Constitución ya reconocía el derecho a la igualdad, fue necesario explícitamente prohibir la discriminación por distintas causas? Porque a pesar del derecho a la igualdad, siempre se encon-

---

<sup>62</sup> El 22 de marzo de 2017, el juez de distrito Anuar González resolvió el juicio de amparo 159/2017-IV, que tenía que ver con el auto de formal prisión que se le había dictado a Diego Cruz, uno de los cuatro jóvenes —popularmente conocidos como “Los Porkys”— acusados de violentar sexualmente a una menor de edad. El fallo causó revuelo a nivel nacional e incluso internacional, porque determinó que el auto de formal prisión carecía de sustento, por dos razones. La primera es porque no se había mostrado el “interés lascivo” con el que supuestamente actuó Cruz al tocarle los senos a la víctima (mientras que otro le metía la mano en su vagina). La segunda es que la víctima no se encontraba en un “estado de indefensión” ya que, cuando uno de los cuatro jóvenes le dijo que se cambiara de la parte de atrás del carro —en donde se encontraba entre Cruz y otro de los jóvenes— al frente, ésta se cambió. ¿Cómo —argumentó el juez— estaba indefensa si pudo cambiarse de lugar? Varias personas —entre ellas, yo— nos dedicamos a criticar la sentencia, entre otras razones, porque carecía de “perspectiva de género”, por la manera en la que entendía la violencia sexual y por la manera en la que entendía el actuar de la víctima y la dinámica entre ella y los cuatro jóvenes, en ese contexto (Vela Barba, Estefanía, “Caso «porkys»: explicación y análisis de la (indignante) sentencia”, *Nexos: El Juego de la Corte*, 29 de marzo de 2017). Al analizar este caso, el profesor del ITAM Raymundo Gama afirmó lo siguiente: “Las personas que hacen perspectiva de género tienen razón cuando señalan que los órganos jurisdiccionales tienen que desechar estereotipos y prejuicios de género al examinar los hechos y valorar las pruebas. Esta exigencia no deriva de adoptar una perspectiva de género. La valoración racional de la prueba conlleva excluir todo tipo de estereotipos y prejuicios infundados de género y de cualquier otro tipo, así como todas aquellas pruebas que no resistan el control racional”. Raymundo Gama Leyva, “El caso «Porkys» y la importancia del análisis de las pruebas”, *Nexos: El Juego de la Corte*, 3 de abril de 2017.

traban razones para excluir de manera injustificada a las personas del goce de sus derechos.<sup>63</sup> Porque a pesar de la igualdad, se estimó que las mujeres no podían votar, no podían firmar contratos y no podían desempeñarse en numerosos trabajos. Porque a pesar de la igualdad, se justificaban —y se siguen justificando— una barbaridad de otras exclusiones. El derecho a la no discriminación nos recuerda cómo tendemos a excluir, por ciertas razones en particular, y cómo debemos tener cuidado de no hacerlo más. No da por sentado que “aprendimos” de la historia. Nos obliga a comprobarlo.

La perspectiva de género opera con la misma lógica que el derecho a la no discriminación: *explicita* lo que debería ser obvio, pero no lo es.

Además del mismo caso de Mariana Lima, hay muchos otros que demuestran la importancia de esta metodología. Por mencionar sólo uno: está la sentencia del caso de “La Manada”, dictada por la Audiencia de Navarra en marzo de 2018, que causó revuelo no sólo en España, sino en el mundo cuando se dio a conocer. El caso tenía que ver con la violencia sexual que ejerció un grupo de cinco hombres en contra de una chica de 18 años, durante los sanfermines de 2016. A pesar de que existía un video que demostraba que estos hombres la penetraban oral, vaginal y analmente, la mayoría de los jueces consideró que no se actualizaba la “violación”, sino el “abuso sexual”, porque no se había comprobado el elemento de la “violencia” ya que, según el dicho de la víctima, ella simplemente cerró los ojos, “sin hacer nada, ni decir nada, ni nada”. Dado que no tuvieron que emplear “violencia” para penetrarla, no fue violación. Encima, uno de los jueces pidió que se absolviera por completo a los hombres, por considerar que, en ninguna de las imágenes que vio en las que aparece la chica, percibió “en su expresión, ni en sus movimientos, atisbo alguno de oposición, rechazo, disgusto, asco, repugnancia, negativa, incomodidad, sufrimiento, dolor, miedo, descontento, desconcierto o cualquier otro sentimiento similar”. Por el contrario, afirmó: “La expresión en su rostro es en todo momento relajada y distendida y, precisamente por eso, incompatible... con cualquier sentimiento de miedo, temor, rechazo o negativa”.

Gran parte del argumento —en ambos casos: tanto de los que los condenaron, como del que buscaba absolverlos— dependía de cómo entendían

---

<sup>63</sup> “Esta previsión debe aplicarse con plena conciencia de cuáles son los propósitos que el constituyente persigue mediante esa mención explícita, que no son sino proteger de los eventuales y con frecuencia graves efectos del prejuicio a personas o a grupos que cuentan con una historia de desventaja o victimización, o cuyos intereses, por razones que en gran parte tienen que ver con su identificabilidad con el rasgo que la Constitución menciona, pueden no ser tenidos en cuenta por el legislador o los demás poderes públicos del mismo modo que los intereses de todos los demás”. Amparo en revisión 2199/2009, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 27 de enero de 2010, p. 44.

la violencia y el comportamiento de las víctimas en escenarios así. La pregunta es: ¿así se comportan las víctimas? ¿Todas? ¿Según quién?

A los días en los que se publicó la sentencia, un grupo de profesionales de la psicología y psiquiatría escribieron una carta abierta al Ministerio de Justicia y a la ciudadanía para responder estas preguntas precisamente. ¿Qué señalaron? Entre otras cosas, lo siguiente:

Ante una situación de amenaza de muerte, lesión grave o violencia sexual, es común una respuesta de inmovilización cuando no es posible luchar ni huir. En estas situaciones, se activa la rama dorsovagal del sistema nervioso parasimpático, con el resultado de una respuesta de inmovilización, con latidos más lentos del corazón y reducción de la sensibilidad al dolor. Esta es una forma rápida de reacción de nuestro sistema nervioso para tratar de sobrevivir y minimizar el impacto del suceso amenazante cuando, insistimos, no es posible luchar ni huir. Por tanto, en una situación así, no tiene sentido plantear la cuestión del consentimiento o la resistencia, ya que esta capacidad estará anulada dada la magnitud de la amenaza.<sup>64</sup>

Quizá un “buen juzgador” hubiera buscado este tipo de estudios por sí mismo porque eso —considera— es lo que todo “buen juez” debe hacer. Dado que esta parece todavía no ser una práctica generalizada, sin embargo, se reitera la necesidad de establecer mecanismos que nos recuerden que tenemos que ir más allá de nuestras preconcepciones y asegurarnos que así sea la realidad, para no cometer una injusticia. La “perspectiva de género” sirve para eso. Aunque bien podría sustituirse “género” por cualquier otra “categoría sospechosa” o, incluso, por la de “interseccionalidad”. Lo importante es nunca dejar de preguntar: ¿cuál es la realidad que viven las personas? ¿Cómo cambia dependiendo del género, la discapacidad, el origen étnico, la posición socioeconómica, la orientación sexual o la edad, por ejemplo? Estas son las preguntas que se plantea la Sala en el amparo en revisión 554/2013 para aproximarse al caso, razón por la cual también me parece un ejemplo a seguir.

#### 4. *El desarrollo jurisprudencial*

Una cuarta razón por la que el amparo en revisión 554/2013 me parece importante es por el desarrollo jurisprudencial que hace al menos de dos asuntos: el de la discriminación por género y el de la procuración de justicia.

<sup>64</sup> “Juicios por violación: Carta abierta de los/as profesionales de la psicología y la psiquiatría al Ministerio de Justicia y a la ciudadanía”, 1o. de mayo de 2018, disponible en: <https://comunicadosaludmental.blogspot.mx/2018/05/carta-abierta-de-losas-profesionales-de.html>.

En este punto es importante mencionar que lo innovador de este amparo no estriba en que es *la* primera vez que la Corte se pronuncia sobre *estos* asuntos, en un sentido amplio. Para el momento en el que se resolvió este amparo, la Corte —y la Primera Sala en particular— ya venía desarrollando una robusta jurisprudencia en relación con estos temas. El amparo los complementa y los especifica para un caso sobre el cual la Corte, en efecto, *no* se había pronunciado: los homicidios de mujeres, específicamente los que ocurren en espacios privados y en un contexto —todo apunta— de violencia en la pareja.

¿De qué manera contribuye el Amparo en Revisión 554/2013 al desarrollo jurisprudencial de estos asuntos? Desde mi óptica, al menos de las siguientes maneras.

#### A. *La discriminación (por género)*

Sin duda, la Suprema Corte lleva años desarrollando su jurisprudencia sobre el derecho a la no discriminación. Esta jurisprudencia no se acota sólo a la discriminación por género, sino que abarca también la discriminación por salud,<sup>65</sup> por edad,<sup>66</sup> por orientación sexual,<sup>67</sup> por discapacidad,<sup>68</sup> por estado civil y por origen étnico (al menos).

---

<sup>65</sup> Amparo en revisión 307/2007, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 24 de septiembre de 2007 (militares dados de baja por VIH); amparo directo en revisión 3708/2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (trabajadora despedida por tener cáncer de mama).

<sup>66</sup> Amparo directo en revisión 992/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 12 de noviembre de 2014 (convocatorias de trabajo sexistas y discriminatorias por edad).

<sup>67</sup> Amparo en revisión 485/2013, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 29 de enero de 2014 (seguridad social para parejas del mismo sexo); amparo en revisión 710/2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 30 de noviembre de 2016 (seguridad social para parejas del mismo sexo); acción de inconstitucionalidad 2/2010, resuelta por el Pleno de la Corte el 16 de agosto de 2010 (matrimonio entre parejas del mismo sexo en la CDMX); acción de inconstitucionalidad 28/2015 (matrimonio en Jalisco); acción de inconstitucionalidad 8/2014 (sociedades de convivencia en Campeche); y los distintos amparos resueltos por la Primera Sala de la Corte, en concreto: los amparos en revisión 581/2012, 457/2012, 567/2012, 152/2013 (matrimonio en Oaxaca); amparos en revisión 615/2013, 704/2014, 735/2014 (matrimonio en Colima); amparos en revisión 263/2014 y 482/2014 (matrimonio en Sinaloa); amparo en revisión 591/2014 (matrimonio en Estado de México); amparo en revisión 122/2014 (matrimonio en Baja California); amparo directo 19/2014 (sociedades de convivencia en la Ciudad de México).

<sup>68</sup> Amparo directo en revisión 1387/2012, resuelto por la Primera Sala el 22 de enero de 2014 (convocatoria de trabajo discriminatoria por discapacidad); amparo en revisión

Dentro del universo de fallos sobre discriminación por género, sin embargo, ¿dónde se inserta el fallo de Mariana Lima?

Primero, si se analizan estos fallos, puede verse que no están acotados a un solo asunto. Dada la naturaleza estructural de la discriminación, esta trastoca una multiplicidad de espacios y de derechos. Así, hay fallos sobre la discriminación por género en el contexto laboral,<sup>69</sup> en el acceso a la seguridad social,<sup>70</sup> en la determinación de la guardia y custodia en casos de divorcio,<sup>71</sup> en la determinación de la pensión alimenticia,<sup>72</sup> en la determinación del orden de los apellidos de los hijos e hijas, en la determinación de las penas,<sup>73</sup> en el reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas,<sup>74</sup> en casos de violencia familiar,<sup>75</sup> en casos de violencia sexual, en casos relacionados con la constitucionalidad de ciertos delitos (como el del feminicidio) y en casos de homicidio, entre otros.

Hay, por supuesto, muchas maneras de clasificar estas resoluciones. Para efectos de este ensayo, sin embargo, propongo hacerlo de la siguiente manera para que quede clara la aportación del amparo en revisión 554/2013.

---

410/2012, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2012 (seguros médicos para personas con discapacidad).

<sup>69</sup> Contradicción de tesis 422/2016, resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 22 de marzo de 2017 (carga de la prueba en casos de despido por embarazo).

<sup>70</sup> Amparo en revisión 662/2008, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 17 de septiembre de 2008 (pensión por viudez para hombres); amparo en revisión 1147/2008, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 28 de enero de 2009 (pensión por viudez para hombres); amparo en revisión 59/2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 29 de junio de 2016 (acceso a guarderías para hombres trabajadores).

<sup>71</sup> Amparo directo en revisión 1573/2011, de la Primera Sala de la SCJN, del 7 de marzo de 2012 (la inconstitucionalidad de la presunción a favor de la madre en juicios de guardia y custodia); amparo directo en revisión 912/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de noviembre de 2014 (discriminación por género en casos de guardia y custodia).

<sup>72</sup> Amparo directo en revisión 1754/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 14 de octubre de 2015 (pensión alimenticia para mujeres que trabajan, desempeñando una “doble jornada”); el amparo directo en revisión 4909/2014, resuelto por la Primera Sala de la SCJN, del 20 de mayo de 2015 (pensión compensatoria).

<sup>73</sup> Amparo directo en revisión 1464/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 13 de noviembre de 2013 (determinación de las penas con perspectiva de género).

<sup>74</sup> Amparo en revisión 203/2016.

<sup>75</sup> Amparo directo en revisión 2655/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 6 de noviembre de 2013.

La discriminación puede manifestarse de distintas formas. Una es explícita, textual: en una ley, o en una sentencia, o en un documento similar se utiliza una de las “categorías sospechosas” —en este caso, el género— para condicionar el acceso a y ejercicio de los derechos. Aquí caen varias de las sentencias de la Corte. Están las relacionadas con el acceso a las guarderías, el acceso a la pensión de viudez, la regulación del “femicidio” en Chihuahua, la determinación del orden de los apellidos y la determinación de la guardia y custodia. En todos estos casos, es la misma ley la que usa el “género” como una categoría para determinar el acceso a un derecho (o, como en el caso de Chihuahua, para establecer penas diferenciadas para un mismo delito). Están también los casos en los que los tribunales recurren a estereotipos de género para resolver. Aquí cae el caso en el que la Corte invalidó una condena que se le había impuesto a una mujer por el delito de homicidio con base en un estereotipo sexual de género (a saber: que, si ella no hubiera estado teniendo sexo con el occiso, su cuñado no lo hubiera matado).<sup>76</sup> También está el fallo en el que determinó que era violatorio del derecho a la no discriminación haberle quitado a una madre la guardia y custodia de su hija por supuestamente tener “bulimia” y un “trastorno límite de la personalidad”, condiciones que le impedían “ejercer el rol materno con idoneidad”.<sup>77</sup> También está el caso en el que determinó que una convocatoria de trabajo restringida a mujeres, de cierta edad, era discriminatoria.<sup>78</sup> En todos estos casos la Corte tenía que decidir si la utilización del género pasaba o no el *test* de escrutinio estricto.

La segunda manera en la que se manifiesta la discriminación, sin embargo, es cuando *no* se consideran ciertas diferencias o factores que pueden ser determinantes para garantizar el ejercicio pleno de derechos. Esta falta de consideración de las diferencias puede verse reflejada en la misma ley, en una sentencia, o en una investigación.

Por ejemplo, está la sentencia de la Corte en la que determinó cómo, al negársele el acceso a un intérprete al momento en el que fue detenida, se violaron los derechos de una mujer indígena acusada de “homicidio en razón de parentesco”.<sup>79</sup> Está la sentencia de la Corte en la que determinó

---

<sup>76</sup> Amparo directo en revisión 2468/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 22 de febrero de 2017.

<sup>77</sup> Amparo en revisión 910/2016, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de agosto de 2017.

<sup>78</sup> Amparo directo en revisión 992/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 12 de noviembre de 2014 (convocatorias de trabajo sexistas y discriminatorias por edad).

<sup>79</sup> Amparo directo 21/2012, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 22 de enero de 2014.

que negarle a una mujer una pensión alimenticia, con el argumento de que tenía su propia pensión producto de su trabajo, invisibilizaba el trabajo del hogar que había realizado y por virtud del cual su mismo desarrollo profesional había sido limitado.<sup>80</sup> Hay otro fallo de la Corte en el que determinó que, haber decretado el divorcio por “abandono del domicilio conyugal”, sin considerar la violencia familiar de la que la mujer acusada de abandono del hogar había sido objeto, también era violatorio del derecho a la no discriminación.<sup>81</sup> Es en esta línea en la que se inscribe el amparo en revisión 554/2013. Es un ejemplo de cómo, al investigar (y al resolver) se deben considerar las diferencias *de género* importantes que pueden condicionar el ejercicio de los derechos de las personas. *No* considerar estas diferencias —como fue el caso de las autoridades del Estado de México, que no consideraron la manera en la que la vida y muerte de Mariana Lima encajaba en el patrón de violencia de género sistemática que padecen las mujeres en el país— es violatorio de distintos derechos, entre ellos —en este caso— el acceso a la justicia.

Como último punto, me interesa señalar la aportación que realiza este fallo específicamente a lo que la violencia de género se refiere. Valga recordar que no toda la violencia que viven las mujeres es de género, ni toda la discriminación se manifiesta necesariamente como violencia.<sup>82</sup> La violencia de género es, por lo tanto, una intersección entre la discriminación y la violencia.

El amparo en revisión 554/2013, por un lado, viene a complementar la línea de casos que ha resuelto la Corte sobre este tipo de violencia. Se suma a los casos de acoso, violación, violencia familiar y feminicidio. Lo que distingue a este amparo es que trata sobre un caso *particular* de homicidio y la investigación penal que se desarrolló al respecto.

En este sentido, también podría agregar que aporta a la serie de casos en los que México se ha visto involucrado frente a la Corte Interamericana, a saber: *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, *Fernández Ortega y otros vs. México*, *Rosendo Cantú y otras vs. México* y, próximamente, *Selva Gómez y otras vs. México* (“Atenco”). Todos estos también están relacionados con la violencia de género que viven las mujeres en el país, si bien se enfocan en actos

---

<sup>80</sup> Amparo directo en revisión 1754/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 14 de octubre de 2015.

<sup>81</sup> Amparo directo en revisión 2655/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 6 de noviembre de 2013.

<sup>82</sup> Sé que para la Convención *Belém do Pará* toda discriminación que sufre la mujer *es* violencia (según su artículo 6o., inciso a). Pero esta conceptualización me parece problemática, por razones en las que no ahondaré aquí. Por eso, sin embargo, no la utilizo.

y contextos distintos. *Campo Algodonero* tiene que ver con el homicidio de mujeres en espacios públicos; mientras que *Fernández Ortega*, *Rosendo Cantú* y *Atenco* tienen que ver con violencia sexual perpetrada por agentes del Estado. El amparo en revisión 554/2013, como ya mencioné, tiene que ver con la muerte de una mujer, en un espacio privado, en un contexto de violencia familiar. En este sentido, contribuye al análisis detallado de las distintas formas en las que esta violencia se manifiesta, así como las distintas medidas que tienen que tomar las autoridades para investigarla y sancionarla adecuadamente. Si bien todos estos casos tienen que ver con la violencia de género, importa ver las particularidades para así mejorar las respuestas que diseñamos frente a la violencia.

### B. *La procuración e impartición de justicia*

Más allá de las aportaciones que la sentencia de Mariana Lima realiza a la línea jurisprudencial de la Corte relativa a la discriminación y violencia de género, creo que es importante señalar que también es una aportación al trabajo sobre la procuración de justicia, *en general*. Es común que los asuntos que involucran a las mujeres o al género, se cataloguen como exclusivamente relevantes para las mujeres o para los asuntos de género. Pero esto es equívoco. Y creo que el amparo en revisión 554/2013 demuestra por qué: sirve para cualquier persona que quiera entender cómo opera y debe operar la procuración de justicia, con independencia del caso que se analiza. Sí, las particularidades del caso importan, pero esto es cierto para *cualquier* materia. Si se quiere investigar un robo, deben entenderse los patrones del robo en el país. Si se quiere investigar un homicidio —de un hombre, por ejemplo—, también. Si se quiere investigar un caso de lavado de dinero, pasa lo mismo.

Desde mi óptica, el amparo en revisión 554/2013 es parte del grupo de casos que incluyen al menos al de *Acteal* (el amparo directo 8/2008), el de *Florence Cassez* (el amparo en revisión 517/2011), el de *Adriana Manzanares* (el amparo directo 21/2012) y el de *Israel Arzate* (el amparo en revisión 703/2012), que analizan distintos aspectos de la procuración de justicia. Todos, de alguna manera u otra, responden a la pregunta de *cómo debe investigarse* un delito en un sistema que garantiza el debido proceso y la presunción de inocencia, entre otros derechos. Que el amparo en revisión 554/2013 tenga en su centro a la víctima de un homicidio, mientras que los otros tienen en su centro a las víctimas de una arbitrariedad estatal, no significa que, en el fondo, no versen sobre lo mismo: cómo debe operar el sistema penal para

*garantizar la justicia* y, a su vez, *no cometer más injusticias*. Esto es crucial: el caso de Mariana Lima es el ejemplo perfecto de cómo garantizarle justicia a las víctimas no pasa por violar el debido proceso de las personas acusadas. Uno y otro no están peleados, sino que se complementan.

### 5. *La accesibilidad y pedagogía de la sentencia*

Más allá de los asuntos particulares sobre los cuales versan la sentencia, el amparo en revisión 554/2013 también es emblemático por otras razones.

Es, para empezar, un ejemplo de la claridad y accesibilidad con la cual todas las sentencias del país deberían cumplir. Como mencioné previamente: sigue siendo común encontrar sentencias en el país de difícil lectura. Sentencias injustificablemente largas, en las que párrafos completos podrían borrarse sin que se pierda un ápice del argumento. Sentencias en las que, a la mitad, sigue sin ser posible entender cuáles eran los hechos que originaron el caso. Sentencias en las que el carácter técnico del derecho se vuelve una excusa para la ilegibilidad. Sentencias que sólo son comprensibles para personas que se dedican a estudiar derecho —y a veces, ni siquiera así se les puede entender—.

El amparo en revisión 554/2013, sin sacrificar en ningún momento lo técnico, evita todas estas prácticas problemáticas. Para empezar, *pone orden*. De cada uno de los documentos que integran el acervo probatorio, logra extraer lo más relevante e irlo introduciendo de forma tal que su aportación al caso concreto queda clara. Ahí donde debe editar las declaraciones para efectos de la claridad, lo hace. Ahí donde procede mandar a una nota de pie el contenido de un artículo, lo hace. Da crédito donde el crédito tiene que darse (como cuando cita estudios para mostrar los patrones de género de la violencia). Nada sobra, nada falta.

Más aún, es un ejemplo del papel pedagógico que pueden asumir los tribunales, no sólo frente a las autoridades —cuya labor juzgan en sus sentencias—, sino frente a la ciudadanía en general. No sólo se dedica a *señalar* las falencias de la investigación, sino a *explicarlas*. No sólo se limita a decir, por ejemplo, que la hipótesis del suicidio no quedó demostrada, sino que *explica* por qué no se comprobó. Explica cada una de las pruebas, incluidas sus aportaciones y sus carencias. Después de leer el amparo en revisión 554/2013 es posible decir, con facilidad, en qué fallaron las autoridades y qué debieron de haber hecho. Funge como un manual para la investigación. Sin —y esto es clave— dejar de recordar que lo que están juzgando es un caso concreto. Sin dejar de poner a la víctima en el centro. Sin dejar

de visibilizar cómo todo esto impactó la investigación de Mariana Lima y a su familia. Sin dejar de señalar que no es sólo una cuestión técnica, sino de justicia.

Y eso es a lo que siempre deberíamos aspirar.

Sí: el derecho es un instrumento. Es una herramienta. Una técnica.

Pero en su centro están las personas y sus vidas.

Nuestras vidas, nuestras historias.

Nuestros sueños.

Y eso no se nos puede olvidar.

LOS DERECHOS DE NIÑAS Y NIÑOS FRENTE AL ACOSO  
ESCOLAR O BULLYING.  
COMENTARIO A LA SENTENCIA DE AMPARO  
DIRECTO 35/2014

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ\*

SUMARIO: I. *Relevancia de la sentencia.* II. *Algunos aspectos importantes de la sentencia.* III. *Retos.* IV. *Bibliografía.*

I. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 y su posterior aprobación y ratificación por casi todos los países del mundo, implicó un cambio radical de modelo de tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia. Este instrumento internacional reconoce a niñas, niños y adolescentes (en adelante nna) como titulares plenos de derechos humanos, superando así el modelo tutelar de protección/represión vigente hasta ese momento y que siguió conviviendo con el modelo de protección integral derivado de la CDN.

En México el proceso de implementación de la CDN fue lento, pues, pese a que el Estado mexicano ratificó dicho instrumento internacional en 1990, los cambios constitucionales y legales tardarían en llegar. No fue sino hasta 2000 que se reformó el artículo 4o. constitucional y se empezaron a aprobar leyes para reglamentar los derechos de nna. En el ámbito jurisdiccional la materia tuvo también un importante desarrollo, sin embargo, éste se limitó en buena medida al ámbito de lo familiar. Desde hace muchos años tenemos importantes criterios en materia de patria potestad, custodia, adopción, e interés superior del niño en los conflictos familiares. Más tarde

---

\* Abogada general de la UNAM. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

llegarían las tesis en materia de justicia para adolescentes, a partir de la reforma al artículo 18 constitucional.

Pese a representar un gran avance, en los criterios jurisprudenciales en la materia, durante mucho tiempo no se logró superar la visión de nna como sujetos del ámbito privado, especialmente familiar.<sup>1</sup> De ahí la importancia de la sentencia que se comenta, que aborda un problema de gran relevancia para la vida de nna: el acoso escolar o *bullying*. Lo novedoso de la resolución radica también en que señala la responsabilidad del centro escolar en la violación de derechos humanos, así como la obligación de reparar el daño.

Es común en el contexto social y especialmente en el ámbito jurídico, la tendencia a minimizar los problemas cotidianos que viven nna. Esta representación social constituye uno de los principales obstáculos para su reconocimiento pleno como personas y el disfrute efectivo de sus derechos. Con excepción de ciertas prácticas intolerables que constituyen violaciones gravísimas a sus derechos —por ejemplo la explotación laboral o sexual o la trata—, los problemas de derechos de nna permanecen ajenos al debate público y a los tribunales. Tal es el caso del acoso escolar y las responsabilidades de quienes tienen nna bajo su cuidado, como es el caso de los centros escolares.

Cabe destacar que, en contraste con las creencias sociales, las violaciones a derechos humanos durante la minoría de edad tienen consecuencias especialmente graves. Por su condición de desarrollo, nna son particularmente vulnerables a las condiciones del entorno relacionadas con la satisfacción de sus necesidades. Esto es claro en el caso de algunos derechos sociales, por ejemplo el derecho a la alimentación, a la salud, al descanso o a la educación. Es de conocimiento generalizado que la falta de una adecuada nutrición durante los primeros años de vida produce daños irreversibles. Lo mismo ocurre con la vacunación oportuna. En lo que se refiere al derecho a la educación, es indiscutible que su falta de garantía durante la infancia es definitiva, pues una persona adulta difícilmente podrá adquirir las habilidades que se desarrollan en la educación básica y media. Hay un consenso en relación con las obligaciones del Estado vinculadas al cumplimiento de estos derechos. Sin embargo, las representaciones de la infancia y adolescencia no conceden la misma importancia a otros derechos que causan daños igualmente graves.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Aunque actualmente ha sido superada la visión del derecho de familia como parte del derecho privado.

<sup>2</sup> Desde mi punto de vista no resulta una casualidad el que la misma Constitución mexicana se limite a reconocer en el artículo 4o. los derechos a *la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral*.

La escuela constituye en la actualidad, sin duda alguna, el principal espacio de socialización para la mayoría de nna después de la familia.<sup>3</sup> El centro escolar desempeña un papel muy relevante no únicamente en la transmisión de conocimiento y generación de habilidades para la vida, sino que es el contexto para el cumplimiento de múltiples derechos. En primer lugar, la escuela desempeña un papel fundamental en la transmisión de valores y normas sociales. En este sentido, es indispensable para que una persona pueda desarrollar competencias de convivencia social. Por otra parte, la escuela es el espacio en donde nna juegan, se relacionan con sus pares y con personas adultas, construyen amistades, realizan actividades académicas, artísticas, físicas y de otro tipo. Es en el ámbito educativo en donde se construyen los referentes de las personas y en donde se consolidan la seguridad y la confianza. Es por ello que la función de la escuela en la actualidad va mucho más allá de la simple transferencia de ideas y su función en modo alguno puede entenderse reducida a garantizar el derecho a la educación.

La importancia del espacio educativo en el desarrollo de nna está directamente relacionado con el daño que puede causar si en ese espacio no se garantizan los derechos de nna. En 2006 la Asamblea General de la ONU, en su resolución 561/138 ordenó que se llevara a cabo un estudio profundo sobre la violencia en contra de la infancia y adolescencia, de lo cual resultó el Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas. En este informe se identificaron los ámbitos en los que los nna son víctimas de violencia: el hogar y la familia, la escuela, los sistemas de protección y de justicia, el lugar de trabajo y la comunidad. En el ámbito de la escuela, el informe identificó el acoso escolar como una forma de violencia extendida y compleja que representa patrones de comportamiento en vez de hechos aislados.<sup>4</sup>

Entre los derechos de nna reconocidos en la CDN —y en la legislación nacional—<sup>5</sup> que pueden tener cumplimiento en la escuela podemos enumerar los siguientes:

- Igualdad y garantía de no discriminación o castigo por causa de sus padres, tutores o familiares (artículo 2o.).
- Derecho a participar (artículos 12 y 31).

---

<sup>3</sup> Evidentemente que esto no es aplicable a nna que no asisten a la escuela.

<sup>4</sup> Paulo Sérgio Pinheiro, experto independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, *Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas*, 2006, pp. 121-123.

<sup>5</sup> En el ámbito nacional la legislación más importante en la materia es la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que desarrolla los derechos reconocidos en la legislación internacional para el contexto mexicano.

- Libertad de expresión (artículo 13).
- Libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 14).
- Libertad de asociación y reunión (artículo 15).
- Acceso a la información (artículo 17).
- Derecho a la educación (artículos 28 y 29).
- Libertad cultural, lingüística y religiosa (artículo 30).
- Derecho al descanso, juego, recreación y vida cultural (artículo 31).

Resulta entonces que el entorno escolar es fundamental para la vida de cualquier nna en la medida en que constituye el espacio para la garantía de los derechos. Es por ello que uno de los principales requisitos que debe cumplir es el ser un entorno seguro en donde cada nna se sienta respetado, protegido y considerado. El acoso escolar es, sin duda, una de las mayores amenazas a esta condición. Y, debido a las representaciones sociales acerca de las violaciones a los derechos humanos de nna, es frecuente su invisibilización o minimización.<sup>6</sup> Así lo reconoce la sentencia citando diversos estudios. La Primera Sala considera que es habitual que las víctimas se abstengan de denunciar por miedo, además de que en muchas ocasiones no se presentan agresiones físicas o no pueden ser percibidas. Otro problema identificado es que las agresiones se toman como incidentes aislados que no constituyen acoso escolar por no ser una conducta reiterada (p. 50).

En resumen, el acoso escolar constituye una conducta que causa sufrimiento grave en quienes lo sufren, genera daños en muchas ocasiones irreversibles y por la condición de minoría de edad de nna no recibe la atención que requiere. Por estas razones, es una de las violaciones más graves a los derechos humanos a la que se había prestado poca atención. De ahí la relevancia de la sentencia del amparo directo 35/2014 que establece un precedente fundamental para atender a uno de los grupos en situación de mayor vulnerabilidad como son nna, respecto de los cuales, en el caso de las víctimas de *bullying*, se pueden dar otros cruces de discriminación.

La sentencia que se comenta tiene múltiples elementos de gran importancia en el ámbito civil, sin embargo, este texto se centrará en el análisis de los criterios vinculados con los derechos de nna.

## II. ALGUNOS ASPECTOS IMPORTANTES DE LA SENTENCIA

Además de la relevancia de la sentencia en su conjunto, hay algunos elementos a destacar que merecen ser motivo de reflexión y análisis:

---

<sup>6</sup> Esto se refleja en buena medida en la actitud de la juez que no concede valor al testimonio del niño en la nota al pie núm. 16 de la sentencia que se comenta.

### 1. *La definición del acoso escolar o bullying*

Uno de los puntos más interesantes de la sentencia, desde mi punto de vista, radica en el reconocimiento del acoso escolar y la complejidad para identificarlo y definirlo. Se advierte que no se trata de un fenómeno nuevo, que es muy común y que no es exclusivo de nuestro país (p. 19). Recurriendo a diversos estudios en la materia que abordan el problema desde distintas perspectivas, tanto a nivel internacional como nacional, concluye que no existe un consenso sobre la definición exacta del fenómeno, pero que hay ciertas características que permiten identificarlo. La Primera Sala define el *bullying* escolar como “todo acto u omisión que de manera reiterada agrede física, psicoemocional, patrimonial o sexualmente a una niña, niño o adolescente; realizado bajo el cuidado de las instituciones escolares, sean públicas o privadas” (p. 26). Un dato importante a destacar en la resolución es que deja de lado la intención del agresor y el desbalance de poder (p. 26), elementos presentes en muchas definiciones. Lo anterior por considerar que la primera —intención— es irrelevante y difícil de probar y que el segundo —asimetría de poder— está implícito en el hecho (p. 26). Considera también, siguiendo a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que “el acoso puede darse entre estudiantes o estudiantes y profesores” (p. 27).

La delimitación de lo que se entiende por acoso escolar es útil y acertada. En primer lugar porque reconoce que las conductas pueden constituir actos u omisiones. En muchas ocasiones las omisiones pueden causar un enorme daño. La falta de cuidado o el hacer el vacío a un nna pueden constituir acoso escolar según la Sala. Por otra parte, destaca que los actos u omisiones deben ser reiterados, lo que distingue al acoso de cualquier otro tipo de conductas que pueden ser violentas —y graves—, pero que no encuadran en lo que se define como *bullying* escolar. Reconoce asimismo que las conductas violentan a la víctima y que esta agresión puede darse de distintas maneras, sin que ello sea impedimento para que se configuren, además, otro tipo de violaciones a los derechos humanos o delitos. Al final de la definición, reconoce que éste debe darse cuando nna están bajo el cuidado de las instituciones educativas, lo que permite también distinguirlo de conductas ocurridas en otros contextos.

Un elemento muy importante es la exclusión de la asimetría de poder entre el agresor y la víctima, no sólo por las consideraciones vertidas en la resolución, sino porque muchas veces ésta no es evidente. Precisamente una de las dificultades para identificar el problema es que éste no es visible ni responde necesariamente a estereotipos con los que se relaciona comúnmente a la víctima y al agresor. En ocasiones la agresión es muy evidente

—por ejemplo, en los casos de violencia física—, pero muchas veces el acoso escolar está constituido por conductas sutiles que causan un enorme sufrimiento, y que implican la marginación y exclusión de una nna de su círculo de socialización. A esto también contribuye el reconocer que el acoso puede darse entre académicos y estudiantes, pues éstos desempeñan un papel clave para la vulneración de derechos, como muestra claramente el caso que da origen a la sentencia.

Un elemento que sería importante incorporar en la delimitación de la problemática es el rol de los testigos, que, en opinión de algunos autores, pueden tener un papel relevante en el acoso escolar y sus efectos.<sup>7</sup> Según algunas investigaciones, el *bullying* generalmente ocurre en presencia de pares que de alguna manera respaldan, ya sea pasiva o activamente, las conductas que constituyen acoso escolar.<sup>8</sup> Salmivalli identifica tres roles entre los testigos del *bullying*: reforzador (*reinforcer*), espectador (*outsider*) y defensor (*defender*). El reforzador no agrede a la víctima directamente, pero estimula la conducta al dotar al agresor de un público que reafirma su posición de poder. El espectador no se involucra en la agresión, pero con su observación y su silencio igualmente fomenta el comportamiento. Finalmente, el defensor consuela a la víctima, se pone de su lado e intenta detener el acoso.<sup>9</sup>

La perspectiva del *bullying* como un fenómeno complejo que va más allá de la simple relación víctima-agresor, es indispensable para, por una parte, trabajar en la prevención y, por otra, evaluar las consecuencias y los daños más allá de la víctima visible. En lo que corresponde a la prevención, es importante tener presente que, generalmente, el agresor requiere de un “público” ante el cual demostrar su poder, por lo que resulta indispensable la atención adecuada de las autoridades escolares para frenar cualquier conducta que pueda llevar al acoso. Asimismo, es importante la formación en valores que lleven a la convivencia basada en el respeto a la dignidad de las personas.

En relación con el daño es importante hacer varias consideraciones. En primer lugar el daño a la víctima no se proyecta hacia una sola persona, sino

---

<sup>7</sup> Swearer, Susan M. y Hymel, Shelley, “Understanding the Psychology of Bullying: Moving Toward a Social-Ecological Diathesis-Stress Model”, *American Psychologist*, vol. 7, núm. 4, mayo-junio de 2015, pp. 344-353; O’Connell, P. et al., *Peer Involvement in Bullying: Insights and Challenges for Intervention*. *Journal of Adolescence*, vol. 22, 1999, pp. 437-452.

<sup>8</sup> Greene, Michael, “Counseling and Climate Change as Treatment Modalities for Bullying in Schools”, *International Journal for the Advancement of Counselling*, vol. 25, 2003, pp. 293-302; Salmivalli, C., “Participant Role Approach to School Bullying: Implications for Intervention”, *Journal of Adolescence*, vol. 22, 1999, pp. 99-109.

<sup>9</sup> Salmivalli, C., “Participant Role Approach to School Bullying: Implications for Intervention”, *cit.*, pp. 99-109.

que son varias las involucradas. La situación de desventaja e indefensión se potencia por el hecho de que la agresión es presenciada y aprobada por los pares. Los efectos de esta situación se proyectan hacia la confianza social en las personas en general, al ser el acoso una experiencia colectiva en la que la víctima se ve expuesta ante sus compañeros. Por otra parte, el daño se irradia hacia los participantes en la situación, especialmente si no se imponen sanciones. Nna son testigos de la violencia y de la impunidad, sin que haya una consecuencia por ello.

El caso analizado por la Sala es aún más radical por estar involucrada la docente y ser presenciado por los compañeros de clase. En este caso, la asimetría de poder y los mensajes implícitos en las conductas, con la aprobación de las autoridades del centro, dejan sin duda una impronta muy negativa en los nna que presenciaron todo el proceso que lleva a la demanda presentada por la madre en representación de su hijo.

## 2. *El reconocimiento de las obligaciones de los centros educativos*

Una pregunta obligada en una aproximación al fenómeno del acoso escolar se vincula con la responsabilidad. Presumiblemente, una de las razones por las que esta violación a los derechos de nna no tiene muchos precedentes judiciales es precisamente porque había una creencia implícita en que se trataba de un asunto entre pares (nna) que, en todo caso, suponía un deber de mediación de la institución escolar. Si bien en el presente caso hay una conducta explícita de la maestra que puede hacer más clara la responsabilidad de la escuela, de la sentencia se desprende que hay un deber de actuación de las autoridades educativas aun cuando en el acoso no participe directamente algún académico.

Otro aspecto a destacar es que la carga de la prueba recae sobre el centro escolar, es decir, es éste quien tiene que demostrar que actuó para impedir o terminar con el acoso. En este sentido, sostiene la Primera Sala que “será el centro educativo quién tendrá que mostrar que cumplió con la debida diligencia que le exige la prestación del servicio educativo” (p. 69). En esta línea, continúa la Sala, cuando hay indicios de la existencia de *bullying*, se activan diversos deberes para las autoridades escolares para “diagnosticar, prevenir, intervenir y modificar dicha situación” (p. 69). La carga de la prueba se transfiere, según la resolución, ante la dificultad para probar un hecho negativo como lo es la omisión de actuar de las autoridades.

En el caso concreto, el centro trasladó la responsabilidad a la madre y al niño, lo que queda probado en la misma contestación de demanda en

donde manifestó que los problemas emocionales del niño se debían a problemas familiares y al diagnóstico por trastorno por déficit de atención e hiperactividad. Aun cuando contaban con el diagnóstico, las autoridades se abstuvieron de intervenir para favorecer la integración del niño y garantizar sus derechos humanos en el ámbito escolar. La Sala llega a considerarlos como “verdaderos actos ilícitos en tanto son contrarios a los deberes legales y generales de cuidado” (p. 73).

Estas valoraciones de la Sala constituyen un importantísimo precedente en los diversos derechos de nna vinculados al ámbito escolar. En primer lugar, es clara la existencia de deberes reforzados cuando se trata de derechos de nna, como han sostenido diversos órganos internacionales, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>10</sup> y como se señala en los argumentos de la resolución.<sup>11</sup> En esto radica la especificidad de los derechos de nna: dada la gravedad del daño que implica su vulneración por la condición de desarrollo en la que se encuentran, exigen obligaciones robustecidas por parte de cualquier persona que tenga la condición de garante de los derechos. El reconocer la responsabilidad por la omisión de un deber de cuidado para impedir las conductas que implican acoso escolar coloca a nna, especialmente a aquellos en condición de mayor vulnerabilidad, en una situación de igualdad.

Por otra parte, queda establecido que la escuela debe garantizar todos los derechos, entre ellos el derecho a una vida libre de violencia y a la integridad física, emocional, social, etcétera, de cada nna bajo su cuidado. Esto refuerza la idea de que la institución educativa es un espacio de satisfacción de múltiples derechos y no simplemente un proveedor del derecho a la educación.

### 3. *El reconocimiento de la dignidad del niño*

Resulta también muy afortunada la mención de la dignidad del niño y su vinculación con la problemática planteada. El principio de la dignidad

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, en la sentencia del caso *Hermanos Paquiyauri vs. Perú* (2004) la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: “El hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal” (párr. 170).

<sup>11</sup> La Primera Sala en la contradicción de tesis 115/2010 establecía ya que “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, lo que implica, en conjunción con el interés superior del niño, que la protección a la salud de los mismos se debe hacer a través de medidas «reforzadas» o «agravadas»”, lo que puede extenderse a cualquier derecho de nna como se reconoce en la sentencia que se analiza.

de nna ha sido poco abordado en las resoluciones judiciales. La sentencia define la dignidad humana como “la posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según los propios deseos; así como de tener las condiciones materiales mínimas que garanticen la propia existencia” (p. 32). Una parte constitutiva de éste es, según la sentencia, la integridad física y moral y el derecho a vivir sin humillaciones.

Es acertada la consideración de la dignidad entendida como el acceso a las condiciones para garantizar la propia existencia. En esta línea, es importante destacar que los estudios demuestran que la necesidad de afecto y vinculación es tan vital durante la infancia como cualquier satisfactor material como la alimentación, el agua o la salud.<sup>12</sup>

Por otra parte, la posibilidad de diseñar un plan vital está también condicionado por el respeto a la dignidad en la medida en que ésta implica la conciencia del propio valor como ser humano. Sin esta autopercepción de la persona como ser valioso es imposible construir cualquier plan de vida. Esto también es frecuentemente minimizado durante la infancia y adolescencia, precisamente porque hay algunas creencias generalizadas de que nna carecen de autonomía y, por tanto, son incapaces de formar un plan de vida propio.

La dignidad ha sido un tema frecuente en la filosofía del derecho. Dworkin habla de la “vaga pero poderosa idea de dignidad humana”<sup>13</sup> para referir que se trata de un concepto ampliamente conocido, aunque pocas personas sepan su significado preciso. En mi opinión, una de las definiciones más afortunadas es la que propone Rodolfo Vázquez: “Que siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio”.<sup>14</sup>

De la definición resaltan los siguientes elementos: en primer lugar, el reconocimiento de la humanidad de cualquier persona como intrínsecamente valiosa, es decir, sin otra condición que la de pertenecer al género humano. Ello desde luego implica la aceptación del principio de igualdad entre todas

---

<sup>12</sup> Una de las aportaciones más importantes sobre el tema de la importancia de los lazos afectivos es la *Teoría del apego* de John Bowlby y los desarrollos posteriores de diversos especialistas. El postulado básico consiste en que las necesidades afectivas son indispensables para la vida de la persona, especialmente durante los primeros años de vida. John Bowlby realizó investigaciones con bebés institucionalizados y documentó que, pese a tener todas las necesidades materiales cubiertas (alimento, salud, higiene, vivienda, etc.) desarrollaban lo que identificó como “depresión anaclítica” al no tener un apego seguro.

<sup>13</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gran Bretaña, Duckworth, 1987, p. 198.

<sup>14</sup> Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, 1999, p. 43.

las personas, al asumir el mismo valor y por ende la misma dignidad en todas. En segundo lugar la idea de que este valor impide imponer privaciones o sacrificios en contra de la voluntad de las personas que no sean para su propio bien. Esta noción se relaciona directamente con la posibilidad de diseñar un plan vital, partiendo de que cada ser humano tiene la libertad para elegir cómo quiere vivir.

El reconocimiento de la dignidad del nna, aunque parece obvia, no lo es. Aun en el ámbito de lo políticamente correcto desde una perspectiva de derechos humanos, se consideran aceptables discursos que apelan al valor del nna en función de lo que pueden llegar a ser. Llega incluso al extremo de justificar algunos derechos por el valor de la persona menor de edad como futuro ciudadano. El derecho a la educación es un ejemplo típico de ello, pues se ve a la institución escolar como formadora de ciudadanos y no como espacio de ejercicio de ciudadanía. Esto refleja una visión utilitarista de nna que ignora la función en el cumplimiento de diversos derechos que tienen los centros educativos en el presente de la persona, es decir, durante la infancia y adolescencia.

Este discurso podría parecer irrelevante, sin embargo, no lo es. La idea de cómo debe ser la educación es muy distinta si concebimos a ésta como formadora de adultos responsables más que como satisfactora de derechos de nna. En un caso tiende a sacrificarse el presente del nna en aras de un futuro. Ejemplo de ello es el privilegio del desarrollo de competencias académicas a costa del sacrificio de la socialización, el tiempo libre y el juego. En el segundo caso se atiende a las necesidades presentes y a los derechos humanos del nna actual.

En el caso del acoso escolar esto se vuelve muy relevante, pues la visión centrada en la dignidad del nna obliga a tomar radicalmente en serio cualquier conducta o situación que pudiera poner en riesgo sus derechos. En este orden de ideas, el *bullying* es una violación grave a los derechos humanos porque impide el ejercicio del derecho a la educación, a la adecuada socialización, al juego, a la integridad física y emocional y, en resumen, a que el nna pueda vivir una infancia libre y feliz, no únicamente por las consecuencias que a futuro puede tener el haber sido víctima de estas conductas.

### III. RETOS

Pese a que el acoso escolar o *bullying* no es un fenómeno reciente, sino que constituye una de las manifestaciones de las violencias que viven nna en las escuelas, lo cierto es que en la actualidad existen algunas condiciones que

agravan el daño que se puede causar a las víctimas. En especial la existencia de las redes sociales constituye un elemento indispensable que es necesario considerar. En primer lugar porque en sí mismas las redes sociales pueden constituir el espacio o el medio mediante el cual se realiza el acoso o *bullying*. Esta situación abre la puerta a múltiples interrogantes ¿Puede considerarse acoso escolar si las conductas de violencia ocurren en el ciberespacio? ¿Podría ser sancionado de la misma manera que cuando ocurre en las instalaciones educativas? En estos casos, ¿qué responsabilidad tiene el centro escolar? A lo anterior se suma la complejidad de la prueba, pues las redes sociales permiten fácilmente el anonimato o la suplantación de la personalidad.

Además de lo anterior, la existencia de las redes sociales puede ser un factor decisivo para la maximización del daño, pues incluso una conducta ocurrida en un contexto concreto puede trascender fronteras. Hace algunos años los efectos del *bullying* podían superarse con relativa facilidad mediante un cambio de centro escolar. Esto suponía un nuevo comienzo para la víctima. En estos tiempos, sin embargo, la situación es más compleja, pues puede suceder que en el nuevo centro escolar sea conocido el incidente a través de las redes.

Otro gran reto está en la interseccionalidad de las discriminaciones. El precedente sentado con la sentencia que identifica claramente a los sujetos obligados a resguardar la integridad de nna es un gran paso. Lo cierto es que la gran mayoría de los casos de acoso en contra de nna no llegarán a tribunales. Algunos grupos presentan un reto importante:

- Nna de zonas marginadas o indígenas. Es claro que, además de la discriminación que sufren las personas en situación de pobreza, tratándose de nna la situación resulta más crítica. En la mayoría de los casos la carencia de recursos imposibilita a las familias para actuar, aunado a la falta de opciones para cambiar a quien ha sido víctima de acoso escolar de institución educativa.
- Nna con discapacidad. La discapacidad constituye una de las causas que puede motivar el acoso escolar. En estos casos, la posibilidad de la víctima de denuncia es menor, así como su capacidad de resistencia ante las conductas que constituyen el acoso.
- Nna institucionalizados. Las nna que viven en instituciones constituyen uno de los grupos en situación de mayor marginalidad. En primer lugar porque la situación que los llevó a tener que vivir en una institución<sup>15</sup> implica ya una vulneración a sus derechos huma-

<sup>15</sup> Las causas que llevan a un nna a vivir en una institución son múltiples y complejas, muchos de ellos están en condición de abandono, pero otros son ingresados por sus fami-

nos, a la que se suma no vivir en un contexto familiar. En estos casos, la posibilidad de resistencia y de denuncia es prácticamente nula, así como la supervisión de las instituciones del Estado, con las consecuencias que ello tiene para el desarrollo de estas personas.

En esta misma línea, los nna con familias desestructuradas o con pocos recursos de todo tipo —emocionales, sociales, educativos, económicos e incluso legales— están en una condición de doble desventaja. En primer lugar porque pueden ser más susceptibles de ser víctimas de acoso y en segundo lugar porque es poco probable que sus familias tengan la capacidad de detectar y sobre todo actuar para proteger al nna de la violencia.

Otro reto importante en el ámbito de los derechos de nna es la comprensión del *bullying* como un fenómeno sistémico que involucra a diversos actores más allá de la víctima y el agresor directos. Ello es indispensable para la prevención, pues, según algunos estudios, pese a que muchos nna repudian el acoso escolar de manera abstracta y manifiestan estar a favor de las víctimas, muestran poca disposición a intervenir cuando presencian procesos de acoso escolar en la realidad.<sup>16</sup> Es importante entonces diseñar estrategias integrales que pongan atención en los testigos, además de diseñar políticas de detección y atención temprana de los procesos de acoso escolar.

Si bien es cierto que la sentencia ordena la reparación del daño derivada de la responsabilidad civil por el daño sufrido por el niño, esto parece insuficiente ante la magnitud del fenómeno ante el cual nos encontramos. El resarcimiento de los daños puede permitir al niño recibir atención psicológica para procesar el acoso, así como reintegrarse a un nuevo centro escolar, pero será difícil con estos medios restaurar la integridad emocional y la afectación a la dignidad. Esto sólo se puede lograr cuando la víctima puede experimentar que el agresor toma conciencia del daño causado y puede ofrecer una disculpa por las conductas realizadas. Las acciones de justicia restaurativa tienen también un enfoque positivo sobre los agresores, que pueden comprender el daño del que muchas veces son inconscientes. Por otra parte, estos procesos también tienen consecuencias en cambios de actitud permanentes y en la construcción de una cultura de paz y respeto a los derechos humanos. Los procesos alternativos con enfoque de justicia restaurativa son las mejores herramientas para enfrentar el acoso escolar por los efectos que

---

liares por diversas circunstancias que los llevan a no poder hacerse cargo de ellos. Hay una percepción equivocada de que la mayoría de nna en instituciones son huérfanos o están en condición de abandono.

<sup>16</sup> O'Connell, P. et al., *Peer Involvement in Bullying: Insights and Challenges for Intervention*. *Journal of Adolescence*, vol. 22, 1999, pp. 437-452.

producen en la víctima, el agresor y los testigos, que además se irradian a toda la comunidad.

Para lograr la plena garantía de los derechos de nna es necesario cambiar la cultura. La cultura de la normalización de las violencias y su minimización en caso de las personas menores de edad. Pero también la idea de que se trata de un problema entre pares que no implica responsabilidad para las autoridades o los particulares. La sentencia contribuye decisivamente a ello.

Éste y otros serán elementos a considerar en próximas resoluciones judiciales que deben dar respuesta a un fenómeno complejo. Hoy es una buena noticia el hecho de que se haya reconocido una de las violaciones más graves a los derechos humanos de las nna, lo que contribuye significativamente a su reconocimiento como titulares plenos de derechos humanos y a la salvaguarda de su dignidad humana.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de julio de 2004, serie C, núm. 110.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gran Bretaña, Duckworth, 1987
- GREENE, Michael, "Counseling and Climate Change as Treatment Modalities for Bullying in Schools", *International Journal for the Advancement of Counseling*, vol. 25, 2003.
- O'CONNELL *et al.*, "Peer Involvement in Bullying: Insights and Challenges for Intervention", *Journal of Adolescence*, vol. 22, 1999.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio, Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, *Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas*, 2006.
- SALMIVALI, C., "Participant Role Approach to School Bullying: Implications for Intervention", *Journal of Adolescence*, vol. 22, 1999.
- SCJN 2010, Contradicción de tesis 115/2010, Primera Sala, fecha de resolución: 19 de enero de 2011.
- SCJN 2014, Amparo directo 35/2014, Primera Sala, ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, fecha de resolución: 15 de mayo de 2015.
- SWEARER, Susan M. y HYMEL, Shelley, "Understanding the Psychology of Bullying: Moving Toward a Social-Ecological Diathesis-Stress Model", *American Psychologist*, vol. 7, núm. 4, 2015.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, 1999.

## LOS ALBORES DE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO: EL CASO *PABELLÓN 13* (AR 378/2014)

Francisca **POU GIMÉNEZ\***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El alcance de la litis y el contenido del derecho*. III. *El papel crucial de las fuentes constitucionales externas*. IV. *Modelo de justiciabilidad: las cargas de la argumentación*. V. *Derechos, remedios, monitoreo*. VI. *Antes y después de Pabellón 13*. VII. *El litigio de salud en el mundo y el largo camino a casa*.

### I. INTRODUCCIÓN

El número de sentencias de la Suprema Corte en materia de derecho a la salud sigue siendo inexplicablemente bajo. ¿Cómo puede ser que, en un país con millones de personas que viven con las carencias más grandes, años después de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo de 2011, en un contexto donde el imperativo de dar efecto a la normatividad suprema de la Constitución está ya fuera de discusión, las líneas jurisprudenciales sobre derechos tan centrales como vivienda, agua, educación, alimentación o salud estén formadas por tan pocos casos?

Aunque la línea sobre derecho a la salud tiene más eslabones que las líneas sobre los otros derechos que he mencionado, el panorama no puede ser más distinto que el característico del litigio constitucional en salud en países como Brasil, Argentina o Colombia, donde las sentencias de las altas cortes sobre el tema se cuentan por cientos o por miles.<sup>1</sup> En uno de

---

\* ITAM.

<sup>1</sup> En el mismo sentido, Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, 2017, p. 527. Para una panorámica sobre el litigio en salud en algunos países de la región véase, por ejemplo, Yamin, Alicia Ely y Gloppen,

los estudios reciente encaminados a rastrear los amparos de la Corte mexicana en la materia se localizan 22 casos sobre derecho a la salud, 13 de los cuales son en realidad casos de responsabilidad civil extracontractual que no abordan centralmente la definición de las exigencias y dimensiones de goce del derecho.<sup>2</sup> Incluso si puntualizamos que los pronunciamientos sobre seguridad social también definen dimensiones importantes del derecho,<sup>3</sup> que hay pronunciamientos vertidos en otras vías procesales (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional) que contribuyen a definir su alcance, que hay amparos sobre otras materias que inciden poderosamente sobre el derecho a la salud y que incluso en un país que depende tanto de la guía de la Suprema Corte, puede haber algún desarrollo interesante a nivel de tribunales inferiores, las cifras son inequívocas. El acceso a la justicia en materia de salud ha sido escasísimo; muchos de los casos de salud fueron judicializados por ONG de litigio y los temas de la mayoría de los demás dejan trans lucir que no son litigios promovidos por personas desfavorecidas.

La pregunta que se abre inmediatamente después de esa constatación es la siguiente: ¿y qué tanto (o qué tan poco) ha dicho la Corte en ese puñado de casos? ¿Ha sido garantista, maximalista, o deferente con el legislador y las autoridades administrativas? ¿Ha utilizado alguno de los paradigmas de justiciabilidad más comunes en el derecho comparado (núcleo esencial, proporcionalidad, razonabilidad, conexidad)? ¿Ha sido prescriptivista o

---

Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede ser la justicia una herramienta de cambio?*, Siglo XXI Editores, 2013; Langford, Malcolm (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, U. de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2013; Alviar García, Helena et al. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice. Critical Inquiries*, Routledge, 2015; Lamprea, Everaldo, *Derechos en la práctica. Políticas de salud, litigio y cortes en Colombia (1991-2014)*, Uniandes, 2015; Parra Vera, Óscar, “The Protection of Social Rights”, en González Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, Constitutions and Rights*, Routledge, 2016.

<sup>2</sup> Cobo, Fernanda y Charvel, Sofía, “The Mexican Supreme Court and the Right to Health: its Problematic Interpretations” (manuscrito no publicado en poder de la autora, 2018). Por supuesto, no descartamos categorialmente que los amparos que revisan sentencias de responsabilidad civil puedan definir aspectos relevantes del derecho, pero la mayoría tienen una dimensión exclusivamente legal.

<sup>3</sup> Véase, en este sentido, Gutiérrez Ortiz-Mena, Alfredo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 337 y 338 (donde se destaca que la historia constitucional del derecho a la salud no inicia con su introducción textual en 1983, sino en 1917 con las previsiones del artículo 123, sobre el derecho al trabajo y un incipiente sistema de seguridad social [en salud] que se iría desarrollando en las décadas siguientes, y que por tanto “existen dos caminos recorridos para constitucionalizar el derecho a la salud”).

deferente?<sup>4</sup> ¿Cómo ha encarado la cuestión de los remedios? ¿Se trata de litigios clásicos o hay algún caso estructural?

En este texto abordó uno de los eslabones emblemáticos de la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de salud: la sentencia de la Segunda Sala en el caso *Pabellón 13*, dictada en octubre de 2014. Se trata, sin duda, de una de las sentencias en las que la Corte “dice más”: una sentencia que reivindica, con más potencia que otras, la fuerza normativa del derecho a la salud y las obligaciones que impone a los poderes públicos. El objetivo del análisis que sigue es dar cuenta de los criterios que se establecen desde un punto de vista sensible al contexto más amplio conformado por la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de derechos, así como las dinámicas de justiciabilidad del derecho a la salud en el ámbito comparado. Aunque *Pabellón 13* es una sentencia que marca un avance importantísimo, también tiene rasgos que retratan las notabilísimas limitaciones que la jurisprudencia de derechos de la Corte mexicana sigue teniendo —también desde esa perspectiva resulta, entonces, paradigmática—.

## II. EL ALCANCE DE LA LITIS Y EL CONTENIDO DEL DERECHO

*Pabellón 13* es un amparo que inició en 2012 con el reclamo de tres personas seropositivas al VIH, asistidas por la ONG de litigio de interés público FUNDAR, ante el tratamiento que recibían en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER). Este hospital no forma parte de los sistemas de seguridad social, sino de las instalaciones que, bajo la dirección de la Secretaría de Salud, atienden a la población no asegurada. Desde 2007, los quejosos, con la ayuda de Fundar, habían venido señalando ante las autoridades las deficiencias de la atención que recibían en el pabellón 4 del INER —básicamente vinculadas al hecho de estar integrados con otros enfermos, lo que representa un riesgo de contagio para personas inmunodeprimidas—.

Desde 2007 el INER, reconociendo que la situación del pabellón 4, donde recibían atención una gran cantidad de personas con VIH/SIDA, no cumplía las recomendaciones de la OMS sobre control y prevención de enfermedades, elevó una petición formal a las autoridades de la Secretaría de Salud. En 2008 el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud aprobó primero un proyecto de remodelación

---

<sup>4</sup> Sobre el contraste entre estas dos aproximaciones, véase Wesson, Murray, “The Emergence and Enforcement of Socioeconomic Rights”, en Lazarus, Liora *et al.* (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart, 2014.

del pabellón 4 y posteriormente, en sustitución suya y por el mismo monto monetario (61 millones de pesos), el proyecto de construcción de un edificio nuevo —el pabellón 13— para evitar la interrupción de los servicios médicos que la remodelación hubiera implicado. Se presupuestaron en ese momento algo más de siete millones para la elaboración de los planos arquitectónicos del nuevo edificio, en espera de conocer su costo final.

Los quejosos interpusieron el amparo en 2012 ante la falta de avance de las obras. En sus pliegos denunciaron la violación de sus derechos a la salud (por no haber destinado las autoridades el máximo de los recursos a su disposición para la ejecución del proyecto), a la vida (por estar las personas con VIH/SIDA expuestas a contagios e infecciones oportunistas provenientes de otros enfermos) y a la igualdad y no discriminación (al no haber el Estado tomado medidas para prevenir y eliminar lo que implicaba para los quejosos, en condiciones socioeconómicas precarias, no poder acudir a centros privados para recibir la atención especializada que no les brindaba el INER).

En el año 2013, un juez de distrito negó el amparo, con argumentos que ejemplifican —paradigmáticamente— lo que ha sido, durante décadas y décadas, una argumentación judicial centrada en la defensa de la autoridad; donde el foco de la atención se pone no en lo que el derecho garantiza, sino en la cantidad de cosas que el Estado hace por unos ciudadanos que, inexplicablemente desagradedidos, siguen “pidiendo imposibles”. El juez señala, por ejemplo, que no hay discriminación por motivos socioeconómicos porque los quejosos fueron atendidos en el INER sin que se les exigiera un pago (p. 10)<sup>5</sup> y “porque la Constitución no otorga, ni explícita ni implícitamente, a ninguna persona, sin importar su edad, condición social, estado de salud, etc., un derecho para que sea ejecutado el proyecto también denominado «pabellón 13»” (p. 11); que los quejosos no estaban en estado de indefensión, porque el trato que se les brinda no implica que se vean obligados a acudir a una institución privada (*idem*); que el derecho al nivel más alto de salud implica que deben disfrutar de servicios médica y científicamente apropiados, pero que ello se logra con los servicios que se les prestan mes con mes y con el despliegue de acciones públicas encaminadas a tener buenos servicios e instalaciones (p. 12); que el derecho a la salud es un “derecho a lo posible”, “no a que se concedan una serie de prerrogativas exclusivas como la construcción del pabellón 13”; que el derecho a la salud

---

<sup>5</sup> Todas las referencias a páginas entre paréntesis son a los números de la página de la sentencia de la Corte, donde se sintetizan los argumentos de las partes y los argumentos de la sentencia del juez de distrito objeto de recurso.

es progresivo, y que las autoridades habían allegado documentación que reflejaba las acciones llevadas a cabo en el INER para dar buenos servicios, dándose el caso de que los tres quejosos fueron dados de alta debido a la mejoría de su estado de salud, lo cual demuestra la calidad del servicio recibido (pp. 12-14). El juez desestimó igualmente los argumentos relacionados con la vulneración del derecho a la vida y, en cuanto a los efectos del contacto con otros enfermos, señaló que “el riesgo de infección cero en cualquier hospital no existe” (p. 16).

La Segunda Sala de la Corte enderezó —paradigmáticamente— las cosas. Haciéndose eco de lo que los recurrentes habían subrayado en vía de recurso, la cuestión no era, dijo la Corte, si se les ha dado tratamiento médico para la seropositividad al VIH sin exigirles un pago a cambio, sino si las condiciones en las que reciben tratamiento son adecuadas a la vista de las exigencias del derecho al nivel más alto posible de salud, y si la omisión de ejecución del proyecto del “pabellón 13” vulnera las obligaciones estatales de garantía y cumplimiento del derecho (pp. 42-51). Y la Corte, sobre la base de las normas constitucionales aplicables —de fuente interna y externa, como comentaremos con mayor detalle en el apartado que sigue— concluye que así es: que esas obligaciones han quedado violadas en el caso. La Segunda Sala considera probado que existen necesidades de garantía del derecho a la salud, en sus muchas dimensiones, derivado de las propias afirmaciones de las autoridades sanitarias. Y observa entonces que, a pesar de que no todas esas dimensiones de goce son de exigibilidad inmediata, el Estado tiene que demostrar que está adoptando acciones encaminadas a asegurar su disfrute progresivo y que está poniendo en uso el máximo de los recursos disponibles (pp. 51-55). En contraste con ello, lo único que la Sala encuentra en el expediente es la afirmación de las autoridades —ante el monto finalmente fijado para la construcción del pabellón: 302 millones de pesos— de que no existe el presupuesto necesario para llevar a cabo el proyecto. La Sala estima que esta afirmación, no acompañada de ulteriores documentos o elementos, no alcanza a mostrar que no se incumplen las obligaciones estatales relevantes y otorga el amparo (pp. 57-60). En la descripción de los efectos de la sentencia, la Corte dispone que el INER, junto con las autoridades implicadas de la Secretaría de Salud, debe tomar, en un plazo razonablemente breve, todas las medidas necesarias para salvaguardar, hasta el máximo de los recursos disponibles, el derecho a la salud —pudiendo ello concretarse en la remodelación del pabellón 4 o la construcción del proyectado pabellón 13—, sin que las simples afirmaciones no respaldadas de falta de recursos económicos puedan en momento alguno aducirse como motivo por el cual no se puede cumplir la sentencia (pp. 62 y 63).

Esta argumentación —cuyos principales nodos comentaremos con más detenimiento y por separado en las secciones que siguen— es destacable por numerosos motivos. Llama la atención, sin embargo, que la Sala acompañe la radical reorientación del análisis jurídico que efectúa con apelaciones a la perspectiva del juez de distrito como “desapegada a la litis en el juicio”, o a la errónea concreción del “motivo del diferendo” o del “punto jurídico” a dilucidar (pp. 42, 44, 50). Es obvio que lo que está ocurriendo es que el análisis jurídico desplegado por el juez de distrito refleja un entendimiento erróneo del contenido y alcance del derecho a la salud, y quizá la Sala podría haberlo dicho más claro, más didácticamente: la sentencia recurrida está mal porque parte de una premisa jurídica que vacía de contenido el derecho a la salud. En lugar de ello —con un modo de hacer que mantiene los puentes de continuidad con el análisis jurídico de cualquier amparo clásico que no protege derechos—, la Sala presenta neutralmente el problema, como si fuera un error “técnico” relativamente inocente de uno de esos jueces inferiores que (en México) siempre están en peligro de ser corregidos por los tribunales superiores.

### III. EL PAPEL CRUCIAL DE LAS FUENTES CONSTITUCIONALES EXTERNAS

Un pilar central de la fundamentación jurídica de *Pabellón 13* es que el alcance del derecho a la salud lo desprende la Suprema Corte de lo dispuesto por fuentes legales e interpretativas propias de la Constitución ampliada con las fuentes externas.

Aunque el análisis empieza con una referencia al texto del artículo 4o. constitucional y la cita de tesis propias de la Corte, el corazón del argumento se apoya en fuentes provenientes del derecho internacional de los derechos humanos —que en estos momentos, claro está, constituyen también derecho interno—. Muy centralmente, se cita el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 2o., que especifica las obligaciones estatales respecto de los derechos, y que la Corte adereza con una referencia extensa a la observación general núm. 3 del Comité DESC, que desarrolla su contenido y alcance. Se cita además la Observación General núm. 14, donde se identifican, *inter alia*, las dimensiones institucionales de goce del derecho a la salud, así como un documento del Comité DESC de 2007 cuyo objeto es esclarecer las implicaciones de la obligación de usar “hasta el máximo de los recursos disponibles”. Un poco más adelante, la Corte cita el artículo 2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 10 del Protocolo de San Sal-

vador, así como varios párrafos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*.

La Corte recurre a fuentes de origen internacional también cuando se refiere al VIH. Son documentos de la OMS los que se citan, en todo momento, para apoyar la descripción de qué son el VIH y el SIDA, cuál es el tratamiento que requieren, así como el particular desafío que supone, a la luz de los expertos, la vulnerabilidad de los portadores frente a enfermedades oportunistas y las particulares condiciones que ello impone en relación con el tratamiento de las personas con VIH en los centros donde concurren pacientes con otros padecimientos y enfermedades (pp. 39-42). De hecho, a medida que avanza la sentencia, el protagonismo de las normas de fuente externa se vuelve casi absoluto, aunque la Corte concluye elegantemente el análisis apelando a la Constitución, a las responsabilidades de los jueces bajo la misma y a la necesidad de hacerse cargo de la eficacia de los “derechos públicos subjetivos” que la misma consagra (p. 59).

A mi juicio, esta sentencia refleja con enorme claridad la valiosa función que desempeñan las fuentes externas para una Suprema Corte impregnada todavía de una cultura formalista, sin tradición en materia de protección de derechos. La Corte mexicana es una Corte que sigue necesitando las “letras” del derecho. La Corte es consciente del tipo de argumento que formulan los quejosos y no desvía la atención —a diferencia de lo que hizo el juez de distrito, guiado, por descontento, por los criterios de “evitación” propios de la jurisprudencia histórica—. Sabe que para resolver el caso debe interpretar el derecho a la salud a la luz del principio de progresividad, mencionado expresamente en el artículo 1o. de la Constitución. Pero ¿de dónde sale el contenido de ese derecho, más allá de lo dicho en los escasísimos precedentes propios sobre derecho a la salud, emanados de casos donde la cuestión no era centralmente la que planteaba la litis de *Pabellón 13*? Ahí es donde entran en juego los numerosísimos estándares desarrollados en la observación general 14 del Comité DESC; ahí está la afirmación de que la obligación de “cumplir” requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, *presupuestario* (subrayado en el original, p. 38), judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho; ahí está el documento del Comité DESC sobre cómo evaluar el cumplimiento de la obligación de destinar el máximo nivel de recursos disponibles, que apunta que el hecho de que los recursos sean limitados no es en sí mismo una justificación para no adoptar medidas, siendo necesario evaluar qué medidas deliberadas, concretas y orientadas al disfrute del derecho se han adoptado, o que debe quedar claro que se ha dado prioridad a las situaciones más graves o de riesgo; ahí está la sentencia *Ximenes Lopes*,

donde se destaca que el Estado tiene la responsabilidad de “fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos, de manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud”, así como la naturaleza imperativa de la adopción de medidas positivas y determinadas para atender las necesidades de las personas vulnerables.

*Pabellón 13* muestra entonces, paradigmáticamente, la enorme diferencia que ha hecho en el orden jurídico la reforma constitucional de 2011. El “nuevo derecho” mexicano —a diferencia de lo que ocurre en Colombia, de donde importó la expresión<sup>6</sup>— es un derecho constitucional de los derechos administrado por una Corte poco principal, poco interpretativista, poco dworkiniana, acostumbrada a la responsabilidad de administrar una Constitución que con frecuencia se parece más a un código que a una carta magna. En esa coyuntura, la combinación de las previsiones del artículo 1o. con los numerosos documentos de origen internacional que se refieren al goce de los derechos y sus modos de disfrute frente a poderes públicos y particulares le dan a la Corte lo que necesita: derecho indiscutiblemente positivo. Sabemos que la Corte no opera igual cuando percibe que las fuentes constitucionales internas y externas chocan entre sí —cuando existen “restricciones expresas” a los derechos en la Constitución, las cuales, según se dejó sentado en la CT 293/2011, bloquean la entrada en juego de las fuentes de derechos de origen internacional más favorecedoras desde la perspectiva del goce de los derechos—<sup>7</sup>. Cuando las fuentes constitucionales internas y externas están en armonía, en cambio, en la argumentación puede darse el tipo de alquimia virtuosa buscada sin duda alguna por los reformadores del artículo 1o. de la Constitución, en los términos que tan bien ilustra una sentencia como *Pabellón 13*.

Dicho sea de paso, las fuentes de origen internacional —la documentación experta de la OMS— también resultan centrales para el establecimiento ya no de la premisa jurídica, sino de la premisa fáctica, al permitir acreditar “objetivamente” el estado deficiente del tratamiento recibido por los quejosos en el pabellón 4 del INER no reformado.

<sup>6</sup> López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Legis, 2009, pp. 319-333.

<sup>7</sup> Sobre la relación entre fuentes internas y externas y el modo en que la Corte ha visualizado la interrelación entre derecho nacional e internacional, véase Pou Giménez, Francisca y Rodiles, Alejandro, “México”, en Palombino, Fulvio María (ed.), *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge University Press (en prensa).

#### IV. MODELO DE JUSTICIABILIDAD: LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACIÓN

¿Cuál es el modelo de justiciabilidad del derecho a la salud que maneja la Corte en *Pabellón 13*? ¿Cuál es el argumento específico o tipo de argumento específico al que la Corte otorga la función de marcar lo que distingue una situación de respeto y garantía del derecho de una situación de violación del derecho? En el panorama comparado es famoso, por ejemplo, el criterio acogido por la Corte Constitucional de Sudáfrica, que en el ámbito de los derechos sociales ha rechazado el constructo del “contenido esencial” en favor de un examen de razonabilidad y de formas de construcción de soluciones con un componente participativo en cuyo contexto las estructuras políticas y administrativas asumen importantes responsabilidades.<sup>8</sup> También es famoso el modelo de justiciabilidad del derecho a la salud respaldado por la Corte Constitucional colombiana durante muchos años, basado en la noción de “conexidad” (fundamentalmente con el derecho a la vida), abandonado en una famosa sentencia en beneficio de un modelo de justiciabilidad autónoma.<sup>9</sup> Igualmente conocida la aproximación “indirecta” de la Corte Interamericana a la efectividad de los derechos sociales, a reserva de lo que ocurra de aquí en adelante tras el giro interpretativo sobre el artículo 26 adoptado en el caso *Lagos del Campo*.<sup>10</sup> ¿Cuál es, entonces, visto desde el rico espacio de la garantía comparada de los derechos, la aproximación distintiva adoptada por la sentencia que comentamos?

---

<sup>8</sup> Para la primera enunciación del criterio véase *Government of the RSA v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) (vivienda); *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* 2002 (5) SA 721 (CC). Sobre la aproximación a la justiciabilidad característica de estas sentencias, Wesson, Murray, “Grootboom and Beyond: Reassessing the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court”, 20 *South African Journal on Human Rights* 284. Sobre las continuidades y diferencias entre estas sentencias y las de la segunda ola y una defensa de las segundas frente a las críticas de ser demasiado deferentes con los poderes públicos, véase Pieterse, Marius, “Socioeconomic Rights Adjudication and Democratic Urban Governance: Reassessing the Second Wave Jurisprudence of the South African Constitutional Court”, *Verfassung und Recht in Übersee* VRÜ 51, 2018, pp. 12-34.

<sup>9</sup> Véase Parra Vera, Óscar y Yamin, Alicia Ely, “La sentencia 760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Abeledo Perrot, 2013.

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lagos del Campo v. Perú*, excepciones preliminares, fondo, excepciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2017. Véase Ferrer MacGregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

A mi juicio, el modelo de justiciabilidad del derecho a la salud plasmado en *Pabellón 13* es comparativamente delgado. El argumento tiene tres grandes componentes: afirmación del alcance general del derecho a la salud más principio de progresividad y no regresividad más especial atención a grupos desfavorecidos, aunque como sostendré de inmediato, sólo el segundo constituye en mi opinión *ratio decidendi*. Estas tres piezas son importantes e interesantes, pero las particularidades del caso concreto —que lo convierten en un “caso fácil”— no permiten adivinar la postura que la Suprema Corte podría estar dispuesta a adoptar en casos más complejos, y dejan sin desarrollar puntos importantes.

La primera pieza —la descripción general del alcance del derecho a la salud a la luz de los estándares contenidos en las fuentes constitucionales internas y externas de los derechos— es importante porque constituye en sí misma una acotación enorme a la discreción potencialmente negadora de derechos de los poderes públicos. La definición del alcance del derecho ya no se hace derivar de lo que dispone la Ley General de Salud —como ocurrió durante tantos años en las sentencias de la Suprema Corte mexicana, que empezaban el análisis jurídico con una transcripción de lo que disponía “la ley reglamentaria de la materia”—, sino de un estándar que se les impone y que, en este caso, incluye por ejemplo la necesidad de garantizar un núcleo mínimo (por vía de la cita a las observaciones generales 3 y 14). *Pabellón 13* cambia el punto de partida del análisis sobre lo que implica garantizar el derecho a la salud y lo hace partir de un importante corazón de contenidos y obligaciones estatales. A diferencia de lo que han sugerido algunos comentaristas, sin embargo, a mi juicio no es el elemento que sostiene jurídicamente esta particular decisión: la Corte en ningún momento decanta un contenido mínimo de prestaciones (o un contenido mínimo de prestaciones para el caso de personas con VIH) y examina si las que han recibido los quejosos superan o no ese baremo. La Corte distingue entre obligaciones de cumplimiento inmediato (como la de no discriminar) y de cumplimiento progresivo, pero en ningún momento decanta un mínimo prestacional de cumplimiento inmediato que deba regir la resolución del caso.<sup>11</sup> Aunque el hecho de que la Corte mencione la existencia de un con-

---

<sup>11</sup> Gutiérrez Ortiz-Mena, Alfredo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México”, *cit.*, pp. 349-351, presenta *Pabellón 13* como un caso fallado sobre la base del paradigma del “contenido esencial”, en contraposición los casos de “medicamentos huérfanos” (el AR 932/2014, de 25 de marzo de 2015, entre otros), que habrían sido fallados bajo el paradigma de la necesidad de justificar la acción pública bajo estándares de razonabilidad. El autor destaca la distinción entre obligaciones de cumplimiento inmediato (entre las que se contarían las relativas a las necesidades de personas pertenecientes a colectivos especialmente desfa-

tenido esencial en la descripción abstracta del derecho no es irrelevante —y nos indica que parece decantarse en abstracto por un modelo que, por ese solo hecho, es ya distinto al adoptado, por ejemplo, por la Corte de Sudáfrica— en el contexto de este caso es un desarrollo *obiter dicta* que no fundamenta el sentido del fallo.

La segunda pieza —esa sí determinante para la resolución del caso— es el deber de destinar el máximo de los recursos disponibles para garantizar el derecho, bajo el paraguas del principio de progresividad. La Corte da operatividad al análisis de la siguiente manera. En primer lugar, viene a preguntarse si existe espacio para el avance en el disfrute del derecho, extremo que considera indiscutible a partir de las afirmaciones de las propias autoridades sanitarias, que habían declarado que las condiciones de atención que prevalecían en el INER infringían los estándares fijados por la OMS. Y posteriormente —y de ello hace depender su decisión— opera una inversión de la carga de la prueba o de la argumentación: constatado lo anterior, las autoridades tienen entonces que probar que han estado haciendo todo lo que han podido para solventar el problema hasta el máximo de los recursos disponibles.

El corazón argumental de *Pabellón 13* es, por consiguiente, una carga argumental. Que las autoridades no satisfacen, puesto que la encaran mediante la simple afirmación de que no disponen de recursos económicos para culminar la construcción. Fijémonos que se trata entonces de un caso fácil al menos por dos motivos. Primero, porque no están en disputa extremos que en otros casos sí podrían estarlo, como la situación deficiente de las instalaciones (“objetivamente” acreditada con referencia a documentos de la OMS) y el reconocimiento de las autoridades de que esas deficiencias existen (reconocimiento que en otros casos podría no darse). Y segundo, porque el esfuerzo argumental hecho por las autoridades en el caso es insuficiente más allá de toda duda razonable para demostrar que se están haciendo todos los esfuerzos posibles, dados los recursos disponibles. Lo que uno esperaría es que los casos futuros sean menos obvios. Llegará un momento en que las autoridades —ahora acostumbradas a la “impunidad” que les confiere el delgado escrutinio de que son objeto, por regla general, en vía de amparo— sí harán un esfuerzo argumental mayor, y para determinar si la obligación de progresividad y no regresividad queda o no satisfecha deberá hilarse mucho más fino.

---

vorecidos) y de cumplimiento progresivo. A mi juicio, destacar la existencia de obligaciones de exigibilidad inmediata no es equivalente a acoger un paradigma de contenido esencial y estimo que *Pabellón 13* no parte de esa delimitación sustantiva (y de la afirmación de su exigibilidad inmediata) para acometer la resolución del caso.

La Corte, en otras palabras, deja en gran medida pendiente la construcción del estándar de decisión que adopta. En casos donde sea menos obvio si el tratamiento médico satisface los estándares de accesibilidad, calidad, aceptabilidad, etcétera, o donde la evolución de las acciones de los poderes públicos desde la perspectiva del goce progresivo del derecho sea menos obvia, ¿qué es lo que exigirá la Corte? ¿Cuáles deben ser los puntos clave de la argumentación de las autoridades sobre progresividad y no regresividad? ¿Qué tipo de fines o de circunstancias podría excepcionalmente la autoridad sacar a colación para intentar justificar ausencia de fondos para un determinado proyecto? ¿Existen factores que ameriten que varíe la intensidad del escrutinio que haga la Corte al respecto? ¿En qué momento debe la autoridad dar sus argumentos? ¿Pueden las autoridades utilizar sólo elementos o actuaciones anteriores a la demanda de amparo, o pueden recurrir a los elementos que deseen para defender la razonabilidad y no regresividad de la acción pública al momento de judicializar el caso, o al contestar a los argumentos del quejoso en vía de recurso? No hay respuesta a estos interrogantes en *Pabellón 13*. La Corte —con apoyo en las mismas fuentes internacionales a las que recurre al acometer la caracterización general del derecho, por ejemplo— hubiera podido destacar los estrictos límites que tienen las autoridades a la hora de intentar justificar la inacción cuando ello perjudica el disfrute de los derechos y la estricta excepcionalidad de cualquier actuación que no satisfaga el estándar de progresividad. En este punto, la argumentación de *Pabellón 13* es, sin duda, excesivamente minimalista.<sup>12</sup>

La tercera pieza del argumento de fondo de *Pabellón 13* es una alusión a la especial atención que merece la garantía de los derechos de personas pertenecientes a colectivos desfavorecidos. La sentencia menciona esta dimen-

---

<sup>12</sup> En su análisis de esta sentencia, Alejandro González Piña destaca la relevancia de la inversión de las cargas probatorias tradicionales, cuyo respeto hubiera puesto “un obstáculo injustificado para acceder a la justicia, ya que la prueba de estos hechos implica acceder a información en poder de la autoridad”. En la línea de lo aquí señalado, sin embargo, también echa en falta un mayor desarrollo: “La Sala podría haber abundado en el sentido de que, para justificar su incumplimiento, la autoridad no solo debía demostrar la ausencia de recursos sino que aquellos disponibles fueron asignados a satisfacer otro derecho humano cuya importancia relativa de satisfacción era mayor” (énfasis en el original). Este autor sostiene que una consecuencia metodológica de la adopción del principio de progresividad parece ser la necesidad de desplegar un escrutinio estricto de los actos reclamados y destaca que la sentencia no realiza un test de proporcionalidad. Véase “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, III (5), pp. 486-487. A mi juicio, las posibilidades metodológicas son más amplias y habría que ponderar cuidadosamente los pros y los contras de adoptar un test tan exigente como el escrutinio estricto, pero es claro en cualquier caso que los esfuerzos para esbozar “en positivo” un estándar sustantivo de justificación son, en *Pabellón 13*, inexistentes.

sión como parte del derecho aplicable, pero en realidad no parece marcar una diferencia en la construcción de la solución jurídica del caso. ¿Podría la Corte tratar diferente las cargas procesales o argumentativas, o los mínimos de goce del derecho, por ejemplo, cuando la violación al derecho a la salud impacta sobre los miembros de ciertos colectivos? Se trata de cuestiones que, de nuevo, la Corte no afina en *Pabellón 13* y que sin duda serán claves en la consolidación de la judicialización del derecho.

## V. DERECHOS, REMEDIOS, MONITOREO

*Pabellón 13* es una sentencia que no sólo otorga el amparo, sino que se toma en serio la idea de que una resolución judicial que protege derechos debe incluir un apartado dedicado a detallar los cambios que deben ocurrir en el mundo para que mundo y normas queden convenientemente alineados. En el apartado dedicado a explicitar los “efectos del amparo”, la Corte, como adelantamos, determina que, “dentro de un plazo razonablemente breve”, las autoridades deben tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho a la salud de los quejosos, hasta el máximo de los recursos disponibles. Dice que deberán considerar qué medidas son las más apropiadas para evitar que las personas con VIH/SIDA estén expuestas a riesgos de infecciones oportunistas, y que las mejoras pueden llevarse a cabo mediante la remodelación de las instalaciones existentes o la construcción de un nuevo pabellón, en el entendido de que el estándar debe ser siempre asegurar el más amplio disfrute del derecho, a la vista del máximo de los recursos disponibles, y que “las alusiones a la limitación de recursos por parte de las responsables tendrán que encontrarse plenamente acreditadas con los medios conducentes, pues de lo contrario no tendrán valor alguno para justificar la falta de exacto cumplimiento al fallo protector” (pp. 62 y 63).

Desde esta perspectiva, *Pabellón 13* es también una sentencia destacable. Aunque la “fijación de los efectos” es un apartado que muchas sentencias de amparo han incluido tradicionalmente, lo que la Corte (o el Colegiado) suele ordenar son actuaciones de tipo procesal (revocar la sentencia recurrida e instar al juzgador a reexaminar el caso a la luz de los estándares sustantivos fijados, instar a resolver de nuevo sin tener en cuenta cierta prueba, etcétera). Desde hace algunos años, la Corte mexicana ha dictado alguna sentencia que va más allá, como en el caso de *Mariana Lima*, algún caso de discriminación laboral precontractual en el mercado de trabajo o, recientemente, la sentencia que obliga al Poder Legislativo a legislar en materia de publi-

ciudad oficial.<sup>13</sup> Su postura en cuanto a qué exactamente puede hacerse en términos de “remedios” o confección de resolutivos en la vía de amparo sigue siendo, sin embargo, zigzagueante y hay algunos amagos de retroceso.<sup>14</sup>

En ese contexto, hay que destacar lo innovador en el contexto mexicano del remedio estipulado en *Pabellón 13*, pero también su carácter “conservador”, “moderado” o “blando”, cuando es analizado desde la perspectiva de lo que los tribunales constitucionales latinoamericanos actuales están haciendo. Como ha sido destacado, las altas cortes de los países de América Latina han sido a menudo notablemente innovadoras tanto respecto de los parámetros sustantivos de análisis utilizados como respecto del tipo de órdenes que decretan y del diseño de su camino de ejecución.<sup>15</sup> Las altas cortes de la región con frecuencia han analizado las violaciones que tenían delante como reflejos de patrones estructurales que requieren intervenciones por parte de un amplio abanico de actores políticos y sociales, en el contexto de patrones complejos de acción, que se prolongan en el tiempo. Los autores han destacado que estos ejercicios pueden ser leídos como una instancia de jurisdicción constitucional “dialógica” en cuyo contexto la intervención de las altas cortes no se piensa como unilateral, sino centralmente orientada a desencadenar acción por parte de las otras ramas del poder público, con frecuencia con el acompañamiento y la participación de los peticionarios y otros grupos de la sociedad civil.<sup>16</sup> La idea es que el incumplimiento de

---

<sup>13</sup> Véase AR 554/2013 (35 de marzo de 2014) (adopción de resolutivos que atienden a las distintas dimensiones de la reparación integral de una sentencia relacionada con el feminicidio de Mariana Lima Buendía); ADR 992/2014 (12 de noviembre de 2014) (obligación de las empresas de adoptar medidas preventivas y disuasorias en el ámbito de la no discriminación laboral contractual y precontractual) o AR 1359/2015 (15 de noviembre de 2017) (obligación de legislar en materia de publicidad oficial). Véase Quintana Osuna, Karla, “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día?*, México, diciembre de 2016.

<sup>14</sup> Véase AR 706/2015 (1 de junio de 2016).

<sup>15</sup> Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, 2008; Bergallo, M. Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Editores del Puerto, 2006; Rodríguez-Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, 89 *Texas Law Review* 1669 (2011); Cabo, Natalia Ángel, “La Constitución y la ciudad. Reflexiones en torno al experimentalismo judicial en clave urbana” (trabajo no publicado en poder de la autora).

<sup>16</sup> Gargarella, Roberto, “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”, en Besson, Samantha y Martí, José Luis (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, 2006; Gargarella, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores, 2014; Niembro Ortega,

los derechos detectado por los tribunales genere un esquema de acción en la que los representantes de las mayorías tengan un papel relevante en la confección de las medidas orientadas a superar ese incumplimiento, en un marco coordinado y supervisado por las cortes, las cuales, a veces, dejan la jurisdicción abierta y hasta establecen unidades específicas para dar seguimiento a los avances e incidencias de la ejecución del fallo.

Además de registrar estos desarrollos, los estudios sociojurídicos latinoamericanos han desarrollado categorías muy útiles para enriquecer el análisis del potencial impacto transformativo de las sentencias de las altas cortes. César Rodríguez-Garavito y Diana Rodríguez-Franco insisten, por ejemplo, en la importancia de adoptar una perspectiva amplia que esté atenta tanto a los efectos directos y materiales de las sentencias como un amplio abanico de efectos indirectos y simbólicos, muchas veces postergados en el tiempo.<sup>17</sup> Estos autores señalan que es crucial estar atento a tres distintas dimensiones de las sentencias que, individualmente y en su interrelación mutua, parecen influir poderosamente en su impacto social: la fundamentación jurídica y lo que en ella se dice respecto del contenido y alcance de los derechos; las órdenes y remedios que la Corte dispone al final de la sentencia, y la existencia o no de un mecanismo para monitorear su cumplimiento.<sup>18</sup> A la luz de los casos que estudian de Colombia y de otros países del llamado Sur Global —y que son, ojo, todos casos estructurales— estos autores aventuran que la fórmula que parece estar más cerca de asegurar un resultado positivo es la de “derechos fuertes”, “remedios débiles” y “monitoreo fuerte”.<sup>19</sup>

Desde la matriz analítica que acabamos de citar, *Pabellón 13* es una sentencia con derechos fuertes, remedios débiles —aunque, en todo caso, novedosos en el contexto mexicano— y monitoreo inexistente. Se trata de una sentencia de “derechos fuertes” porque, como hemos visto, es enfática respecto de la afirmación de la fuerza normativa del derecho a la salud y recurre a las fuentes normativas e interpretativas más autorizadas para construir y presentar un derecho robusto y de amplio alcance. En comparación con la contundencia de la fundamentación, sin embargo, los remedios parecen débiles y tímidos. Dado el peso que la Segunda Sala confiere a los dichos de las autoridades sanitarias sobre la situación en el INER, y dado que estas autoridades habían concluido que construir un pabellón nuevo era

---

Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

<sup>17</sup> Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión*, Siglo XXI Editores, 2015, caps. 3-7.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 29-34.

<sup>19</sup> *Ibidem*, cap. 8, especialmente pp. 236-237.

una opción mejor que remodelar el existente, la opción que la Corte acaba ofreciéndoles en el sentido de poder hacer cualquiera de las dos cosas parece incongruente —una flexibilidad innecesaria—. De igual modo parece injustificadamente flexible que, desde la perspectiva temporal, la sentencia se limite a decir que deben adoptarse medidas “dentro de un plazo razonablemente breve”. Es cierto que en México está previsto un procedimiento para cuando hay problemas de inejecución —los quejosos pueden interponer un “incidente de inejecución” ante la inacción de las autoridades o una “inconformidad” ante lo que estimen una ejecución defectuosa—. Pero de todos es sabido que se trata de una vía muy farragosa (la reforma de que fue objeto en la nueva Ley de Amparo de 2013 es altamente insuficiente) que funciona mal. La Suprema Corte no tiene obstáculos legales para ser más innovadora respecto a esta importante dimensión del acceso a la justicia y la protección judicial.

La Segunda Sala alude al final de la fundamentación jurídica de la sentencia a las relaciones entre distintas ramas del poder en la realización de la Constitución y avanza una especie de defensa anticipatoria a posibles críticas; “si bien en principio los tribunales no deben sustituirse en las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto hace a la elaboración de las políticas públicas y en la asignación de recursos”, dice la Sala, “lo cierto es que es la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige al Poder Judicial que contraste la actuación de dichos órganos democráticos con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y los tratados de derechos humanos” (p. 58). En un argumento de regusto hamiltoniano (el *Federalista* 78), la Corte destaca que “la Constitución es un documento que refleja las aspiraciones del pueblo”, cuyo objetivo es “mejorar la calidad de vida de los gobernados a través de la consolidación de una nueva estructura de justicia social”, lo cual hace ya no sólo permisible, sino obligado que la Corte garantice la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contiene (p. 59). Dada la mesura de los resolutivos y la claridad de la solución jurídica que reclamaba el caso, parece una precaución innecesaria. Los estudios sociojurídicos anteriormente citados recomiendan “remedios débiles” para los casos estructurales, para evitar posibles errores técnicos de los jueces respecto de cuestiones que no conocen suficientemente, o para congregar a actores cuya intervención es necesaria para preservar la factura democrática de las decisiones. Pero dado lo acotado del problema y lo claro de la solución jurídica que se imponía decretar, en *Pabellón 13* la Corte tenía margen para ser más “vertical”, puntual e insistente. La Corte parece, en otras palabras, ser deferente por los motivos equivocados: no dispone un remedio débil por respeto a la dignidad de-

mocrática de las ramas mayoritarias y la necesidad de construir la solución jurídica del caso de un modo más participativo y multipolar —en la línea propugnada por los paradigmas dialógicos—, sino por temores antiguos: para no resultar demasiado alborotadora (incluso en un caso en donde lo que debe ordenar no implica una disrupción grande de las decisiones adoptadas a nivel legislativo y ejecutivo).

Con todo, *Pabellón 13* debe ser celebrada por no contener huella de un argumento que ha sido letal para la garantía de los derechos durante décadas y décadas: el argumento según el cual la prescripción de ciertos resolutivos es inviable porque implicaría dar efectos generales al amparo. Este argumento ha sido una auténtica máquina de expulsión de personas y de reclamos de justicia. El artículo 61 (antes 73) de la Ley de Amparo incluye en su fracción XXIII una cláusula residual según la cual el amparo no procede “en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o de esta Ley”. Y lo que los tribunales han hecho consuetudinariamente ha sido desechar *in limine* el amparo siempre que hallen cualquier pequeña base para “adivinar” que la resolución del problema jurídico planteado exigirá tomar medidas que podrían tener efectos más allá de las partes, en contradicción con la “fórmula Otero”, según la cual el amparo tiene efectos *inter partes*. El análisis ha estado mediatizado por una inversión patológicamente: como adivino que el resolutivo puede tener algún efecto más allá de las partes, mejor no entro a estudiar el caso —mejor no hago siquiera el intento de proteger los derechos en juego—.

En contraste con ello, *Pabellón 13* decide bien: la única manera de proteger el derecho a la salud de los quejosos es, efectivamente, obligar a las autoridades a culminar la remodelación o la construcción de las nuevas instalaciones (que obviamente y por suerte, beneficiarán colateralmente también a pacientes que no han judicializado el caso). No estaría mal, con todo, que la Corte se sintiera llamada a enfatizar explícitamente la importancia de este nuevo modo de ver las cosas cuando tenga una oportunidad. En *Pabellón 13* la didáctica al respecto se dejó para otra ocasión. En México ya nadie discute la justiciabilidad de los derechos sociales; pero hasta que la Corte no se convenza de que el diseño del amparo no es obstáculo para adoptar medidas con efectos *inter comunis* —con efectos sobre los que están en la misma situación que los quejosos— o con efectos generales —transformadores de la realidad que generó la violación—, cuando son necesarios para proteger los derechos de los quejosos en el caso, la garantía de los derechos no será una realidad. En este sentido, *Pabellón 13*, una sentencia con efectos generales colaterales, es un paso enorme.

## VI. ANTES Y DESPUÉS DE *PABELLÓN 13*

*Pabellón 13*, como está implícito en el criterio de los coordinadores de este libro, es la más apropiada, entre todas las sentencias de salud, para ser señalada como “sentencia hito” en el contexto de la jurisprudencia mexicana sobre derechos. Nos permite, para empezar, quitar presión a *Mininuma*, que fue sin duda una sentencia valiente, noble y rompedora de un juez de distrito, actuando sin guía ni cobertura de los superiores, pero cuya argumentación no reviste la sofisticación de los ingredientes constitucionales que la judicatura tiene hoy en día a la mano.<sup>20</sup> Nos permite, en segundo lugar, suplementar referencias a *Isssteson* y otros casos en que los aspectos del derecho a la salud abordados son muy puntuales y acotados.<sup>21</sup> Nos permite, adicionalmente, dejar de lado *Soliris* y otros casos de medicamentos huérfanos, que abordan una dimensión central del derecho —la provisión de medicinas necesarias para el tratamiento de ciertas enfermedades en el sistema público de salud— pero en un contexto fáctico (un medicamento muy caro, producido por poderosas farmacéuticas) que deforma las condiciones mayoritarias esperadas del litigio constitucional en materia de salud en un país como México.<sup>22</sup>

Pero *Pabellón 13* tiene que ser, sobre todo, un hito desde el cual documentar y reconstruir lo que ha pasado posteriormente, a nivel de justicia-bilidad de derechos. Tres son, a mi juicio, las direcciones principales en las que es necesario hacer el rastreo. La primera dirección de rastreo seguiría la huella de elementos argumentativos transversales como el principio de progresividad, tan central en la resolución del caso, o el principio de especial protección de los miembros de grupos especialmente favorecidos. En la reconstrucción de la línea jurisprudencial sobre progresividad y no regresividad, por ejemplo, un caso posterior que habría que analizar junto a *Pabellón 13* es sin duda el caso de 2015 sobre derecho a la educación en Guanajuato,

---

<sup>20</sup> Sentencia 1157/2007-II, del 11 de julio de 2008, juez séptimo de distrito del estado de Guerrero. Sobre esta decisión, véase, por ejemplo, Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, “El caso *Mininuma*: un litigio estratégico para la justicia-bilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 251, 2009.

<sup>21</sup> *Isssteson* (18 de marzo de 2009). Se declara inconstitucional un artículo del Reglamento del ISSSTE de Sonora que condicionaba la afiliación al sistema de seguridad social en salud a que la persona estuviera sana, por ser contrario a la prohibición de discriminación por motivos de salud y violatorio del derecho a la salud. Véanse, como ejemplo, de casos de incursión puntual, el AR 314/2012 (regulación de la publicidad de tabaco), el AR 584/2013 (responsabilidades regulatorias del Estado sobre los hospitales privados) o el AR 513/2015 (comercialización de cigarrillos electrónicos).

<sup>22</sup> ADR 315/2014 (17 de septiembre de 2014) y AR 932/2014 (25 de marzo de 2015).

en el cual la Corte sostuvo que la decisión del estado de cancelar la gratuidad de la educación universitaria anteriormente reconocida vulneraba el principio de progresividad,<sup>23</sup> o el desafortunado caso de la “Ciudad de las Artes”, donde la Corte usa de nuevo la combinación contenido esencial más principio de progresividad y no regresividad, pero concluye que la no finalización de un proyecto ya parcialmente ejecutado y presupuestado no es reprochable porque no vulnera el núcleo esencial del derecho a acceder a bienes y servicios culturales.<sup>24</sup>

Una segunda dirección es, sin mayor complicación, la línea de justiciabilidad del derecho a la salud o de alguna de sus dimensiones en específico, tanto frente al Estado como frente a los particulares. Hay que continuar y profundizar el análisis cuantitativo y cualitativo de los casos, siguiendo la senda de los pocos ejercicios que se han emprendido hasta ahora y contrastando lo que resulta de comparar la justiciabilidad del derecho en geografías constitucionales diversas. Comparar, por ejemplo, la imagen del derecho que se esboza en *Pabellón 13* con la imagen del derecho que se esboza en el caso reciente sobre la transfusión de sangre a una niña rarámuri gravemente enferma de leucemia cuyos padres son testigos de Jehová<sup>25</sup> —un caso de conflicto de derechos donde la función de garantía del Estado cambia y en el que, por cierto, también está presente el elemento transversal que apela a la especial protección de las necesidades de las personas pertenecientes a grupos desfavorecidos—. E integrar el resultado a un ejercicio de mapeo todavía más amplio orientado a reconstruir la institucionalización y garantía del derecho a la salud por todas las vías —no sólo la judicialización— partiendo de una imagen robusta de lo que este derecho tiene el potencial de incluir.<sup>26</sup>

La tercera dirección de exploración es, finalmente, la que se centra en los tipos de resolutive que la Corte ha decretado. Aunque la Corte ha dic-

<sup>23</sup> AR 750/2015 (20 abril 2016). Sobre el uso del principio de progresividad y no regresividad en México, véase García Reyes, Pablo Raúl, “El principio de progresividad de los derechos humanos: una nueva perspectiva en el debate sobre la invalidez de las reformas a la Constitución” (tesis de Maestría, Maestría en Derechos Humanos y Garantías, ITAM, 2019).

<sup>24</sup> AR 566/2015 (15 de febrero de 2017).

<sup>25</sup> AR 1049/2017 (8 de agosto de 2018). Pueden consultarse ejercicios de rastreo de la justiciabilidad del derecho a la salud en México en Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, *op. cit.*, nota 3, pp. 312-363; Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *op. cit.*, nota 1, pp. 517-532; Cobo y Charvel, *op. cit.*, nota 2.

<sup>26</sup> Una excelente propuesta sobre los contornos normativos del derecho a la salud, entendido en estos términos amplios, puede encontrarse en Lema Añón, Carlos, *El derecho a la salud como derecho social*, IDH Bartolomé de las Casas-Dykinson, 2010.

tado algunas resoluciones que dan órdenes concretas a los poderes públicos y ha innovado en general en materia de confección de resolutivos, no tiene una práctica consistente, en parte porque la comunidad jurídica no monitorea tampoco de forma consistente esta dimensión ni denuncia los muchos casos en los que los tribunales siguen fallando sin incluir soluciones adecuadas a nivel de resolutivos.<sup>27</sup>

## VII. EL LITIGIO DE SALUD EN EL MUNDO Y EL LARGO CAMINO A CASA

*Pabellón 13* es una sentencia que, efectivamente, constituye un hito en el ámbito de la justiciabilidad del derecho a la salud en México. Se fundamenta en una versión poderosa de nuestra Constitución de los derechos y es consecuente con la apertura externa del ordenamiento constitucional tras la reforma de 2011, aunque recurre a los documentos normativos esperables y no hay citas sofisticadas a discusiones sobre el tema en el derecho comparado. Todo lo que se dice es correcto, pero medido o contenido. Quizá no era necesario más. Uno de los problemas de la sentencia es, sin duda, que resuelve un caso obvio —demasiado fácil—. Un caso que se falla sobre la base del principio de progresividad, sí, pero en un contexto en el cual las autoridades habían reconocido por escrito las falencias y habían dado pasos encaminados a ejecutar lo que los quejosos —ante su final inacción— reclaman ante la Corte.

Aunque la sentencia falla bien, entonces —en el sentido de que fallar lo contrario hubiera sido trágico— es una sentencia que, vista desde la perspectiva comparada, nos invita más bien a pensar en los atrasos y limitaciones de la garantía judicial del derecho a la salud en este país. Como *Minimuma*, *Isssteson*, o los varios casos de salud reproductiva que existen, se trata de un caso que se judicializa de la mano de una ONG de litigio de interés público, confirmando la persistencia de un grado mínimo de acceso a la justicia para el común de las personas. Sus fundamentos jurídicos son correctos, pero en todo momento discretos. Sus mayores fortalezas son, sin duda, invertir la carga de la argumentación y responsabilizar al Estado de dar razones sustantivas y detalladas por sus acciones —y otorgar el amparo en el caso concreto por no haber satisfecho el Estado esta exigencia— y ordenar la remodelación/construcción del pabellón sanitario, un tipo de resolutivo que, si se generaliza, puede dar una segunda vida al amparo como vía de garantía constitucional que hasta ahora no ha servido para garantizar casi

---

<sup>27</sup> Para un primer e importante ejercicio de rastreo en esa dirección, véase Quintana Osuna, Karla, “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos...”, *cit.*

nada. Su mayor debilidad es que es demasiado minimalista respecto de los exigentes estándares que deben superar las razones del Estado —cuando las dé— en casos en que está en juego el principio de progresividad y no regresividad. El entendimiento que deja traslucir de las funciones del Poder Judicial respecto de la garantía de los derechos, en relación con las funciones de otros foros políticos y deliberativos, tiene un tinte rudimentario a la luz de los desarrollos de las últimas décadas de litigio constitucional en algunos países latinoamericanos o en Sudáfrica. Y sus resolutivos —aun con apuntar, como he destacado, en la dirección correcta— son inexplicablemente tímidos a la luz de la estructura procesal y sustantiva esencialmente clásica del litigio y dejan entrever los miedos de una Corte que no ha hecho todavía ninguna incursión seria en el litigio complejo propio de tantos casos constitucionales contemporáneos.

La sociedad mexicana, muy progresivamente, empieza a callarse menos. Hay una creciente difusión de información sobre cifras estratosféricas de muerte materna en hospitales públicos, muerte de bebés, discriminación, carencias sufridas cotidianamente por millones y millones de personas.<sup>28</sup> Y no tenemos un litigio constitucional que refleje siquiera una punta mínima de este iceberg gigantesco. Intervenciones judiciales correctas del año 2014, como *Pabellón 13*, podrían haber sido intervenciones judiciales de 1984 en muchos lugares del mundo. Aunque en México hemos avanzado, lo hemos hecho —lo estamos haciendo— a un ritmo ridícula y trágicamente lento, y no tenemos todavía una masa crítica de casos suficiente para poder decantar una aproximación distintiva a la justiciabilidad de este importante derecho.

---

<sup>28</sup> Sobre las cifras de muerte materna, por ejemplo, véanse los informes temáticos de GIRE (<https://gire.org.mx/informes/>). Sobre el caso recientemente difundido de muerte masiva de bebés en el IMSS de Sinaloa en los años 2014 y 2015, véase: <http://contralacorruccion.mx/esperarlavidaencontrarlamuerte/>.

## ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 499/2015 (SOYA TRANSGÉNICA) RELATIVA AL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN EL MARCO DEL AVANCE DE LA FRONTERA EXTRACTIVA SOBRE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS EN MÉXICO\*

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS\*\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Elementos teóricos y de contexto para comprender los impactos del avance de la frontera extractiva sobre los territorios de los pueblos indígenas. III. Interpretación evolutiva del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en el derecho internacional de los derechos humanos. IV. Contexto jurídico local en el que se enmarca la sentencia. V. Análisis de la sentencia 499/2015. VI. Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como principal objetivo analizar la sentencia 499/2015<sup>1</sup> cuya discusión de fondo es el contenido y alcance del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado (DCCPLI) en México. La sentencia es relevante debido a que se trata de uno de los pocos fallos dictados en la materia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en un contexto muy adverso para los pueblos y comunidades indígenas del país, fundada en los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, y de la que se han desprendido criterios interpretativos que podrían comenzar a ser invocados por tribunales de menor jerarquía dentro del Poder Judicial de

---

\* Este artículo se escribió de forma paralela a un documento titulado “Informe sobre la Situación del Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado en México” en colaboración con la organización Due Process of Law Foundation en coautoría con Edmundo del Pozo.

\*\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> SCJN, Amparo en revisión 499/2015, del 4 de noviembre de 2015.

la Federación. Estos cuatro elementos ya son suficientes para que este fallo se convierta en un objeto relevante de investigación jurídica; sin embargo, lo que lo reviste de mayor interés es el posible impacto que la decisión podría tener sobre la vida cotidiana de los pueblos originarios y sus comunidades, así como por las consecuencias jurídicas que podrían derivar de ella. Para comprender lo primero conviene exponer en el trabajo algunos de los elementos del marco económico político en el que dicha sentencia ha sido dictada; por lo que se refiere a lo segundo, interesa describir el alcance actual del DCCPLI en el derecho internacional y con base en ello el sentido interpretativo que la SCJN eligió dar a ese derecho a través de la sentencia que será analizada.

Para abordar los temas y problemas anunciados, el trabajo se encuentra dividido en cuatro grandes apartados. El primero tiene como objetivo central contextualizar la discusión de la sentencia y su propósito es ubicar al lector/lectora en el marco general actual en el que se encuentra la discusión sobre los territorios indígenas frente al modelo de desarrollo. Como es obvio, el alcance y trascendencia práctica de los pronunciamientos de los tribunales se comprenden mejor cuando se exponen algunos de los factores, históricos, políticos y económicos en los que estos se inscriben. Partimos del supuesto según el cual las sentencias no son pronunciamientos aislados sobre justicia, ajenos a las relaciones sociales sobre las que éstas se pronuncian, sino que forman parte de amplios procesos de discusión en los que se encuentran en juego múltiples elementos de la vida social. El segundo apartado dirige su atención sobre el contenido y alcance jurídico del DCCPLI, haciendo énfasis en los avances interpretativos más recientes ocurridos en el derecho internacional de los derechos humanos respecto de los elementos que conforman el derecho a la consulta;<sup>2</sup> este apartado funge como parámetro de comparación que ayuda a contrastar y comprender la posición jurídica de la SCJN frente al derecho internacional de los derechos humanos en relación con la consulta. El tercer apartado brinda un panorama general respecto del contexto de incumplimiento de las obligaciones de consulta por parte de las autoridades mexicanas. El cual es advertido por diversos organismos internacionales quienes instan al Estado a garantizar la observancia de los procesos de diálogo y acuerdo entre pueblos y autoridades. Por último, en el cuarto apartado se analiza la sentencia, su estructura, los elementos que la conforman, los temas que aborda y la posición que la SCJN decide asumir frente al derecho que aquí se analiza.

---

<sup>2</sup> La denominación “derecho a la consulta” se utilizará en este trabajo como fórmula resumida del nombre completo: Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado (DCCPLI) con el propósito de evitar repeticiones.

## II. ELEMENTOS TEÓRICOS Y DE CONTEXTO PARA COMPRENDER LOS IMPACTOS DEL AVANCE DE LA FRONTERA EXTRACTIVA SOBRE LOS TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Las sentencias que han sido dictadas por la SCJN durante los últimos años relativas al derecho a la consulta se inscriben en un marco de relaciones económicas y socio-territoriales muy adverso para la supervivencia de los pueblos y comunidades indígenas que habitan en México. Por un lado, existe una deuda histórica que la nación mexicana tiene con sus pueblos por haber permitido —y en ocasiones fomentado— su sometimiento a procesos de exclusión y dominación cultural que en la actualidad se siguen expresando a través de la pobreza<sup>3</sup> y la discriminación<sup>4</sup> que predomina en la mayoría de las comunidades que los conforman. A lo anterior debemos sumar el hecho de que en las últimas tres décadas los gobiernos de turno en México ha promovido el despliegue de los más variados proyectos extractivos, a todo lo largo del país, con tecnología renovada, que avanzan día con día, casi sin obstáculo,<sup>5</sup> sobre los territorios que habitan los pueblos y comunidades indígenas: minería a cielo abierto, explotación de los bosques, trasvases de agua y apropiación de fuentes subterráneas, explotación de gas e hidrocarburos, apropiación del paisaje por la hotelería, urbanización sin controles. Todos ellos están provocando la degradación de los entornos naturales de los que los pueblos dependen, están generando fuertes tensiones al interior de sus asambleas e incluso la ruptura de sus lazos comunitarios, están permitiendo la ocupación y el despojo de sus

<sup>3</sup> De acuerdo con el estudio sobre la evolución de la pobreza en México 2010-2016 realizado por Coneval, el porcentaje de la población en situación de pobreza en el país en 2016 fue de 43.6%; sin embargo, en ese mismo año, la población hablante de lengua indígena en situación de pobreza fue de 77.6%. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/Comunicado-09-Medicion-pobreza-2016.pdf>.

<sup>4</sup> De acuerdo con la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017, el porcentaje de población de 18 años y más que opina que en el país se respetan poco o nada los derechos de los pueblos originarios es el 65%, siendo el tercer porcentaje más elevado, sólo por debajo de las personas trans y las personas gays o lesbianas. Disponible en: [https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/PcionENADIS2017\\_08.pdf](https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/PcionENADIS2017_08.pdf).

<sup>5</sup> Salvo las resistencias que deciden emprender los propios pueblos para la defensa de sus territorios como el caso del pueblo Wixárika contra las mineras en Wirikuta, el de los Yaquis contra el Acueducto Independencia, los de los pueblos Náyeri y Wixárika contra la Presa Tres Cruces, el de los pueblos Nahuas y Totonacos de la Sierra Norte de Puebla contra las mineras y las hidroeléctricas, el de los Rarámuris contra los proyectos turísticos de las Barrancas del Cobre y un largo etcétera. Mayores detalles sobre más de 160 luchas recientes por el territorio en: Paz Salinas, María Fernanda, “Luchas en defensa del territorio: reflexiones sobre los conflictos socioambientales en México”, *Acta Sociológica*, México, núm. 73, mayo-agosto de 2017, pp. 197-219.

bienes comunes (tierra, manantiales, cultivos, lugares ceremoniales) e incluso su desplazamiento fuera de sus lugares ancestrales.

Para comprender la trascendencia de una sentencia como la que aquí se ha decidido analizar es importante explicar el alcance de los daños y las afectaciones que están padeciendo los pueblos debido a las nuevas tecnologías extractivas que impactan de forma grave sus formas de vida y desarrollo propio.

Para hacerlo, es útil aprovechar el concepto *neoextractivismo* que se ha posicionado con fuerza en el debate académico de las ciencias sociales y que ayuda a explicar uno de los rostros más violentos del modelo de desarrollo económico adoptado por muchos de los gobiernos de América Latina al inicio del siglo XXI.<sup>6</sup> El concepto ahonda en la explicación sobre los procesos de mercantilización y financiarización de la naturaleza a escala global y la apertura de una nueva etapa de re-primarización de las economías latinoamericanas. Sirve también para comprender que, desde la década de los años ochenta del siglo pasado, se ha producido una fuerte avanzada de los mercados sobre tierras y territorios, donde pueblos y comunidades lograron conservar una gran riqueza en materia de recursos naturales, genéticos y de biodiversidad (semillas, agua, minerales, flora, bosques, fauna). Debido a la combinación de fenómenos tales como las crisis recurrentes por sobreacumulación, la necesidad de encontrar nichos alternos de mercado, el desarrollo de nuevas tecnologías y el fuerte despegue de economías como la china, dichas tierras y territorios se han convertido en nuevos objetivos estratégicos de empresas nacionales y transnacionales en favor de las cuales los Estados del sur global han modificado leyes y Constituciones para facilitar la entrega de bienes comunes naturales al mercado global de los *commodities*. Como resultado de ello, se ha ido imponiendo una nueva división internacional del trabajo, que está acentuando aún más las diferencias y asimetrías entre los países del centro y la periferia, y que está provocando —como lo ha señalado Svampa— cambios importantes en el “modelo de acumulación que ha intensificado de forma drástica la expansión de grandes proyectos económicos y de infraestructura que buscan el control, la extracción y la exportación para la circulación internacional de bienes naturales a gran escala”.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Lander, Edgardo, *El neoextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones*, Fundación Heinrich Böll Stiftung, 2014; Composto, Claudia, “Acumulación por despojo y neoextractivismo en América Latina; una reflexión crítica acerca del Estado y los movimientos socio-ambientales en el nuevo siglo”, *Astrolabio*, Argentina, Nueva Época, núm. 8, 2012.

<sup>7</sup> Svampa, Maristella, “Consenso de los *Commodities*, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América latina”, *OSAL*, Buenos Aires, año, XIII, núm. 32, noviembre de 2012.

El neoextractivismo también se refiere al hecho de que esta forma renovada de extracción de bienes comunes, cada vez más escasos y frecuentemente no renovables, se está produciendo dentro de territorios que antes eran considerados como “no productivos”; tierras y territorios que estaban fuera del radar de los mercados. Si bien es cierto que desde el periodo de la Colonia las tierras de América han estado sometidas a una fuerte presión extractiva, esta nueva fase del extractivismo no es como la del periodo de la Colonia ni como la de mediados del siglo pasado, centrada en la minería y el petróleo. Los rostros de este nuevo embate son mucho más agudos y se manifiestan en la explotación y control forestal (incluso de la fotosíntesis para ingresarla en las bolsas de valores a partir de los bonos de carbón), los agronegocios basados en monocultivos, la compra masiva de tierras, megaproyectos turísticos y de espectáculo, la mega minería a cielo abierto, grandes presas y trasvases hídricos, introducción masiva de plantaciones transgénicas, parques eólicos o *fracking*, entre otros,<sup>8</sup> que además de permitir la (re)apropiación y explotación masiva de bienes comunes, pueden convertirse en soluciones espacio temporales a las crisis de acumulación de las últimas décadas.<sup>9</sup>

El conjunto de todas estas gigantescas inversiones se ha ido traduciendo en una vertiginosa reconfiguración de los espacios indígenas y hace avanzar una nueva división territorial que repercute en una desigual distribución de los costos y los beneficios entre los actores que están involucrados: los mayores costos para los sectores más vulnerables de la sociedad y los beneficios para los más acaudalados. En este sentido, Composto explica que:

...la instalación de megaproyectos extractivos implica la completa reconfiguración de los territorios de destino, subsumiendo las relaciones sociales, productivas, ecológicas y políticas a una lógica puramente instrumental que conlleva la ruptura de lazos comunitarios, la destrucción de las economías regionales, la pérdida de diversidad cultural y la degradación de las condiciones ambientales.<sup>10</sup>

Uno de esos grandes proyectos es la siembra extensiva de monocultivos en millones de hectáreas en América Latina. Esta práctica agrícola supone cultivar un único tipo de planta en toda una propiedad o región determinada. Este modelo de siembra industrial se caracteriza por la producción

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>9</sup> Harvey, David, *El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión*, Socialist register, 2004, p. 100.

<sup>10</sup> Composto, *op. cit.*, p. 338.

a gran escala que requiere prácticas de producción intensiva, detrás del cual existen inmensos aportes de capital (en muchas ocasiones de empresas transnacionales), biotecnología y paquetes agrotecnológicos para el control de plagas. En muchas ocasiones la producción está orientada a mercados internacionales. Este modelo agrícola industrial, que comenzó a ser impulsado desde la década de los años cincuenta del siglo pasado, ha recibido muy fuertes críticas por los daños que provoca sobre las comunidades campesinas locales y pueblos indígenas. Como ha sido documentado en fechas recientes, dicho modelo provoca grandes y polémicos procesos de concentración y control sobre las tierras, el agua y otros bienes comunes fundamentales para la reproducción de la vida indígena y campesina. En muchas ocasiones provoca el desalojo de los pueblos de sus tierras ancestrales, contaminación grave de los suelos, destrucción de los entornos ambientales, así como precarización de las economías locales que se puede traducir en una fuerte presión para tener que migrar a otras regiones.<sup>11</sup> En tanto que muchos de dichos monocultivos están fuertemente relacionados con el uso de organismos genéticamente modificados, a todo lo anterior hay que sumar los riesgos de alteraciones sobre la diversidad biológica de las zonas afectadas, la sanidad animal y vegetal, así como el peligro de dispersión de semillas genéticamente modificadas en áreas donde no está permitida la liberación.<sup>12</sup>

Es importante destacar que el impulso y desarrollo de muchos de los grandes proyectos arriba señalados se está imponiendo en territorios indígenas, ejidos o comunidades (bienes comunales) donde la noción individual de la propiedad no es siempre la dominante. Muchas de las mega obras o proyectos de inversión aterrizan en espacios regulados bajo el régimen de propiedad colectiva, donde sobrevive una consciencia de lo común, existe una tradición de trabajo comunitario (tequio) y de toma de decisiones conjuntas bajo esquemas ensamblarios.<sup>13</sup> En otras palabras, no sólo se están afectando bienes comunes, consolidados durante el periodo posrevolucionario, que se protegieron jurídicamente frente a las lógicas del mercado y la apropiación individual, sino que se trastornan las relaciones políticas, sociales y culturales de quienes ahí habitan. Como es bastante obvio (cuando menos para cualquier abogado), todo lo anterior se encuentra enlazado de forma indis-

---

<sup>11</sup> Un texto que documenta distintos procesos de degradación de las condiciones de vida de poblaciones originarias como resultado del uso de monocultivos en: Emanuelli, María Silvia *et al.*, *Azúcar roja, desiertos verdes*, FIAN, HIC, diciembre de 2009.

<sup>12</sup> La propia sentencia que aquí se analiza, en el apartado de Considerandos, da cuenta de algunos de los riesgos vinculados al uso de biotecnología en la siembra de monocultivos.

<sup>13</sup> En el caso mexicano, más de la mitad del territorio nacional está regido por los ejidos y comunidades que son las dos formas previstas de propiedad colectiva de la tierra.

luble con muchos de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo tanto, una de las consecuencias inmediatas del avance de la frontera extractiva es la violación generalizada de los derechos humanos de millones de personas. No es casual que la propia Suprema Corte de Justicia haya decidido publicar en fecha reciente un protocolo de actuación para casos relacionados con grandes proyectos de desarrollo<sup>14</sup> donde se abordan estos graves problemas.

### III. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya se adelantó en párrafos anteriores, el avance del neoextractivismo también ha ido generando procesos de defensa de los derechos que no sólo incluye estrategias de movilización ciudadana y defensa ante tribunales, sino también esfuerzos de incidencia en instituciones (garantías primarias) para impulsar normas que los protejan y los garanticen al interior de los Estados o para hacer avanzar estándares internacionales, a partir de una interpretación evolutiva, que permita ampliar el alcance y contenido de los derechos. Es el caso del derecho a la consulta que, después de haber sido reconocido de manera formal en el artículo 6o. del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>15</sup> (Convenio 169), se ha ido precisando y robusteciendo a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>16</sup> (DNUDPI) así como de interpretaciones elaboradas por comisiones de expertos, comités, relatorías especiales de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano así como por tribunales internacionales y regionales, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El objetivo principal de este apartado es dar cuenta de esos avances, retomando algunos de los estándares más relevantes, vinculantes para México,<sup>17</sup> y centrando nuestra atención en la relación que existe entre el derecho a la consulta y el consentimiento, que es uno de los

<sup>14</sup> Véase: *Protocolo de Actuación para Quiénes Imparten Justicia en Casos Relacionados con Proyectos de Desarrollo e Infraestructura*, México, SCJN, 2014.

<sup>15</sup> Disponible en: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf).

<sup>16</sup> Disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf).

<sup>17</sup> Hay que recordar que a partir de la reforma constitucional al artículo 1o. de la Constitución llevada a cabo el 11 de junio de 2011, los tratados internacionales hoy tienen rango constitucional y constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional.

aspectos más relevantes de este derecho y uno de los temas centrales que abordó la sentencia 499/2015.

Como ya dijimos, los instrumentos jurídicos de mayor relevancia en la materia son dos: el Convenio 169, por ser un tratado vinculante hacia los Estados, y la DNUDPI, que goza de un muy amplio consenso a nivel internacional al haber sido ratificada por 143 países después de que durante veintidós años se discutiera su contenido para lograr tan amplia aceptación.

Aunque el Convenio 169 reconoce el derecho a la consulta en varios de sus artículos (6o., 15.2, 17, 22, 27 y 28), en este trabajo nos interesa comenzar por el artículo 6o. del mismo, que es el más amplio y ayuda a identificar con mayor precisión algunos de los elementos clave que estructuran al derecho, así como algunas de las obligaciones que los Estados parte asumen frente al mismo. A partir de la lectura de dicho artículo es posible entender en qué casos se debe consultar a los pueblos, cómo se les debe consultar, a quiénes se debe consultar y bajo qué principios fundamentales.

El texto del artículo establece que

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
  - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
  - b)...
  - c)...
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En relación con la pregunta: ¿en qué casos se debe consultar a los pueblos?, la respuesta que ofrece el Convenio es muy clara: siempre que se prevean medidas legislativas (reforma constitucional, ley, reglamento, norma oficial, etcétera) o administrativas (acto, permiso, concesión, licencia, etcétera) susceptibles de afectarles directamente. Es importante destacar este mandato debido a que la Segunda Sala de la SCJN decidió fijar una posición distinta en la sentencia 499/2015 que se analizará más adelante.

En relación con las preguntas: ¿cómo se debe consultar a los pueblos y bajo qué principios? Interesa subrayar que el Convenio establece que las consultas deberán cumplir con cuatro principales elementos: *a)* procedimientos apropiados; *b)* instituciones representativas; *c)* buena fe, y *d)* tener como finalidad lograr el consentimiento de los consultados. Estos cuatro

elementos han sido complementados por otros cuatro, no establecidos de forma explícita por el Convenio pero que han sido desarrollados por distintos órganos especializados, facultados para interpretar el Convenio. Estos cuatro criterios son que la consulta debe ser: *e*) previa; *f*) libre; *g*) informada, y *h*) culturalmente adecuada. Analicemos de forma muy resumida cada uno de estos ocho elementos de la consulta.

- a) *Procedimientos apropiados*: este elemento exige a los Estados que respeten a las autoridades, los mecanismos y los tiempos que los pueblos utilizan para tomar sus decisiones (sus autoridades, estructuras y mecanismos tradicionales), así como sus tiempos. Es muy común que por la prisa que tienen los gobiernos y otros actores por hacer avanzar los proyectos, se presione a los Pueblos a resolver la consulta en una sola reunión, de pocas horas, o de forma expedita. Como lo ha señalado el Comité Tripartito, esto sería contrario al Convenio 169 en tanto que se “deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos puedan llevar a cabo sus procedimientos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”.<sup>18</sup>
- b) *Instituciones representativas*: aun cuando los órganos especializados de la OIT han reconocido la dificultad que puede suponer determinar quiénes, o qué órganos, son los representantes de toda una comunidad o un pueblo,<sup>19</sup> múltiples instituciones han insistido en que “...si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”.<sup>20</sup> En el ámbito Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado que “la representación de los Pueblos debe ser definida de conformidad con sus propias tradiciones”.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Informe Comité Tripartito, Caso UWAS Doc. GB/282/14/3], párr. 74, *ibidem*, p. 543.

<sup>19</sup> Gutiérrez, Rodrigo, *Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México. Un primer acercamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2564/28.pdf>.

<sup>20</sup> Informe del Comité Tripartito [caso Shuar], Doc. GB.282/14/2, párr. 44.

<sup>21</sup> CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, *cit.*, párr. 306, p. 119. El argumento lo retoma de la Corte Interamericana en el caso del pueblo de Saramaka, donde estableció “que es el pueblo de Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes lo representarán”.

- c) *Buena fe*: este elemento exige que las consultas se lleven a cabo con el objetivo genuino de establecer un diálogo constructivo y de entendimiento entre el Estado y el pueblo. Para ello es fundamental que el diálogo se produzca en un marco de respeto y reconocimiento mutuo que permita llegar a acuerdos comunes<sup>22</sup> a través de la plena participación de los afectados.
- d) *Lograr el consentimiento*: la pregunta sobre si el derecho internacional de los derechos humanos obliga o no a los Estados a obtener el consentimiento de los pueblos cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, es la que mayores discusiones ha generado. Sin embargo, a partir de la aprobación de la DNUDPI en 2007, diversos órganos especializados de los sistemas universal e interamericano han consolidado la interpretación según la cual, en varios supuestos, los Estados sí están obligados a obtener el consentimiento. Los supuestos son los siguientes: a) con fundamento en el artículo 10 de la DNUDPI los Estados deben lograr el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos antes de proceder a cualquier traslado de sus tierras o territorios; b) igualmente, con base en el artículo 29.2 de la Declaración, los Estados no podrán permitir que se eliminen o almacenen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos sin su consentimiento; c) en tercer lugar, con fundamento en lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Saramaka vs. Surinam*, los proyectos a gran escala sólo pueden ser impulsados en los territorios de los pueblos si estos últimos otorgan su consentimiento después del proceso de consulta. El párrafo 137 de la sentencia estableció que:

Adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado...<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Informe del Comité Tripartito [caso Shuar], Doc. GB.282/14/2, párr. 38.

<sup>23</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, apartado E.2.a, párr. 137.

Estos tres supuestos han sido reforzados por distintos órganos especializados quienes han ido reiterando a través de su interpretación que la obtención del consentimiento debería ser la regla general que oriente cualquier consulta. Ha sido la postura de la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU en algunos de sus pronunciamientos oficiales.

Por ejemplo, en 2003, Rodolfo Stavenhagen señaló en su *Informe sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas* que “en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”.<sup>24</sup> En fecha mucho más reciente, desde esa misma Relatoría, la señora Tauli-Corpus, a partir de una visita *in loco* que realizó a México, estableció en las conclusiones de su informe final que

Cualquier consulta sobre actividades o medidas que pudieran afectar a los pueblos indígenas debe ser previa y se debe proporcionarles información adecuada sobre los impactos sociales, ambientales y culturales de dichos proyectos, y posibles medidas de mitigación, indemnización y beneficios. No debe procederse sin que se hayan implementado dichas garantías y se haya obtenido su consentimiento libre, previo e informado. Los pueblos indígenas cuyos derechos hayan sido vulnerados por dichos proyectos deben obtener justicia y una reparación integral.<sup>25</sup>

En un sentido similar se han pronunciado órganos del Sistema Interamericano. Es el caso, como ya lo dijimos, de la Corte en el caso *Saramaka* pero también de la CIDH que en 2015 insistió en un informe sobre poblaciones indígenas y actividades extractivas que la regla general que debe orientar a la consulta es la obligación de obtener el consentimiento. Así lo subrayó en el párrafo 179 del informe al establecer que “...el objetivo de todo proceso consultivo debe ser llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento”. En el siguiente párrafo continúa la CIDH con la misma idea destacando que “...Este es un requisito básico que se encuentra en distintos instrumentos internacionales. Así, en varias disposiciones específicas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se reitera

---

<sup>24</sup> Stavenhagen, Rodolfo, *Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, E/CN.4/2003/90, párr. 66, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4359.pdf?view=1>.

<sup>25</sup> Informe de la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, A/HRC/39/17/Add.2, 28 de junio de 2018, p. 17 (énfasis añadido).

el deber de consultar con el fin de obtener el consentimiento”.<sup>26</sup> La preocupación de la CIDH en esta materia frente al proceder de los Estados es tal, que en el párrafo 181 de ese mismo informe se refiere al deber de ajustar, o incluso cancelar los proyectos a partir de los resultados que se obtengan de la consulta.<sup>27</sup> Para este trabajo también es importante subrayar que en ese mismo informe la Comisión profundizó el análisis de las situaciones que requieren el consentimiento de los pueblos indígenas impactados, y desarrolló pautas de interpretación para definir cuándo un proyecto puede ser considerado como de “gran escala”, a partir de la magnitud del mismo, volumen e intensidad de la afectación sobre el territorio y el impacto humano y social de la actividad. En el ámbito extractivo, la CIDH ha dicho expresamente que las actividades de extracción de hidrocarburos (gas y petróleo), así como la extracción en el marco de la minería metálica, son ejemplos de actividades de gran escala que requieren no sólo la consulta, sino el consentimiento de las comunidades o pueblos que habitan el territorio en donde se pretenda realizar el proyecto.<sup>28</sup>

Como se puede observar, a partir de una interpretación evolutiva del Convenio 169 y la DNUDPI, distintos órganos especializados en derechos humanos han ido construyendo estándares que relacionan de forma estrecha la consulta con el consentimiento, exigiendo en varios supuestos que la obtención de este último sea una obligación para los Estados.

Los cuatro criterios anteriores han sido complementados —a partir de la interpretación del Convenio realizada por órganos expertos— por cuatro criterios más, que son los siguientes:

- e) *Previa*: uno de los elementos fundamentales de la consulta es el carácter previo de la misma. Ello es clave si se toma en cuenta que muchas de las decisiones o actos estatales que afectan los territorios de los pueblos se toman antes de iniciar cualquier contacto o diálogo con las comunidades. En los casos de grandes obras de infraestructura es muy común que la autorización de concesiones, permisos, manifestaciones de impacto, etcétera, se otorguen o aprueben sin haber establecido ningún tipo de comunicación con los potenciales afectados. Por esa razón, distintos órganos expertos han expresado que las co-

---

<sup>26</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 180.

<sup>27</sup> *Ibidem*, párr. 181.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párr. 108.

munidades deben participar “lo antes posible del proceso, incluso en la realización de impacto ambiental”.<sup>29</sup> La propia CIDH ha especificado que la consulta, para ser previa, “debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos... se deben desarrollar “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”.<sup>30</sup>

- f) *Libre*: un sexto requisito indispensable es el carácter libre de la consulta, lo que supone que éstas deben llevarse a cabo “sin coerción, intimidación ni manipulación”.<sup>31</sup>
- g) *Informada*: es importante que la consulta cuente con la información adecuada para que los pueblos puedan comprender los objetivos, envergadura, alcances, ritmo, zonas afectadas, posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como los sujetos que habrán de intervenir en el proyecto que se pretende poner en marcha.<sup>32</sup> Lo adecuado de la información implica que esta sea clara, suficiente y accesible (traducida a la lengua originaria). Por lo anterior, ha sido necesario precisarlo en tanto que en muchas ocasiones las dependencias de los Estados involucradas en las consultas deciden enviar inmensos paquetes de información técnica, en formatos inaccesibles y en lenguas que les resultan ajenas a los afectados. Una consulta informada no puede reducirse a la mera entrega de información. En tal sentido, se requiere que el Estado acepte y brinde información que por lo menos abarque los siguientes aspectos.
- h) *Culturalmente adecuada*: de acuerdo con este último elemento, los procesos de consulta deben tomar en cuenta los métodos tradicionales

---

<sup>29</sup> Informe del Comité Tripartito [caso Shuar], Doc. GB.282/14/2, *op. cit.*, párr. 38, p. 550.

<sup>30</sup> CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, *cit.*, párr. 302, p. 118.

<sup>31</sup> Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, E/C.19/2005/3, disponible en: <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/absgtle-03/information/absgtle-03-inf-03-es.pdf>.

<sup>32</sup> Véase OIT, CEACR: Observación Individual sobre el Convenio Núm. 169, pueblos indígenas y tribales, 1989 Bolivia, 2005; foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005; James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrs. 21 y 23.

que tiene cada pueblo para la toma de sus decisiones, así como sus propias formas de representación. Para la CIDH esto exige, como mínimo "...que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente".<sup>33</sup> De acuerdo con la Corte IDH y con la OIT, la adecuación del proceso de consulta también supone una dimensión temporal que tenga en cuenta el respeto a las formas indígenas y sus tiempos de decisión.<sup>34</sup>

#### IV. CONTEXTO JURÍDICO LOCAL EN EL QUE SE ENMARCA LA SENTENCIA

Para los objetivos de este trabajo interesa subrayar que la mayoría de estos elementos del derecho han sido muy poco observados por las autoridades mexicanas. La anterior afirmación se basa en el trabajo de documentación que han realizado organizaciones de la sociedad civil a través de misiones de observación en algunos de los casos más relevantes de consulta en el país,<sup>35</sup> así como en un conjunto amplio de observaciones y recomendaciones realizadas por diversos organismos especializados en derechos humanos que al llevar a cabo visitas *in loco* en el país han identificado algunos patrones de violación del DCCPLI y por ello han hecho múltiples llamados al Estado mexicano exigiendo que cumpla con los estándares internacionales en esta materia.

Por ejemplo, en 2006, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (después de analizar el informe presentado por el gobierno mexicano) realizó una recomendación sobre el tema en los siguientes términos:

---

<sup>33</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 diciembre 2015, párr. 207.

<sup>34</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 203, y OIT, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 79.

<sup>35</sup> En las siguientes páginas se pueden encontrar los resultados de las Misiones Civiles de Observación que han documentado algunos de los procesos más relevantes de consulta en el país, entre ellos el de la Soya Transgénica en la península de Yucatán que es la que aborda la sentencia aquí analizada. Disponible en: <https://observacionconsultayaqui.wordpress.com/>; <https://consultaindigenajuchitan.wordpress.com/>, y <http://consultaindigenamaya.org/>.

El Comité insta al Estado Parte a que consulte debidamente a las comunidades indígenas y locales afectadas por el proyecto de la represa hidroeléctrica La Parota u otros proyectos a gran escala en las tierras y territorios que poseen, ocupan o usan tradicionalmente, y a que procure obtener su consentimiento fundamentado previo en cualquier proceso conducente a la adopción de decisiones en relación con estos proyectos que afecten a sus derechos e intereses amparados por el Pacto, en consonancia con el Convenio de la OIT N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en Estados independientes.<sup>36</sup>

Por su parte, la CIDH, en el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, elaborado a partir de una visita *in loco*, realizada al país entre septiembre y octubre de 2015, identificó como principal problema de los pueblos indígenas el siguiente:

Las graves violaciones a los derechos humanos en contra de los pueblos y comunidades indígenas en México se dan en dos áreas principales: violencia en el contexto de megaproyectos en tierras y territorios ancestrales autorizados sin el debido proceso de consulta y consentimiento previo, libre e informado;<sup>37</sup>

Dos párrafos más adelante, insiste la Comisión:

Cuando se trata de violencia en territorios o comunidades indígenas donde se ubican grandes proyectos, el común denominador es el otorgamiento de permisos o concesiones sin la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, lo que suele desencadenar conflictos sociales y a la postre generar violencia, e incluso cobrar vidas.<sup>38</sup>

Por otra parte, el grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos en su informe sobre la visita que llevó a cabo en México entre agosto y septiembre de 2016 recomendó al Estado mexicano que

Garantice la celebración de consultas previas e informadas con las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo y operaciones empresariales, que deberán iniciarse lo antes posible en el proceso de determinación de los diseños de los proyectos y de evaluación de sus efectos, entre otras cosas impartiendo instrucciones a los funcionarios públicos acerca de este requisito;

<sup>36</sup> E/C.12/MEX/CO/4, párrafo 28.

<sup>37</sup> CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, 31 de diciembre de 2015, párr. 252. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>.

<sup>38</sup> *Idem*.

c) Adopte medidas adicionales para asegurar el cumplimiento, en la práctica, de las normas internacionales sobre el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.<sup>39</sup>

Por su parte, el relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michel Forst, en su visita reciente al país en enero de 2017 se expresó de la siguiente manera:

...En muchas ocasiones, las consultas son una simple formalidad para proyectos que ya han comenzado a implementarse. Aliento fuertemente a las autoridades mexicanas a garantizar el consentimiento informado, libre y previo de comunidades indígenas como se establece en la convención ILO 169. Los procesos de consulta deben ser significativos con el fin de garantizar la protección y respeto de los derechos de las comunidades indígenas, en total cumplimiento con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas indígenas.<sup>40</sup>

Finalmente, en fecha aún más reciente, la relatora de pueblos indígenas de la ONU, la señora Tauli-Corpuz, en una conferencia de prensa citada el 17 de noviembre de 2017 para dar detalles sobre su visita a México señaló que:

“...los pueblos indígenas no están siendo apropiadamente consultados, de acuerdo con los estándares internacionales, sobre proyectos y otras decisiones que afectan sus derechos...”. Por lo que urgió al Gobierno mexicano a “adoptar medidas decisivas para mostrar un verdadero compromiso para cumplir con los derechos de los pueblos indígenas”.<sup>41</sup>

Como puede observarse, tanto las misiones civiles de observación realizadas por las organizaciones no gubernamentales, como los pronunciamientos de los más variados organismos especializados, dan cuenta de conductas reiteradas por parte de las autoridades del Estado mexicano que se están traduciendo en la violación recurrente de los elementos centrales del DCCPLI. En este marco, no se puede hablar de casos aislados, sino de un patrón recurrente de violaciones que visibiliza un problema estructural que urge ser resuelto en el país.

---

<sup>39</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México, 27 de abril de 2017, A/HRC/35/32/Add.2, parr. 108 b).

<sup>40</sup> Informe del relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a México, 12 de febrero de 2018, A/HRC/37/51/Add.2, p. 11.

<sup>41</sup> Disponible en: <http://unsr.taulicorpuz.org/site/index.php/es/press-releases/206-mexico-impunidad>.

Frente a ello, la intervención del Poder Judicial, y sobre todo la de la SCJN, resulta clave, tomando en cuenta dos elementos. Por un lado, que la Corte es el máximo órgano de administración de justicia y última garantía a nivel nacional para la protección de los derechos humanos. Por otro, que los pueblos no sólo han sido sometidos a procesos de exclusión histórica y dominación cultural (que prevalecen hasta la fecha), sino que en la actualidad están viviendo la ocupación sobre sus territorios en un marco de profunda desigualdad de poder frente a inmensos emprendimientos privados que buscan desarrollar grandes proyectos lucrativos que en muchos casos ponen en riesgo la vida de las comunidades y se impulsan de forma ilegal, contraviniendo los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos.

Tomando en cuenta todo eso, analicemos cuál fue la postura de la SCJN en la sentencia 499/2015.

## V. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 499/2015

La discusión jurisdiccional sobre el problema de la soya transgénica en la península de Yucatán se ha producido a través de múltiples sentencias de amparo dictadas por la SCJN a partir de diversas demandas que han sido presentadas en distintos estados de dicha península (Yucatán, Campeche y Quintana Roo) por una variedad amplia de quejosos quienes han interpuesto cerca de una decena de amparos.<sup>42</sup>

Si bien los actores de las demandas, los argumentos en las sentencias y las resoluciones emitidas por el más alto tribunal guardan algunas semejanzas entre sí, también existen diferencias importantes entre ellas. En este texto hemos decidido centrar nuestra atención en la sentencia 499/2015 debido a los elementos que la caracterizan (que ya han sido señalados en el apartado introductorio de este trabajo) y sobre todo por la línea argumental que la Segunda Sala de la Corte construyó en relación con el derecho a la consulta, el impacto significativo y el consentimiento previo, libre e informado.

Veamos algunos antecedentes generales de todos los juicios de amparo arriba señalados. Lo primero que tienen en común es ser instrumentos de defensa frente a las acciones emprendidas por la empresa Monsanto Co-

---

<sup>42</sup> Amparo en revisión 198/2015 presentado en el estado de Yucatán; los amparos en revisión 921 y 923/2015 presentados en Quintana Roo; los amparos en revisión 241, 270, 410, 498, 499 y 500 presentados en el estado de Campeche.

mercial, S.A. de C.V. (Monsanto) interesada en poder liberar al ambiente, en fase comercial, soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato (*Glycine max L.*) en 253,000 hectáreas en cinco polígonos ubicados en la península de Yucatán, Chiapas y la planicie Huasteca.

Un segundo antecedente general es la promulgación, en marzo de 2005, de la Ley de Bioseguridad y Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM). En dicha norma se previó que para que un organismo genéticamente modificado (OGM) pudiera ser liberado al ambiente a través de su siembra con objeto de comercializarlo, se deberían superar dos etapas previas: siembra experimental y siembra piloto. Como lo establece dicha ley, cada una de esas etapas requiere el permiso correspondiente de las autoridades responsables. Monsanto fue avanzando en el proceso de obtención de los dos primeros permisos y el 17 de febrero de 2012 presentó una solicitud ante la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa)<sup>43</sup> para solicitar la liberación de dicha leguminosa, en etapa comercial, en 47 municipios que ocupaban las 253,000 hectáreas señaladas; 60,000 de esas hectáreas se encuentran en la península de Yucatán distribuidas en los estados de Campeche, Yucatán y Quintana Roo.

La ruta administrativa prevista por la ley para otorgar un permiso que habilite a un particular a liberar transgénicos al ambiente en fase comercial exige varios dictámenes y opiniones de diversos entes gubernamentales.<sup>44</sup> En este caso intervinieron múltiples dependencias hasta que el 5 de

---

<sup>43</sup> De forma específica ante la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuícola y Pesquera.

<sup>44</sup> El procedimiento completo fue el siguiente. En primer lugar, la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuícola y Pesquera de la Sagarpa remitió, el 21 de febrero de 2012, la solicitud presentada por Monsanto a la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental (DGIRA) de la Semarnat para que esta emitiera su dictamen. Esta dependencia señaló que no veía ningún impedimento para otorgar el permiso a pesar de que el Instituto Nacional de Ecología (INE) y la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio) habían considerado inviable su otorgamiento por el riesgo en que colocaban a reservas y áreas naturales protegidas. En segundo lugar, el 23 de febrero de 2012 la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria remitió copia de la solicitud a la Dirección General de Sanidad Vegetal, de la Sagarpa, la que también se pronunció a favor de otorgar el permiso. El 29 de febrero, ambas direcciones de la Sagarpa remitieron copia de la solicitud a la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de OGM para que ésta inscribiera el acuerdo en el Registro Nacional de Bioseguridad para OGM y en paralelo enviaron dos oficios con la solicitud a la Dirección de Servicio de Inspección y Certificación de Semillas de la Sagarpa y a la Dirección General de Vinculación y Desarrollo Tecnológico para que también emitieran sus opiniones. La primera autoridad respondió el 14 de marzo que no veía impedimentos y la segunda, en el mismo sentido, el 21 de marzo de 2012. Teniendo la aprobación de todas estas dependencias, la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria de la Sagarpa puso la solicitud de Monsanto a disposición del público para que en caso de que alguna persona

junio de 2012 la Sagarpa, a través de sus direcciones de Inocuidad Agroalimentaria y Sanidad Vegetal, determinaron otorgar a Monsanto el permiso BOO.04.03.02.01-4377 para liberar soya transgénica *Glycine max L.* resistente al glifosato que se convirtió en el principal acto reclamado de la sentencia que aquí se analiza.<sup>45</sup>

Veintidós días después de que se otorgara dicho permiso (el 27 de junio de 2012), diversas personas tanto físicas como morales, pertenecientes al Pueblo Maya, asentadas en el estado de Campeche y dedicadas principalmente a la apicultura, presentaron un amparo indirecto para impugnarlo.<sup>46</sup> Conviene resaltar, por el debate que esto generará al resolver la sentencia, que el amparo fue presentado por cinco personas físicas y por cinco asociaciones productoras de miel.<sup>47</sup>

Las autoridades a las que demandaron fueron seis: el titular de la Sagarpa; el titular del Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria; el titular de la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuícola y Pesquera; el titular de la Semarnat; el titular de la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental y el titular de la Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental.

Los argumentos de los quejosos se desarrollaron en torno a múltiples preocupaciones que se vertieron en distintos conceptos de violación. En primer lugar, se distinguió entre los daños que habrían de ser producidos por el uso del glifosato en la siembra de soya transgénica, y los daños que la soya habría de producir sobre la apicultura. En relación con lo primero, se subrayaron los riesgos que implica para la salud humana y el medio ambiente el uso del pesticida y cómo con ello el otorgamiento del permiso contravenía el principio precautorio. En relación con lo segundo, se destacó que la siembra de soya transgénica habría de afectar una práctica ancestral del Pueblo Maya y además uno de los principales medios de subsistencia de las

---

decidiera manifestarse, pudiera hacerlo. Transcurrido todo este proceso y habiendo recuperado las opiniones de los distintos entes administrativos, la SAGARPA a través de sus direcciones de Inocuidad Agroalimentaria y Sanidad Vegetal determinaron otorgar a Monsanto el permiso BOO.04.03.02.01-4377 para liberar soya transgénica *Glycine max L.* resistente al Glifosato que se convirtió en el principal acto reclamado de la sentencia que aquí se analiza.

<sup>45</sup> Los quejosos también impugnaron el Dictamen S.G.P.A./D.G.R.I.A./3530 emitido por la DGIRA el 11 de mayo de 2012.

<sup>46</sup> Los municipios afectados en Campeche habrían de ser: Champotón, Hecelchakan, Holpechén, Tanabo, Calkini, Escárcega, Carmen y Palizada.

<sup>47</sup> Miel y Cera de Campeche S.S.S. de R.L., Koollel Kab S. de R.L., Productores Unidos LOL K'AX S.S.S., Productos de Miel Real El Panal de Suc-Tuc S.C. de R.L. de C.V. y Unión de Apicultores Indígenas Cheneros S.S.S.

comunidades.<sup>48</sup> Por todo lo anterior, la siembra de la soya *Glicine max L.* afectaría múltiples derechos económicos, sociales, culturales y ambientales establecidos en la Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos: el derecho a la salud, al medio ambiente, derechos culturales, el derecho al trabajo, etcétera.

En segundo lugar, se argumentó que la decisión estatal de permitir la liberación comercial de soya transgénica se estaba tomando sin consultar a los principales afectados, y que por ello se atentaba contra la libre determinación de los pueblos, el derecho que tienen a decidir sobre su propio desarrollo, a participar en las decisiones estatales que les afectan, y que por todo ello se había vuelto a incurrir en una práctica estatal discriminatoria al no tomar en cuenta la opinión de quienes habrían de padecer las mayores consecuencias por la siembra, y sobre todo de grupos que históricamente han sido excluidos de los procesos de toma de decisiones estatales.

En tercer lugar, se alegó que se afectaría el trabajo y la supervivencia económica de muchas comunidades indígenas cuya principal actividad laboral era la producción de miel, violando con ello el derecho al trabajo de miles de personas, establecido en la Constitución y los tratados internacionales.

Todas esas consideraciones se tradujeron al lenguaje de los derechos humanos y en la demanda de amparo indirecto se alegó que la emisión del permiso 4377 se traducía en la violación de varios artículos establecidos en la Constitución mexicana<sup>49</sup> y en tratados internacionales<sup>50</sup> que reconocen el derecho a la salud, al trabajo, al medio ambiente, así como los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación y a la consulta previa, entre otros.

La demanda de amparo fue aceptada y turnada al juez segundo de distrito del estado de Campeche con número de expediente 762/2012. El 27 de enero de 2014 dicho órgano otorgó el amparo dejando insubsistente el permiso impugnado. En contra de ello la empresa Monsanto, las autorida-

---

<sup>48</sup> Esto último debido a que la mayor parte de la miel producida en la Península de Yucatán es exportada hacia países europeos donde existen muy fuertes restricciones a productos contaminados con polen de plantaciones transgénicas. La miel producida por las comunidades mayas se contamina debido a que las abejas liban en las flores de la soya y el polen contamina el producto final.

<sup>49</sup> Los artículos 1o., 2o., 4o., 5o., 6o., 14, 16, 26 y 123 de la Constitución mexicana.

<sup>50</sup> Los artículos 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 8o. del Convenio 169 de la OIT; 5o., 13, 21 y 23 1.a) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; el 25 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el 6o., 11 y 12 del Protocolo de San Salvador; y el 6o., 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

des responsables señaladas en el amparo, y el Ministerio Público interpusieron diversos recursos de revisión para impugnar la sentencia. Para responder a ello los quejosos interpusieron el recurso de revisión adhesivo previsto por el artículo 83 de la abrogada Ley de Amparo.

El recurso recayó en el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito en el estado de Campeche, radicándolo bajo el número 266/2014. Dicho tribunal decidió dos cosas: *a*) modificar la sentencia del juez de distrito y sobreseer el juicio de amparo respecto a cinco autoridades, dejándolo subsistente frente a la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuicola y Pesquera por ser la responsable de expedir el permiso; *b*) solicitar a la SCJN que ejerciera su facultad de atracción para resolver un tema que por sus características y trascendencia merecía ser resuelto por el máximo tribunal del país. La SCJN consideró que había elementos para la atracción<sup>51</sup> y después del trámite, el 20 de mayo de 2015, remitió los autos del caso a la ponencia del ministro Medina Mora (perteneciente a la Segunda Sala de la SCJN) para que elaborara el proyecto de sentencia bajo el número de expediente 499/2015. Con fecha 4 de noviembre de 2015, la Segunda Sala de la Suprema Corte emitió el fallo que a continuación analizamos.

### 1. *Estructura de la sentencia*

Se trata de una sentencia extensa de 80 páginas que se encuentra dividida en cinco grandes apartados: *I*) antecedentes; *II*) juicio de amparo indirecto; *III*) recurso de revisión; *IV*) trámite ante la SCJN, y *V*) considerandos. En los primeros cuatro se describen todos los antecedentes del caso (antes de que éste llegara a la SCJN), desde la presentación de la solicitud del permiso por Monsanto, pasando por todos los elementos del juicio de amparo indirecto,<sup>52</sup> del Recurso de Revisión, hasta llegar al procedimiento de atracción de la Corte. Es a partir de la página 41, en el sexto y último subapartado del apartado V,<sup>53</sup> donde la Segunda Sala entra al fondo del asunto y desarrolla los argumentos sobre el DCCPLI que es en lo que centraremos nuestra atención.

---

<sup>51</sup> El 20 de febrero de 2015 se admitió a trámite la solicitud de ejercicio de facultad de atracción y en la sesión del 25 de marzo de 2015 la Segunda Sala decidió ejercerla. Posteriormente, en el acuerdo del 20 de mayo de 2015 se decidió remitir los autos a la Ponencia del ministro Medina Mora para que elaborara el proyecto de sentencia.

<sup>52</sup> En este apartado.

<sup>53</sup> En los primeros cinco apartados de los considerandos la SCJN resuelve cuestiones formales sobre legislación aplicable, competencia, oportunidad, legitimación y procedencia.

## 2. Análisis de las líneas argumentales de la SCJN en la sentencia sobre el DCCPLI

Al resolver el fondo del recurso de revisión presentado por Monsanto en contra de la sentencia del juez de distrito que invalidó el permiso de siembra de soya, el máximo tribunal consideró que los agravios señalados por la empresa eran en parte infundados, en otra parte inoperantes y aunque algunos de ellos los encuentra fundados, subraya que son insuficientes para revocar la sentencia.

Los agravios alegados por Monsanto en el recurso de revisión fueron tres: *a)* falta de legitimación procesal y de interés jurídico por parte de quienes presentaron el amparo; *b)* la legalidad del permiso emitido por la DGI-RA; *c)* violación por parte del juez de distrito del principio de relatividad de la sentencia. Si bien tanto en el primero como en el tercero contienen elementos de interés que pueden ser analizados (el segundo no, porque lo resolvió el Tribunal Colegiado sobreseyéndolo antes de que se produjera la atracción por la Corte), nuestro principal foco de atención estará puesto en el primero, que es donde la SCJN construye un conjunto de criterios respecto del alcance y contenido del DCCPLI.

En el primer agravio señalado por Monsanto, se argumentó que las personas que presentaron el amparo no tenían legitimación procesal para hacerlo, ni contaban con el interés legítimo que les había reconocido el juez de distrito. Para construir sus argumentos, la SCJN decidió ordenar los elementos que están en toda esta discusión a partir de cuatro diferentes preguntas que se propone responder a lo largo de la sentencia. En primer lugar, si las personas *físicas* quejasas tenían el derecho a la consulta; en segundo lugar, si las personas *morales* quejasas tenían derecho a la consulta; en tercer lugar, si las personas quejasas tenían el interés legítimo o jurídico para poder presentar el amparo; en cuarto lugar, si existía una afectación a la esfera jurídica de quienes interpusieron dicho recurso.

El esfuerzo argumental de la Sala tiene luces y sombras respecto del contenido y alcance del DCCPLI y construye algunos criterios a partir de disquisiciones equívocas, confusas, algunas contradictorias, otras estratégicas que en algunos casos buscan retomar los mejores estándares del derecho internacional de los derechos humanos, pero en otras los tergiversan.

Lo primero que le interesa resolver a la Sala es si las personas físicas quejasas tienen en el caso legitimación procesal para presentar el amparo ya que Monsanto alegó que no lo tenían. La Sala parte del hecho de que los quejosos denunciaron la violación del derecho a la consulta que, reconoce, se encuentra establecido en la Constitución y en el Convenio 169. Al

autoadscribirse los quejosos como indígenas, la Sala considera que obtienen en automático la legitimidad para presentar el amparo. Sin embargo, un primer problema de la sentencia es que la Sala, al desarrollar su línea argumental, establece que la consulta es una prerrogativa que “puede ser exigida por cualquier integrante de la comunidad o pueblo indígena, con independencia de que se trate o no de un representante legítimo nombrado por la comunidad”.<sup>54</sup> Esta aseveración la formula con base en una tesis aislada elaborada previamente por la Primera Sala que tiene como rubro: COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. CUALQUIERA DE SUS INTEGRANTES PUEDE PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COLECTIVOS.<sup>55</sup> Al margen de la potencial contradicción que encierra el rubro de la tesis entre titularidad individual y titularidad colectiva de los derechos, lo cierto es que su uso podría estar siendo contrario a algunos de los elementos fundamentales del contenido esencial del DCCPLI. Tal y como se señaló en el apartado II de este trabajo, uno de los elementos centrales del contenido del DCCPLI, establecido por el artículo 6o. del Convenio 169, es que éste se lleve a cabo con base en las instituciones representativas de los pueblos. Diversos órganos internacionales, facultados para interpretar el Convenio, se han pronunciado en ese sentido al señalar que “...si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”.<sup>56</sup> Esta línea de interpretación internacional, que se funda en la idea de que los derechos indígenas pueden ser de titularidad colectiva, choca de manera frontal con la tradición individualista de la SCJN, para quien los derechos humanos son principalmente de titularidad individual, y cuando mucho de ejercicio colectivo. Este posicionamiento sobre instituciones representativas versus titularidad individual, no sólo se encuentra en este fallo y parece estar convirtiéndose en un criterio reiterado. Se trata de un problema muy relevante de fondo, que requiere una discusión profunda pero que en este caso la sala volvió a eludir, contribuyendo a consolidar un criterio que genera confusión y que podría ser inconvencional. En cualquier caso, interesa decir que la Sala se basó en este criterio para sostener que las personas físicas quejasas, quienes se autoadscribieron como indígenas, sí tenían legitimación para presentar la demanda.

---

<sup>54</sup> Página 43 de la sentencia.

<sup>55</sup> Tesis 1ª CCXXXV/2013, Primera Sala, Décima Época, Tesis Aislada, Libro XXIII, agosto 2013, t. 1.

<sup>56</sup> Informe del Comité Tripartito [caso Shuar], Doc. GB.282/14/2, párr. 44.

Al responder la segunda pregunta planteada en la sentencia (legitimación de las personas morales para presentar el amparo), la Sala elabora un conjunto de disquisiciones confusas, circulares e inconexas que cuesta mucho trabajo desentrañar. Lo anterior podría deberse al hecho de que, en contradicción con lo establecido por la Corte IDH,<sup>57</sup> la SCJN ha reconocido en su jurisprudencia que las personas morales sí pueden ser titulares de derechos humanos, por lo tanto lo que se seguiría en secuencia lógica de ello, para este caso, sería reconocer que las empresas indígenas también tienen derechos; sin embargo, por razones desconocidas, intentó evitar decir lo anterior con base en la aseveración de que “las personas morales no reúnen los requisitos para que puedan ser consideradas integrantes de una comunidad indígena fundamentalmente, *porque las normas establecidas en el artículo 2o. constitucional se encuentran dirigidas a personas físicas indígenas*”.<sup>58</sup> Es con base en esta aseveración que se declara fundado el segundo agravio alegado por Monsanto. Al margen de la discusión sobre si las normas del artículo 2o. están o no dirigidas sólo a personas físicas, resulta sorprendente encontrar, tan sólo tres páginas adelante, un posicionamiento totalmente contrario al anterior cuando la Sala asevera que “Respecto a la titularidad de un derecho subjetivo, esta Sala advierte que los derechos reconocidos por el artículo 2o. constitucional a los pueblos y comunidades indígenas, corresponden —en principio— a dichos grupos de forma colectiva...”.<sup>59</sup>

El tercer punto del primer agravio está dirigido a responder si las personas indígenas quejasas tenían interés jurídico (o legítimo) para promover el amparo. Conviene aclarar que Monsanto señaló en el recurso de revisión que no lo tenían, y por otro lado el juez de distrito les otorgó el amparo con base en el reconocimiento de un interés legítimo; por ello, es un tema clave que la Segunda Sala debe resolver. Para hacerlo —se explica en la sentencia— se requiere la comprobación de tres elementos: *a)* que la persona quejosa sea titular de un derecho subjetivo; *b)* que exista una vulneración del derecho; *c)* que derivado de esa vulneración se cause una afectación directa e inmediata en la esfera jurídica del quejoso.

Por lo que toca a la titularidad del derecho, la Sala no duda en reconocerlo con base en lo que ya había venido exponiendo. Por lo que se refiere a la vulneración del derecho y la afectación directa en la esfera jurídica del

---

<sup>57</sup> En la Opinión Consultiva OC -22/16 de 22 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá la Corte IDH resolvió por unanimidad que: “El artículo 1.2 de la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado”, p. 46.

<sup>58</sup> Página 47 de la sentencia, el subrayado es de la propia SCJN.

<sup>59</sup> Último párrafo de la página 50 y primero de la 51.

quejoso, la Sala elabora una argumentación amplia a la que dedica veinte páginas. A lo largo de ellas la Sala establece algunos de los criterios más preocupantes, contrarios al derecho internacional de los derechos humanos, sobre el alcance del DCCPLI. Lo que sigue es un análisis de dichas páginas, con especial énfasis en las que están entre la 52 y la 55.

En el segundo párrafo de la página 52 de la sentencia, la Sala adelanta que los quejosos sí acreditaron que el acto impugnado generó afectaciones en su esfera jurídica, y en las siguientes páginas expone las razones con las que sustenta dicha afirmación.

En esa misma página comienza destacando que el derecho a la consulta es un instrumento fundamental para garantizar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones estatales, tomando en cuenta que se trata de un grupo que ha sido históricamente excluido de éstas. No sólo ello —continúa la Sala— la consulta se encuentra relacionada de forma indisociable con el derecho a la libre determinación de los pueblos, así como otros derechos culturales y patrimoniales.

Sin embargo, en el segundo párrafo de la página 54, la Sala hace un alto e introduce una prevención: “Ahora bien, lo anterior no significa que el Estado deba consultar a los pueblos o comunidades indígenas siempre que sean involucrados en alguna decisión estatal pues se llegaría al absurdo de tener que consultarlos incluso para la emisión de alguna ley o decisión administrativa”.

Y asevera en el tercer párrafo: “Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las comunidades indígenas deben ser consultadas en aquellos casos en que la actividad del Estado pueda causar impactos significativos<sup>60</sup> sobre su entorno”.

Estas dos aseveraciones, que irrumpen al inicio de la argumentación, sorprenden al lector o lectora por dos razones. En primer lugar, porque lo que está contenido en el primer párrafo es contrario a la literalidad del Convenio 169 (al que además califica de absurdo).<sup>61</sup> En segundo lugar, porque lo que está señalado en el segundo párrafo es falso.

---

<sup>60</sup> Para fundamentar su dicho, la Sala introduce aquí una nota a pie de página, la número 90, donde desarrolla el argumento según el cual el impacto significativo es el parámetro que deben utilizar los Estados para saber cuándo se debe consultar o no.

<sup>61</sup> Como ya hemos señalado en párrafos anteriores, el artículo 6o. del Convenio 169 establece que: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, *cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*. De forma paralela la aseveración de la Segunda Sala también califica como absurda la redacción de la Declaración de las Naciones sobre de los

Por ello, en una primera lectura de ambos párrafos, se podría llegar a pensar que quienes dictaron esta sentencia se encontraban en una situación de desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, cuando se leen con más atención —incluyendo las notas a pie de página y los textos a las que estas remiten— se descubre que la Sala realizó un esfuerzo de interpretación, bastante sofisticado, que transmuta estándares internacionales a partir de lo cual construye un criterio jurisprudencial sobre el DCCPLI que se encuentra muy por debajo de los estándares establecidos por el derecho internacional.<sup>62</sup> Descubrir lo anterior requiere una lectura detallada del texto en tanto que la parte medular de la argumentación no se encuentra en el cuerpo de la sentencia, sino en la nota a pie

---

Derechos de los Pueblos Indígenas cuyo artículo 19 establece que: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas *antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten*, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (énfasis añadido).

<sup>62</sup> Preocupa saber que el criterio sobre *impacto significativo* ya ha sido convertido en una tesis aislada de la Segunda Sala que podría comenzar a ser aplicada por tribunales de menor jerarquía. La tesis es la siguiente: PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. EN SU DERECHO A SER CONSULTADOS, EL ESTÁNDAR DE IMPACTO SIGNIFICATIVO CONSTITUYE ELEMENTO ESENCIAL PARA QUE PROCEDA. El derecho de consulta a los pueblos y comunidades indígenas es una prerrogativa fundamental reconocida en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, cuya protección puede exigir cualquier integrante de la comunidad o pueblo indígena, con independencia de que se trate o no de un representante legítimo nombrado por éstos. En ese sentido, constituye una prerrogativa necesaria para salvaguardar la libre determinación de las comunidades, así como los derechos culturales y patrimoniales —ancestrales— que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen. No obstante, lo anterior no significa que deban llevarse a cabo consultas siempre que grupos indígenas se vean involucrados en alguna decisión estatal, sino sólo en aquellos casos en que la actividad del Estado pueda causar impactos significativos en su vida o entorno. Así, se ha identificado —de forma enunciativa mas no limitativa— una serie de situaciones genéricas consideradas de impacto significativo para los grupos indígenas como: 1) la pérdida de territorios y tierra tradicional; 2) el desalojo de sus tierras; 3) el posible reasentamiento; 4) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; 5) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; 6) la desorganización social y comunitaria; y 7) los impactos negativos sanitarios y nutricionales, entre otros. Por tanto, las autoridades deben atender al caso concreto y analizar si el acto impugnado puede impactar significativamente en las condiciones de vida y entorno de los pueblos indígenas. Amparo en revisión 499/2015. José Luis Flores González y otros. 4 de noviembre de 2015. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votaron con salvedad Juan N. Silva Meza y reservaron criterio respecto al impacto significativo Margarita Beatriz Luna Ramos y José Fernando Franco González Salas. Ponente: Eduardo Medina Mora I. Secretarios: Laura García Velasco, María Antonieta del Carmen Torpey Cervantes y Marco Tulio Martínez Cosío Tesis: 2a. XXVII/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 31, junio 2016, t. 2, p. 1213.

de página número 90.<sup>63</sup> Además de esta cuestión formal, consideramos que esta “interpretación a la baja” se opone al artículo 29.9 de la Convención Interamericana que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos<sup>64</sup> así como al segundo párrafo del artículo 1o. constitucional donde se establece el principio pro persona<sup>65</sup> según el cual frente a posibles interpretaciones diversas deberá elegirse aquella que más beneficie a la persona.

La estrategia argumentativa que la Sala emprende está construida de la siguiente manera. En primer lugar, para fundamentar su primer postulado (según el cual los Estados no están obligados a consultar a los pueblos cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente), la Sala acude al párrafo 43 de un Informe del Ex Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas (James Anaya),<sup>66</sup> cuyas primeras líneas señalan que

---

<sup>63</sup> El argumento central sobre este debate se encuentra en la nota a pie núm. 90 de la sentencia que por su importancia transcribimos de forma completa: “Es importante señalar que los hechos del caso citado son diferentes a los del presente asunto, pues si bien la Corte Interamericana determinó que las autoridades debían requerir el consentimiento de la comunidad Saramaka para llevar a cabo el proyecto planeado, ello fue debido a que reconoció a su favor la *propiedad de las tierras y recursos que ocupaban*. En ese sentido, debe señalarse que en el ordenamiento jurídico mexicano no se reconoce a favor de las comunidades indígenas —*a priori*— la titularidad sobre los territorios y recursos naturales que ocupan. Por el contrario, la fracción VI, apartado A, del artículo 2o. constitucional, establece que las comunidades indígenas tienen el derecho de acceder a la *propiedad de las tierras siempre que lo hagan con respeto a las formas y formalidades establecidas en la Constitución y las leyes*; al respecto, las formas de propiedad de la tierra son: a) pública, b) privada y c) social (véase Tesis número: 178952). Por lo que, si bien en el caso citado el consentimiento de la comunidad era indispensable para la ejecución del proyecto en virtud de que ejercerían la titularidad sobre las áreas afectadas; en el presente caso, al no poder ser considerados los quejosos —o las comunidades a las cuales pertenecen— propiedades (*sic*) de las tierras que ocupan, no puede considerarse que el consentimiento constituya un requisito *sine qua non* para el desarrollo de los proyectos estatales. En ese sentido, el *impacto significativo* debe ser entendido como un parámetro objetivo que permite determinar a las autoridades cuándo debe consultarse a las comunidades indígenas involucradas”. SCJN, Amparo en Revisión 499/2015, de 4 de noviembre de 2015, Nota a pie núm. 90.

<sup>64</sup> Artículo 29.- Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

<sup>65</sup> Artículo 1. “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. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>66</sup> El Informe lleva por título “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. A/HRC/12/34 del 15 de julio de 2009.

Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población.

Aquí es importante decir que, frente a esta advertencia realizada por el ex relator, la solución que propone es que los Estados quedan obligados a consultar “...siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”.

Sin entrar en la discusión sobre si la interpretación de Anaya está alieneada con la regla establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,<sup>67</sup> lo que aquí interesa subrayar es que la Segunda Sala sólo retomó la primera idea que está en las líneas iniciales del párrafo 43 del informe de Anaya, pero desechó la solución que ofrece el relator en las siguientes líneas.<sup>68</sup>

En lugar de optar por la solución que aporta Anaya, nuestro máximo tribunal, para construir su propia solución, cambia del ámbito internacional al ámbito regional y acude a los párrafos 134, 135 y 136 del caso *Saramaka vs. Surinam* resuelto por la Corte IDH.<sup>69</sup> Lo sorprendente de esta estrategia de fundamentación es que dichos párrafos tienen como núcleo central de atención el consentimiento, no la consulta. Dichos párrafos fueron redactados por el tribunal interamericano con el objeto de precisar uno de los supuestos en el que los Estados quedan obligados a obtener el consentimiento de los pueblos como resultado del proceso consulta. Se trata de uno de los

---

<sup>67</sup> 31. “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969)

<sup>68</sup> El ex relator precisa su solución con el siguiente párrafo “Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”. *Ibidem*, párr. 43.

<sup>69</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, apartado E.2.a, párr. 134-136.

estándares más altos que se puedan encontrar en el derecho internacional sobre el DCCPLI (construido a partir de una interpretación evolutiva de los derechos con el objeto de ampliarlos), que en este caso la SCJN utiliza para limitar el estándar de consulta en nuestro país.

En los tres párrafos citados del caso *Saramaka*, la Corte IDH primero distingue entre consulta y consentimiento (párrafo 134) y posteriormente (en el 136) determina que siempre que un Estado decida llevar a cabo “planes de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales” es obligatorio obtener el consentimiento, previo, libre e informado de los pueblos.<sup>70</sup>

Como se señaló en el apartado II d) de este trabajo, a partir de la aprobación de la DNUDPI, múltiples organismos especializados de derechos humanos, a partir de una interpretación evolutiva de los derechos, han determinado que, en varios supuestos, los Estados no sólo están obligados a consultar a los pueblos, sino también a obtener su consentimiento; uno de esos supuestos es precisamente el que estableció la Corte IDH en los párrafos 134 al 136 del caso *Saramaka vs. Surinam*.

En ningún caso conocido la Corte IDH ha sugerido la idea de que a los pueblos sólo se les deba consultar cuando se produzca un impacto significativo sobre su entorno. Todo lo contrario, en casos posteriores en los que el tribunal interamericano ha vuelto a abordar el derecho a la consulta ha destacado la obligación estatal de consultar a los pueblos frente a cualquier medida administrativa o legislativa que afecte a sus derechos.<sup>71</sup>

El esfuerzo de interpretación conforme que realiza la Segunda Sala en la nota 90 para fundamentar el parámetro de impacto significativo —mezclando en su argumentación los párrafos aludidos del caso *Saramaka* con artículos de la Constitución mexicana— es equívoco y deforma el sentido que la Corte IDH ha decidido otorgar a la noción de impacto significativo, haciéndolo migrar del consentimiento a la consulta sin fundamento lógico.

---

<sup>70</sup> Esta posición también la ha adoptado el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial a la que la Corte IDH cita en el párrafo 136.

<sup>71</sup> En la sentencia *Sarayaku vs. Ecuador* la Corte IDH reafirma “La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales *sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos* reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención” (artículo 1.1). Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 166 (énfasis añadido).

El argumento señalado se basa en una supuesta distinción que la Segunda Sala traza entre los hechos del caso *Saramaka* y los que se abordan en la sentencia que aquí se analiza. La diferencia señalada se hace consistir en el hecho de que en el caso *Saramaka*, las autoridades fueron obligadas a obtener el consentimiento de los pueblos debido a que se reconoció a favor de las comunidades afectadas la propiedad de las tierras y recursos que ocupaban. En cambio —argumenta la Segunda Sala— “...en el ordenamiento jurídico mexicano no se reconoce a favor de las comunidades indígenas —*a priori*— la titularidad sobre los territorios y recursos naturales que ocupan”. A partir de esta supuesta diferencia la Segunda Sala extrae dos conclusiones: 1) que el consentimiento no constituye un requisito para el posible desarrollo de los proyectos estatales en el caso que se analiza en esta sentencia; 2) que “el impacto significativo debe ser entendido como parámetro objetivo que permite determinar a las autoridades cuando debe consultarse a las comunidades indígenas involucradas”. La primera conclusión entra en contradicción directa con el siguiente apartado de la sentencia (y con el propio fallo final que se funda en dicho apartado) en tanto que la Sala utiliza quince páginas para demostrar los potenciales impactos significativos que, derivados del proyecto de Monsanto, podrían afectar el uso y goce de los territorios de los quejosos y por ello los pueblos podrían exigir la obtención de su consentimiento; la segunda conclusión no está conectada en modo alguno con lo argumentado. No se entiende de dónde surge la determinación de que la noción de impacto significativo es un criterio objetivo que también debe quedar vinculado al derecho a la consulta. En otras palabras, la idea de que impacto significativo es un parámetro objetivo que condiciona al consentimiento, pero también al derecho a la consulta, surge de la nada argumentativa sin que sea posible entender cómo se llegó a tal conclusión.

Para empezar, convendría aquí recordarle a la SCJN que en varias sentencias de la Corte IDH se ha determinado que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas es preexistente al reconocimiento formal que se haga o no de éste en el derecho interno.<sup>72</sup> Por lo tanto, un ejercicio de in-

---

<sup>72</sup> Así lo estableció la Corte IDH en el caso *Moiwana* al señalar que “...en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias —pero que carecen de un título formal de propiedad— la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”. Corte IDH, *Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 131. Este es un criterio reiterado de la Corte IDH que también puede encontrarse en la sentencia *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 151.

terpretación conforme que está pendiente en México —y que esperamos no se realice en una nota a pie de página— es el del alcance del derecho a la propiedad ancestral de los pueblos indígenas a partir de lo establecido por el artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la fracción VI, apartado A, del artículo 2o. constitucional, entre otros. De ahí que todo el esfuerzo argumentativo de la Segunda Sala en este tema específico quede sin su principal fundamento. En segundo lugar, habría que insistirle a la Sala que la noción de *impacto significativo* está relacionada con la exigencia a los Estados de obtener el consentimiento, no de realizar la consulta. En tercer lugar, que el salto argumentativo que da en el párrafo a la idea de impacto significativo como parámetro objetivo, no cuenta con ninguna explicación lógica en su argumentación.

Si se resumen los argumentos centrales de la Sala sobre esta discusión, resulta muy preocupante que en un solo párrafo, ubicado en una nota a pie, y afectado por una cuestionable técnica argumentativa, la Segunda Sala de la Corte haya determinado: 1) que los pueblos indígenas en México no tienen el derecho a la propiedad originaria sobre sus territorios; 2) que en el caso que se analiza, no es obligatorio que el Estado mexicano obtenga el consentimiento de los quejosos a pesar de reconocer que se produce un impacto significativo en la vida y entorno de las comunidades; 3) que el derecho a la consulta que tienen los pueblos en México sólo se puede exigir frente a aquellas decisiones del Estado que puedan generar un *impacto significativo* sobre la vida de los pueblos. Se trata de tres presupuestos jurídicos que limitan de forma preocupante el alcance del derecho a la propiedad originaria de los pueblos y el del derecho a la consulta de los derechos de los pueblos. En el segundo supuesto se limita el alcance del DCCPLI para los quejosos que interpusieron la demanda, en tanto se les niega el consentimiento, pero en el supuesto tercero se restringe el alcance del derecho para cualquier comunidad que decida ejercitar este derecho en el futuro debido a que de él se extrajo una tesis aislada de jurisprudencia.

A partir de la página 55 de la sentencia, la Segunda Sala se avoca a explicar, a partir de un análisis detallado, las razones por las cuales considera que el proyecto de siembra de soya transgénica, resistente al glifosato, sí es una iniciativa que potencialmente puede generar un impacto significativo en la vida y entorno de los quejosos.<sup>73</sup> Después de ello, la Sala resuelve algunos otros temas importantes como son los estándares que deberían guiar la consulta a las comunidades, las autoridades que deberían realizarla y la

---

<sup>73</sup> El potencial impacto al ambiente; el potencial peligro por la dispersión de semillas genéticamente modificadas en zonas libres de OGM; el potencial riesgo de impactos sanitarios.

diferencia entre consulta pública y consulta indígena. Si bien todas ellas tienen elementos que podrían ser comentados y analizados, por razones de espacio, deberán ser objeto de otro estudio.

En la página 72, antes de analizar los agravios segundo y tercero que presentó Monsanto, la Sala llega a la conclusión de que "...la liberación de soya genéticamente modificada resistente al glifosato constituye un proyecto de impacto significativo y en ese sentido determina que los quejosos sí tenían interés para promover el juicio de amparo...", declarando infundado el primer agravio presentado por la empresa.

A continuación, resuelve los agravios segundo y tercero presentados por la empresa, que también por razones de espacio no es posible abordar en este texto. Finalmente llega al apartado resolutivo en el que decide otorgar el amparo, sólo a las personas físicas quejasas, respecto del permiso 4377 emitido por la Sagarpa a favor de Monsanto, hasta el momento en que las autoridades señaladas en la sentencia<sup>74</sup> lleven a cabo la consulta conforme a los parámetros establecidos en la misma.<sup>75</sup>

Por desgracia, como ha ocurrido con otras sentencias dictadas por la SCJN en materia de pueblos indígenas sobre el derecho a la consulta,<sup>76</sup> el máximo tribunal no dio seguimiento a la misma lo que propició que las distintas autoridades del Estado encargadas de celebrar el proceso de consulta pusieran en marcha las peores prácticas, muchas de ellas contrarias al contenido esencial de dicho derecho.<sup>77</sup>

Como puede observarse, se trata de una sentencia con luces y sombras. Por un lado, puede considerarse un fallo positivo para las comunidades que decidieron presentar el juicio de amparo en tanto les garantiza el derecho a la consulta e interpone un obstáculo a la expansión de un proyecto económico, con potenciales riesgos para la salud y el medio ambiente. Sin embargo, de forma paralela, se trata de un fallo que sienta un precedente muy preocupante para los pueblos indígenas en México en tanto que, a través de

---

<sup>74</sup> Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en colaboración con la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados.

<sup>75</sup> La sentencia se refiere a sólo cuatro de los elementos clave de la consulta e indique que ésta debe ser previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe.

<sup>76</sup> Tal es el caso de la Tribu Yaqui frente al acueducto independencia en el que una Misión Civil de Observación documentó las peores prácticas durante la consulta que pueden encontrarse en: <https://observacionconsultayaqui.wordpress.com/2015/02/11/informe-completo-de-la-mision-civil-de-observacion-de-la-consulta-a-la-tribu-yaqui-una-sentencia-fallida-febrero-2>.

<sup>77</sup> Una documentación detallada de las malas prácticas estatales emprendidas a todo lo largo del proceso de consulta fue elaborado por una misión civil de observación cuyos resultados de observación pueden encontrarse en: <https://consultaindigenamaya.org/>.

una interpretación que desfigura los estándares internacionales sobre la materia, limita de forma muy relevante el posible ejercicio futuro del derecho a la consulta y al consentimiento, previo libre e informado.

## VI. CONCLUSIONES

- 1) Los pueblos originarios en México han sido sometidos desde hace siglos a procesos de exclusión y dominación cultural que tienen expresiones contemporáneas en los fenómenos de pobreza y discriminación (entre otros) que hoy los afectan. Estas circunstancias son las que han dado lugar a la adopción de tratados y declaraciones internacionales, que entre otras circunstancias, han subrayado el grave déficit que en la actualidad padecen los pueblos en los procesos de participación democrática, así como las enormes dificultades que enfrentan para poder ejercer su derecho a la libre determinación.
- 2) Los procesos neoextractivos, lejos de combatir lo anterior, están contribuyendo a intensificar los procesos de destrucción de los entornos naturales de los que dependen los pueblos, así como el despojo de sus tierras y territorios, traducéndose lo anterior en la violación de los derechos establecidos en la Constitución en interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos.
- 3) Frente a ello, el DCCPLI es un instrumento importante que la propia SCJN ha reconocido como herramienta fundamental para que los pueblos puedan avanzar en la garantía de todos los demás derechos.
- 4) La sentencia que se analiza, y que es uno de los primeros fallos de la SCJN sobre la materia, puede considerarse positiva —sobre todo por parte de los quejosos— en tanto que garantizó el derecho a la consulta en el caso concreto y obstaculizó el avance de un proyecto que la SCJN demuestra tiene potenciales impactos graves sobre las comunidades.
- 5) Sin embargo, la sentencia también puede considerarse negativa en tanto que establece varios criterios que, además de ser contrarios a los estándares establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, podrían tener consecuencias graves en las vidas de los pueblos, así como en sus esfuerzos de lucha por la defensa de sus derechos.
- 6) Algunos de los problemas que preocupan son que se reitera el criterio según el cual cualquier persona que se autoadscribe como indígena podría exigir el DCCPLI que por su propia naturaleza es colecti-

vo. Tanto es así que el Convenio 169 de la OIT, y distintos órganos expertos, han subrayado que las consultas deberían realizarse con base en las instituciones representativas de los pueblos.

- 7) También preocupa que se reitera el criterio de la SCJN según el cual las personas morales sí son titulares de derechos (lo que es contrario a la opinión consultiva OC 22/16 emitida por la Corte IDH) pero que cuando se trata de personas morales indígenas, éstas no pueden exigir sus derechos debido a que —según la interpretación de la Segunda Sala— las normas establecidas en el artículo 2o. constitucional se encuentran dirigidas a personas físicas indígenas. Además de la posible violación al derecho a no ser discriminados que encierra este posicionamiento, ensombrece a la sentencia algunas contradicciones que se expresan a lo largo de sus páginas. Sobre este punto, tan sólo tres páginas después de exponer que las normas del artículo 2o. constitucional están dirigidas a personas físicas, la Sala señala que “Respecto a la titularidad de un derecho subjetivo, esta Sala advierte que los derechos reconocidos por el artículo 2o. constitucional a los pueblos y comunidades indígenas, corresponden —en principio— a dichos grupos de forma colectiva...”.
- 8) Sin embargo, los temas que más preocupan del fallo son los que están relacionados con de la noción de *impacto significativo* que la Sala desarrolla en el apartado de *Considerandos* al abordar los problemas de interés jurídico y de afectaciones al derecho alegado por los quejosos.
- 9) Un primer asunto formal que resulta inconveniente es que el núcleo central de la argumentación relativa al parámetro “impacto significativo”, no se encuentra en el cuerpo de la sentencia, sino en una nota a pie de página y que de ella se haya extraído una tesis aislada que podría comenzar a ser utilizada por tribunales de menor jerarquía dentro del propio Poder Judicial de la Federación, con consecuencias graves para la vida de los pueblos.
- 10) Una segunda cuestión de forma que también se considera inapropiada, es que la Sala acuda a fragmentos de distintos estándares internacionales, escogiendo a conveniencia algunas líneas de unos y otras de otros, construyendo así una estrategia interpretativa, confusa, alejada del sentido original de los estándares internacionales y de la que se desprenden conclusiones sin fundamento lógico (como la de que el “impacto significativo” es un parámetro objetivo).
- 11) Por lo que se refiere a la cuestión de fondo sobre el parámetro “impacto significativo” lo que más inquieta es que de manera contraria a lo establecido por el artículo 29.b de la Convención Americana de

Derechos Humanos (según el cual ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes), la Segunda Sala de la SCJN transmuta el sentido de los párrafos 134 al 136 de la sentencia *Saramaka vs. Ecuador* y a partir de ello limita el ejercicio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México, estableciendo que sólo podrán ser sometidos a consulta aquellas decisiones y proyectos estatales cuando se compruebe que éstos generan un impacto significativo sobre las comunidades y sus entornos.

- 12) También preocupa que al desarrollar su línea argumental sobre lo anterior, la Segunda Sala de la Corte, en cuatro líneas de la multicitada nota, niegue la posibilidad de que en México los pueblos indígenas puedan exigir su derecho a la propiedad ancestral sobre sus territorios, sobreponiendo con ello la Constitución mexicana al derecho internacional de los derechos humanos —incluyendo sentencias de la Corte IDH— donde se ha determinado que el reconocimiento de la propiedad ancestral de los pueblos es previa al reconocimiento formal que los Estados hagan o no de ésta.
- 13) También resulta contrario al derecho internacional que la Sala, en dos líneas de la misma nota, niegue la posibilidad a las comunidades de exigir a las autoridades la obtención de su consentimiento como resultado de la consulta, sobre todo tomando en cuenta que el propio tribunal se encargó de dejar muy claro cuáles son los potenciales impactos significativos que podrían derivar de la siembra de soya transgénica resistente al glifosato en las comunidades mayas.

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

Roberto NIEMBRO ORTEGA\*

SUMARIO: I. *Sobre las contribuciones de la justicia constitucional a la democracia deliberativa.* II. *Promover y garantizar la deliberación y participación en la esfera pública.* III. *Contribuciones de la Suprema Corte a la deliberación democrática. El caso Marihuana.*

El propósito de este comentario es reflexionar sobre cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación 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 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.<sup>1</sup> Todas estas facetas de la justicia constitucional delibera-

---

<sup>1</sup> \* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Maestro en teoría del derecho por la Universidad de Nueva York (Hauser Global Scholar). Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en el ITAM. Coordinador de *Constitucionalismo popular en Latinoamérica* (2013) junto con Micaela Alterio, y de *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet* (2016) junto con Roberto Gargarella.

Niembro, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

tiva 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,<sup>2</sup> 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 a los aportes que haga al proceso de deliberación,<sup>3</sup> incluyendo aquél 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.<sup>4</sup>

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 de 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

---

<sup>2</sup> Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 260 y 261.

<sup>3</sup> Dependiendo 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”.

<sup>4</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2008, p. 254.

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.

### 1. *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 una deliberación parlamentaria efectiva, representativa, democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad, o enriquecer la deliberación en sede legislativa. Por razones de espacio, en este comentario sólo me enfocaré en cómo puede enriquecer la deliberación del Poder Legislativo.

#### A. *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.<sup>5</sup>

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 (por ejemplo, resultantes de la falta de información, el prejuicio o impulsos de índole meramente perfeccionista).<sup>6</sup> Distingamos estas tres tareas.

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 92 y 238.

<sup>6</sup> 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, 2o. semestre, 1999, p. 101.

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 decisiones<sup>7</sup> y/o ser un medio para la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria<sup>8</sup> y resultan afectadas por la decisión.

Además de ser un foro de expresión de los excluidos de la sede parlamentaria, los tribunales constitucionales pueden adoptar los argumentos de éstos 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.<sup>9</sup> El caso más extremo de intereses no tomados en cuenta es el de quienes no tienen derecho al voto.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup> Asimismo, pueden ayudar a dis-

<sup>7</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 696.

<sup>8</sup> Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 178. Aunque para algunos si de los que se trata es de otorgar vías de participación a los grupos aislados existen otras maneras de perfeccionar las instituciones representativas, sin necesidad de echar mano de un procedimiento cuya legitimidad y eficacia resulta cuando menos dudosas. Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley ..., op. cit.*, p. 341.

<sup>9</sup> 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, 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 antender lo que se juzga mal apreciado o indebidamente postergado en el procedimiento parlamentario". Jiménez Campo, Javier, "Qué hacer con la ley inconstitucional", *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional de España, 1997, p. 20.

<sup>10</sup> Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 146.

<sup>11</sup> Ferreres Comella, Víctor, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, núm. 23,

tinguir entre acuerdos genuinos y pseudocompromisos basados en relaciones de poder; señalar lo que es interés del público en contraposición con lo que es de interés particular de un grupo.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

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 ley<sup>14</sup> y observar las debilidades, fracasos y rupturas del sistema político.<sup>15</sup>

### 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.<sup>16</sup> Así, los tribunales pueden participar en un diálogo presentando cuestiones de principio a la atención del gobierno y de la gente.<sup>17</sup> Con ello no

---

2000, p. 40; Zurn, Christopher F., “A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Cour-Based Constitutional Review”, en Ungureanu, Camil *et al.*, *Jürgen Habermas*, vol. I, Ashgate, Cornwall, 2011, p. 443.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 353-355.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Gargarella, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre de 2006, p. 21.

<sup>16</sup> Ya sean derechos vinculados al proceso participativo o derechos sustantivos.

<sup>17</sup> 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

quiero decir que el lenguaje de los derechos no pueda estar presente en sede política o que ésta no sea un lugar idóneo para su exposición. Como tampoco puedo aseverar que la consideración de los argumentos de principio por parte de las fuerzas políticas se deba sólo a la labor de los jueces, al tratarse de una cuestión contrafáctica.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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 como “puntos ciegos” que se deben a que el legislativo no siempre puede prever los casos en que la inconstitucionalidad de una ley deviene de su aplicación;<sup>20</sup> 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 de que los legisladores cumplan con el deber de cuidado. Este deber implica que los legisladores pongan atención sobre los efectos de las decisiones que toman o dejan de tomar sobre los ciudadanos y la sociedad, y cuál es el impacto que una decisión individual tiene sobre los derechos e intereses de los ciudadanos.<sup>21</sup>

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

---

disciplinar el discurso político o colaborar a que el mismo sea conducido con arreglo a consideraciones de principio. Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley...*, 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 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.

<sup>18</sup> Zurn, Christopher F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 204.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *op. cit.*, p. 70.

<sup>21</sup> 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.

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.<sup>22</sup> En el caso *Marihuana* el test de proporcionalidad 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,<sup>23</sup> 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, etcétera, 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, etcétera, para que éste 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, etcétera, se cumpla.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> De acuerdo con Kenji Yoshino, tratándose de la interpretación de la cláusula de igualdad de la Corte Suprema norteamericana, para determinar si un grupo merece escrutinio estricto, los tribunales consideran si: 1) el grupo ha sufrido una 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) si el grupo no tiene poder político, y 3) si el grupo se define por una característica inmutable. Con 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, 1774.

<sup>23</sup> Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos, Homenaje a Joaquín Ruíz Giménez*, núm. 4, 1986-87, pp. 29-43.

<sup>24</sup> Sobre esas condiciones y su carácter deóntico también llama la atención Atienza, *ibidem*, p. 36.

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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>
- 3) ¿La intensidad de la restricción de un derecho fundamental o de afectación a un principio<sup>28</sup> se justifica a la luz de la importancia<sup>29</sup> y satisfacción del fin buscado y otros principios en juego?<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> 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 sólo permite que esto suceda en caso de que concurran dichas razones. Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 23.

<sup>26</sup> 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 comporte negativamente una medida distinta en relación con otros fines o principios, o cuando no es seguro en qué medida lo hacen. *Ibidem*, p. 25.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> Alexy habla de afectación leve, intermedia y grave, que siempre son concretas. *Ibidem*, p. 33.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Se podría decir que las preguntas que plantea el test de proporcionalidad buscan sacar

En primer lugar, cabe reiterar que en las tres preguntas hay márgenes de apreciación sobre cuestiones normativas y empíricas.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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 decisión<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> Como dijimos, esta es una contribución de la justicia constitucional a la deliberación, pues nos obliga a discutir sobre los mismos.

---

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, *c*) sólo 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 política 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.

<sup>31</sup> 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 Fichel, *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967, p. 212.

<sup>32</sup> Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría...”, *cit.*, p. 60.

<sup>33</sup> 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 *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, pp. 254 y 258.

<sup>34</sup> Cabe resaltar que muchas veces a través del test de proporcionalidad los conflictos

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.<sup>35</sup>

Para Möller, en tanto 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 plantean en términos de derechos y libertades.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup>

En segundo lugar, el test de proporcionalidad es una estructura ordenada y transparente de argumentación que sirve para disciplinar y racionalizar las decisiones judiciales,<sup>38</sup> 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 se tomó la decisión. 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.<sup>39</sup>

---

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.

<sup>35</sup> 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, 2012, pp. 16-42.

<sup>36</sup> Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, en Huscroft, Grant (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 155.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>38</sup> Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit., p. 8.

<sup>39</sup> Ekins, Richard, “Legislating Proportionately”, pp. 367-369; Miller, Bradley W., “Proportionality’s Blind Spot: Neutrality and Political Philosophy”, p. 375, ambos en Huscroft, Grant (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Eso no quiere decir que no haya un amplio margen de apreciación en cada uno de los pasos que componen el test,<sup>40</sup> ni que su aplicación sirva para obtener la respuesta correcta o salve la objeción democrática de que los jueces tengan la última palabra interpretativa,<sup>41</sup> pues no excluye un alto grado de subjetividad en un terreno de profundos desacuerdos.<sup>42</sup>

En tercer lugar, el test de proporcionalidad da la oportunidad para que las autoridades expliciten las razones, los fines, los medios, etcétera, 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.<sup>43</sup> 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,<sup>44</sup> pues sólo 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.<sup>45</sup>

En tanto filtro de razones instrumentales y morales,<sup>46</sup> el test de proporcionalidad requiere de algo más, pues para decidir si una razón es buena o

---

<sup>40</sup> Antaki, Mark, “The Rationalism of Proportionality’s Culture of Justification”, en Huscroft, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 294.

<sup>41</sup> Como sí sostiene Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

<sup>42</sup> Por ello es que comparto la conclusión de Gardbaum: 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 *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, *cit.*, pp. 279 y 283. Por otro lado, no comparto la afirmación del autor 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 ésta fue dictada el test de proporcionalidad ya se aplicó.

<sup>43</sup> 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 *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, *cit.*, pp. 146-149 y Gardbaum, Stephen, “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, *op. cit.*, pp. 280 y 281.

<sup>44</sup> Möller, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, *op. cit.*, p. 152; Dyzenhaus, David, “Proportionality and Deference in a Culture of Justification”, *op. cit.*, p. 242.

<sup>45</sup> Dyzenhaus, David, *op. cit.*, p. 251.

<sup>46</sup> Kumm, Matthias, “Institutionalising Socratic Contestation...”, *cit.*, p. 20. Sobre estas dos racionalidades que se evalúan por el test de proporcionalidad llama la atención

no, si es una razón perfeccionista, si está excluida absolutamente, si trata a las personas como medios<sup>47</sup> o si es o no una “razón pública”,<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

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.<sup>51</sup>

Una cuestión distinta pero más importante aún, es cómo se afecta el debate subsecuente cuando un tribunal determina que tal interés está protegi-

---

Pavlakos, George, “Between Reason and Strategy: Some Reflections on the Normativity of Proportionality”, en Huscroft, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, *cit.*, p. 92. Pavlakos objeta la idea de filtro por tratarse de uno 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, sólo cuando se piensa que es el único método para evaluar la calidad moral de las decisiones, es que se piensa que llega demasiado tarde.

<sup>47</sup> 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 (por ejemplo, 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.

<sup>48</sup> 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 una método para razonar.

<sup>49</sup> Miller, Bradley W., “Proportionality’s Blind Spot...”, *cit.*, pp. 375-394; Kumm, Mattias, “Political Liberalism...”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 396.

<sup>51</sup> Alexy, Robert, “Epilogo...”, *cit.*, p. 32.

do 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 el test de proporcionalidad lo evaluemos como estructura de justificación o por los resultados que arroja, considero que es un instrumento que contribuye a legitimar las decisiones —sin que asegure su justicia—, pues 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.<sup>52</sup> En efecto, un procedimiento parlamentario público sin una esfera pública serviría sólo para dotarlo de prestigio pero no de legitimidad.<sup>53</sup> 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. La opinión pública tiene como tarea criticar y controlar formal (elecciones) e informalmente el ejercicio del poder estatal,<sup>54</sup> aunque también puede ser objeto de manipulación en beneficio de personas, instituciones, consumidores o programas.<sup>55</sup> En la esfera pública puede haber tantos públicos como asuntos controvertidos.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> Habermas, Jürgen, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)”, en Gripsrud, Jostein *et al.* (eds.), *The Idea of Public Sphere*, USA, Lexington Book, 2010, p. 119.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 114 y 115.

<sup>55</sup> Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Mit Press, 1991, pp. 200 y 236.

<sup>56</sup> Benhabib, Seyla, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, MIT University 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, *Habermas and the Public Sphere*, *cit.*, pp. 122-128.

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*.

*c*) 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.<sup>57</sup>

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 supuestos pacíficos,<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

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.<sup>60</sup> Lo que quiero manifestar es que tratándose de asuntos constitucionales en los que tenemos desacuerdos

---

<sup>57</sup> Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 293. Según Kramer, esta forma de concebir al control judicial empezó a gestarse desde 1790, cuando se dividió a éste 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.

<sup>58</sup> Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 46.

<sup>59</sup> *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”.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 47.

profundos,<sup>61</sup> el juez debe procurar incentivar un diálogo entre los otros actores constitucionales a fin de intentar obtener, en un momento determinado, la mejor respuesta posible.<sup>62</sup> 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 ésta y que es necesario el desarrollo de un nuevo debate en la esfera pública.<sup>63</sup>

Es verdad que esta propuesta parece presentar una contradicción con la filosofía de un juez deliberativo, en tanto la decisión sobre la existencia o no del desacuerdo queda (aparentemente) sólo 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, etcétera. 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.<sup>64</sup>

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.

#### d) Proveer de argumentos y convertir problemas en asuntos públicos

---

<sup>61</sup> 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 Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 15.

<sup>62</sup> Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 8, 1990, pp. 36. Esto no significa que efectivamente se obtenga la “mejor interpretación”, sino que buscan obtenerla.

<sup>63</sup> Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo...*, cit., p. 127.

<sup>64</sup> Así, por ejemplo, Friedman considera que éste 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.

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

Por otro lado, en tanto la lucha por incluir temas en la agenda es una lucha por la justicia y la libertad,<sup>65</sup> los jueces pueden identificar problemas que no pueden convertirse en públicos por la distribución imperante del poder y abogar por su inclusión en la esfera pública.<sup>66</sup> Es decir, pueden redefinir asuntos que se consideran “privados” como públicos y, por tanto, necesitados de ser discutidos públicamente.<sup>67</sup> De especial relevancia es hacer públicas las desigualdades sociales de diversos tipos que en muchas ocasiones se consideran como cuestiones privadas.<sup>68</sup>

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.<sup>69</sup> 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 Salud<sup>70</sup> que prevén un sistema de prohibiciones administrativas para sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y trans-

---

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> Benhabib, Seyla, “Models of Public Space...”, *cit.*, p. 84.

<sup>68</sup> Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, *cit.*, p. 120.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>70</sup> Se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, 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 mariguana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico

portar 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 sólo se protege a los promoventes. El juicio fue interpuesto como un litigio estratégico buscando que la Suprema Corte se pronunciara sobre el tema.

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. En un primer paso, 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 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,<sup>71</sup> por lo que la

---

“THC” (tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros: Δ6a (10a), Δ6a (7), Δ7, Δ8, Δ9, Δ10, Δ9 (11) y sus variantes estereoquímicas), en conjunto conocido como marihuana.

<sup>71</sup> 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.

prohibición absoluta es inconstitucional. Finalmente, considera que la medida no es proporcional en sentido estricto, pues es una afectación intensa al libre desarrollo de personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que se alcanza con la misma.

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 del 4 de noviembre de 2015 en 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 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 éste 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 para reformar las normas como la Ley General de Salud, 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. Asimismo, 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 constituyen 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, etcétera. 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.<sup>72</sup>

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 la 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 peni-

---

<sup>72</sup> Se reformaron los artículos 237, párrafo primero; 245, fracciones I, II y IV; 290, párrafo primero, y se adicionan el artículo 235 Bis y un segundo párrafo a la fracción V del artículo 245 de la Ley General de Salud.

tenciario; 4) regulación en relación con la seguridad pública; 5) regulación en relación o su uso medicinal o terapéutico; 6) efectos de la marihuana en la salud del consumidor y en la salud pública; 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 leyes<sup>73</sup> 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 General de Salud, entre otras.<sup>74</sup>

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 ejecutar políticas públicas que regulen el uso medicinal de los derivados farmacoló-

---

<sup>73</sup> 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 (PRD) propusieron reformar algunos artículos de la Ley General de Salud. El 10 de noviembre de 2015, la senadora Cristina Díaz Salazar (PRI) propuso reformar los artículos 237 y 245, fracción I, de la Ley General de Salud, así como el Capítulo 12 apartado 12.11 y el Capítulo 30, apartados 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 Demediéis 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 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.

<sup>74</sup> 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, índica o marihuana.

gicos 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 del 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 UNAM creó un microsítio 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 dictada por la Suprema Corte es evidente que ésta 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. Asimismo, 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. Además, 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 hubiera 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.

## CENSURA INDIRECTA Y PUBLICIDAD OFICIAL

Roberto SABA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Diversidad de voces y democracia*. III. *Censura indirecta*. IV. *El uso de la publicidad oficial como mecanismo de censura indirecta*. V. *Publicidad oficial y libertad de expresión en el derecho comparado*. VI. *La Corte Suprema argentina y el caso Río Negro*. VII. *La necesidad de reglas para evitar la arbitrariedad estatal*. VIII. *“No pago para que me peguen”*. IX. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 13 de noviembre de 2007 se incorporó a la Constitución de México el párrafo octavo al artículo 134 según el cual “la propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público”. Por su parte, también se adicionó una cláusula transitoria indicando la obligación de sancionar antes del 30 de abril de 2014 una ley reglamentaria que garantice que las erogaciones en publicidad oficial se ajusten a los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, y honradez. Esa norma también debería establecer máximos, límites y las condiciones en que se deberían

---

\* Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires, máster y doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Dirige el Centro de Estudios de Posgrado de la Facultad.

Este artículo retoma y reelabora, a la luz del caso mexicano, versiones anteriores de este trabajo ya publicadas bajo el título “Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad”, por el Interamerican Dialogue, Washington, 2008, disponible en: <http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/IAD%206726%20Media%20and%20Gov%20Report%20web.pdf> y en varios autores, *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO, Oficina en Quito, y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2011, pp. 161-180.

hacer esas erogaciones. Si bien han existido 17 iniciativas legislativas en el Congreso de la Unión, ninguna había sido aprobada hasta el momento en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el fallo que comentaré en este trabajo.<sup>1</sup> A título informativo, y antes de introducirnos en el análisis jurídico de la sentencia del alto tribunal, es útil dimensionar el problema. Durante 2016 la administración pública federal aplicó aproximadamente 8,500 millones de pesos en materia de publicidad oficial. Por su parte, las 32 entidades federativas gastaron unos 3,600 millones adicionales.<sup>2</sup> Bajo la Presidencia de Enrique Peña Nieto se registró un gasto de más de 34,000 millones de pesos entre 2013 y 2016. Para poner estas cifras en perspectiva, quizá sirva decir que los daños materiales generados por los sismos registrados el 7 y el 19 de septiembre de 2017 ascienden a 38,000 millones.<sup>3</sup>

El 23 de mayo de 2014, la asociación civil Artículo 19 interpuso un amparo contra el Congreso de la Unión basado en el incumplimiento del tercero transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan cláusulas de la Constitución en cuestiones electorales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014, de modo que el órgano legislativo federal falló en sancionar la ley reglamentaria exigida por el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución.

El 15 de noviembre de 2017, los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte ordenaron al Congreso expedir una ley regulatoria del gasto en publicidad oficial antes del 30 de abril de 2018, a fin de cumplimentar el mandato de la reforma constitucional de 2014. La Corte, así, hizo lugar por cuatro votos contra uno, al amparo de la asociación civil Artículo 19, que se presentara ante sus estrados denunciando la omisión del Congreso de actuar de acuerdo con lo ordenado por el tercer artículo transitorio de la reforma constitucional de febrero de 2014. El tribunal afirmó en su senten-

---

<sup>1</sup> Amparo en revisión 1359/2015, Recurrente: Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. El 10 de abril de 2018 la Cámara de Diputados dio media sanción a la Ley General de Comunicación Social, que requiere, al momento de la publicación de este artículo, de la sanción de la Cámara de Senadores para convertirse en ley. Este proyecto ha sido fuertemente criticado por expertos y activistas por institucionalizar la discrecionalidad hoy imperante en el manejo de fondos para la compra de publicidad oficial en contra de lo dispuesto por la Corte Suprema en la decisión que aquí comento. Véase: <https://newsweekspanol.com/2018/04/ley-publicidad-oficial-libertad-expresion/>.

<sup>2</sup> *Libertades en resistencia*, Informe Anual 2016 de la organización Artículo 19. Disponible en: [https://articulo19.org/wp-content/uploads/2017/04/Libertades-en-Resistencia\\_Informe-2016-A19.pdf](https://articulo19.org/wp-content/uploads/2017/04/Libertades-en-Resistencia_Informe-2016-A19.pdf).

<sup>3</sup> “Peña se gastó en publicidad, en apenas 4 años, lo mismo que nos costará el rescate por el sismo”, *Sin embargo.mx*, 28 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.sinembargo.mx/28-09-2017/3317729>.

cia que: “Ni de la libertad de expresión ni de ninguna otra disposición constitucional se desprende que los medios de comunicación tengan un derecho a que se les asignen recursos estatales por difundir publicidad oficial”, pero que, sin embargo, resulta exigible “por un lado, que el ejercicio del gasto en comunicación social del Gobierno atienda a los principios previstos en el artículo 134 y, por otro, que la libertad de expresión no sea afectada por la ausencia de reglas claras sobre ese tipo de gasto”. Los ministros que expresaron la voluntad de la mayoría de la Corte agregaron que: “La ausencia de esta regulación propicia un ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social, lo cual constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, claramente proscrito por la Constitución”.

Esta decisión jurisprudencial encierra dos novedades en el contexto jurídico mexicano al tiempo que coloca a este tribunal en la senda de sus pares de países como Colombia y Argentina, así como también se presenta en sintonía con la posición adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la materia.<sup>4</sup> Por un lado, ordena al Congreso Federal expedir una ley para cumplir con el mandato constitucional que el Estado se encontraría violando a través de su inacción. Por el otro, exige reparar una omisión legislativa a partir de un amparo interpuesto por un particular. La decisión fue redactada por el ministro Arturo Zaldívar, y fue suscrita por los ministros Pardo Rebolledo, Sánchez Cordero, Cossío Díaz, y Gutiérrez Ortiz-Mena. El fundamento de esta decisión, en las propias palabras del ministro Zaldívar, fue que “Estos derechos, al no ser estrictamente individuales, involucran a más personas por lo que sería imposible protegerlos sin beneficiar a personas ajenas al juicio. Se debe reinterpretar el principio de relatividad para que sea compatible con el fin del juicio de amparo, que es la protección de todos los derechos fundamentales”. En suma, la Corte Suprema fijó posición en el sentido de que, existiendo un mandato constitucional expreso al Congreso federal para la emisión de una ley, la vía del amparo podría activarse para exigir judicialmente esa acción legislativa.

## II. DIVERSIDAD DE VOCES Y DEMOCRACIA

El 12 de diciembre de 2007 los relatores especiales para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la OEA, la Comisión Africana sobre los

---

<sup>4</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión*, 7 de marzo de 2011, pp. 22-25, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/publicidad%20oficial%202012%20o5%2007>.

Derechos Humanos y de los Pueblos y el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea (OSCE) sobre Libertad de Medios, convocados por la organización Artículo 19 emitieron en Ámsterdam un comunicado conjunto en el que proclamaron la necesidad de promover la diversidad en materia de radiodifusión.<sup>5</sup> En este documento, los relatores enfatizaron que:

La diversidad en los medios es de fundamental importancia para la libre circulación de información e ideas en la sociedad, de modo de dar voz a todas las personas y satisfacer las necesidades de información y otros intereses de todos, tal como lo establecen las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión.

Asimismo, este acuerdo también resalta “la importancia de la diversidad para la democracia, la cohesión social y la amplia participación en los procesos de toma de decisiones”. El documento señala que “la diversidad tiene una naturaleza compleja, que incluye diversidad del *outlet* (tipos de medios) y de la fuente (propiedad de los medios), como así también diversidad de contenido (*media output*)”. Finalmente, afirma que:

La indebida concentración de la propiedad de los medios, directa o indirecta, como así también el control del gobierno sobre los medios, constituyen amenazas a la diversidad de los medios, así como también otros riesgos, tales como la concentración del poder político en las manos de los propietarios y las élites gobernantes.

Esta toma de posición consensuada por funcionarios de cuatro organismos internacionales de protección de derechos humanos cuyos mandatos especiales se centran en la protección de la libertad de expresión, establece que esta libertad constituye una de las precondiciones necesarias para el buen funcionamiento del sistema democrático. La democracia constitucional se apoya sobre la idea fuerza de autogobierno ciudadano que reconoce en el pueblo el derecho colectivo a decidir libremente su destino, para lo cual debe tomar decisiones fundamentales. Con el fin de escoger las mejores opciones disponibles, el pueblo debe poder acceder a la mayor cantidad posible de información. La protección de la libertad de expresión tiene por objeto, además de preservar el derecho individual del que se expresa, asegurar el derecho de todas las demás personas a conocer la mayor cantidad

---

<sup>5</sup> Véase el documento completo en <http://www.article19.org/pdfs/igo-documents/mandates-broadcasting.pdf>. Las traducciones de las citas de este documento son mías.

y diversidad de expresiones posibles con el fin de ejercer su derecho individual a desarrollar su plan de vida en forma autónoma y su derecho colectivo a autogobernarse.<sup>6</sup> Esta relación entre libertad de expresión, derecho a la información, diversidad y democracia, se encuentra explícitamente reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, al sostener que el derecho a la libertad de expresión “comprende” el derecho a la información.<sup>7</sup>

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta relación cuando sostuvo en su Opinión Consultiva OC-5 que el derecho a la libertad de expresión es un derecho que contiene una “dimensión social”. De este modo la Corte afirma que

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir “ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Sobre un desarrollo de esta teoría de la libertad de expresión como precondition de la democracia y las implicaciones regulatorias y en materia de asignación de recursos públicos, véase Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Existe traducción al español: Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1999.

<sup>7</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5, del 13 de noviembre de 1985, sobre colegiación obligatoria de periodistas, Considerando 30. Véase también los considerandos 32 a 34:

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano

En resumen, la censura, en cualquiera de sus formas, constituye, además de una violación del derecho a la libertad de expresión del que se manifiesta, un ataque al derecho a la información de aquellos que se vean privados de conocer esa expresión, un modo de socavar la diversidad informativa y, por ese motivo, una amenaza al buen funcionamiento de la democracia y al ejercicio de los más básicos derechos políticos, también reconocidos en la Convención Americana.<sup>9</sup>

### III. CENSURA INDIRECTA

La agenda de problemas relacionados con la protección de la libertad de expresión en las Américas es variada y, si bien hay signos de progreso, también hay indicadores altamente preocupantes. Según la organización Reporteros sin Fronteras, México es el tercer país más peligroso para practicar el perio-

---

común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

33. Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

<sup>9</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 23. Derechos Políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
  - a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
  - b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
  - c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

dismo luego de Siria y Afganistán.<sup>10</sup> Desde el año 2000 al 2017, 109 periodistas han sido asesinados en este país.<sup>11</sup> También los activistas de la sociedad civil se encuentran amenazados en muchas naciones del mundo y en especial de América Latina por realizar su trabajo y por las expresiones que ponen de manifiesto al llevar adelante sus agendas. El caso del asesinato de la activista ambiental Berta Cáceres en Honduras es un ejemplo en este sentido.<sup>12</sup> Esta dramática realidad de América Latina se reproduce en menor escala, pero en niveles preocupantes, en Colombia, Guatemala, Honduras y Venezuela. Si bien la situación es dramática en estos contextos, también es altamente compleja, pues es preciso reconocer que al tiempo que se ha incrementado la violencia ejercida generalmente por grupos mafiosos que operan al margen del Estado, han decrecido sustancialmente las amenazas directas y la censura abierta por parte de los gobiernos respecto de aquellos que ejercen su libertad de expresarse. Sin embargo, ese aspecto positivo convive con la aparición de nuevas amenazas originadas desde el poder público y que resultan ser más sutiles pero altamente eficaces, las cuales se han perfeccionado y desarrollado en la región y entre las que se encuentra la manipulación de la prensa por medio del uso del dinero como un mecanismo de censura indirecta.

El Estado permanentemente toma decisiones y realiza acciones que impactan positiva o negativamente sobre la libertad de expresión. La aspiración de un Estado neutro, ausente y, supuestamente por ello, respetuoso de la libertad de expresión, se funda en la mítica idea de que todos podrían ejercer su derecho a expresarse si no mediaran obstáculos originados desde el Estado. Esta visión de la libertad de expresión como libertad negativa, en términos de Isaiah Berlin,<sup>13</sup> ya no resulta conceptualmente aceptable. Ningún derecho, ni siquiera los civiles y políticos, puede ejercerse sin algún tipo de acción estatal.<sup>14</sup> La noción de la libertad de expresión como precon-

---

<sup>10</sup> Díaz, Gloria Leticia, “México, más peligroso para periodistas que Siria y Afganistán, alertan RSF y Artículo 19”, *Proceso*, 26 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.proceso.com.mx/483967/mexico-peligroso-periodistas-siria-afganistan-alertan-rsf-articulo-19>.

<sup>11</sup> Véase <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/06/26/1170856>.

<sup>12</sup> Según Amnistía Internacional los homicidios de defensores de los derechos humanos en el mundo han pasado de 156 en 2015 a 281 en 2016, tres cuartas partes de ellos en América Latina. Ver Alejandra Agudo, “Aumenta los asesinatos de activistas”, *Diario El País*, Madrid, 16 de mayo de 2017, disponible en: [https://elpais.com/elpais/2017/05/16/planeta\\_futuro/1494909957\\_528995.html](https://elpais.com/elpais/2017/05/16/planeta_futuro/1494909957_528995.html).

<sup>13</sup> Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, pp. 187-243.

<sup>14</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, 1997.

dición de la democracia y de la posibilidad de expandir la diversidad de voces, requiere de acciones estatales que aseguren esa diversidad o, al menos, que no la impidan. El Estado tiene dos roles por medio de los cuales puede potenciar o debilitar la diversidad de voces y, por lo tanto, afectar negativamente el libre ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información. Me refiero, por un lado, a su función regulatoria, y, por otro, a su facultad de asignar recursos. La primera función es la que, por ejemplo, el Estado desarrolla cuando establece condiciones para la compra de medios de comunicación, o cuando legisla acerca del modo en que el derecho a la libertad de expresión puede ser ejercido, estableciendo límites con miras a proteger a los menores de edad o la privacidad de las personas, como lo establece el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El segundo caso, el de la facultad de asignar y distribuir recursos, es sobre el que deseo llamar la atención en este trabajo.

El Estado maneja una considerable cantidad de dinero o bienes de otro tipo destinados a favorecer o a impedir la expresión de voces. El Estado administra y decide sobre la distribución, por ejemplo, de fondos para investigaciones científicas, de las paredes de sus museos públicos para la exhibición de obras de arte, de becas de estudio sobre las más variadas temáticas, de subsidios para la realización de obras cinematográficas y de distintos tipos de publicaciones, de licencias de radio y televisión, etcétera. Todos estos recursos son limitados y el Estado debe tomar decisiones difíciles acerca del modo en que serán distribuidos, a quién concedérselos y a quién negárselos. Para llevar a cabo esa distribución el Estado debe recurrir a algún criterio que sea respetuoso de las normas establecidas en la Constitución nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado. Por ejemplo, no puede distribuir esos recursos sobre la base de prejuicios, persecuciones o enemistad política o de otro tipo. El Estado debe poder justificar constitucionalmente sus decisiones respecto de la distribución de esos recursos. Los principios en los que se fundan la declaración conjunta de los relatores especiales referida anteriormente, la propia Convención Americana de Derechos Humanos, y la Opinión Consultiva OC-5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proveen la justificación necesaria y legítima para guiar esas decisiones difíciles. Según esos principios, dado que la libertad de expresión es una precondition del buen funcionamiento del sistema democrático, necesitado de la mayor cantidad posible de diversidad de información e ideas, el Estado debe distribuir aquellos recursos escasos de modo tal que expanda esa diversidad de voces o, al menos, no la debilite. Nadie tiene un derecho sin límites a acceder a esos recursos —que además son limitados—, pero todos tienen derecho a que ellos no les

sean vedados como consecuencia del contenido de la expresión que desean realizar o que han emitido. Desde esta perspectiva, privar a una persona del acceso a uno de estos recursos como consecuencia del contenido de la expresión, por ejemplo, por ser ella crítica del gobierno, atenta contra la libertad de expresión de tres maneras: en primer lugar, viola el derecho a expresarse del que se manifiesta, dado que no accede a esos recursos sobre la base de un criterio injustificado y como consecuencia de haber sido discriminado por el contenido de sus ideas; en segundo lugar, la medida que deniega el acceso a esos recursos sobre la base del contenido de la expresión (por ejemplo, una expresión crítica del gobierno) produce un efecto silenciador (*chilling* o *silencing effect*<sup>15</sup>) sobre todas aquellas personas que teniendo una opinión similar no quieren exponerse a medidas persecutorias por parte del Estado y por ese motivo optan por la autocensura y el silenciamiento de sus ideas, y, en tercer lugar, afecta negativamente el derecho a la información del resto de las personas que se verán privadas de conocer la más amplia diversidad de ideas, datos y perspectivas por el silencio de aquellos que no han podido acceder a los recursos necesarios o que han callado para no perderlos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere expresamente en su artículo 13.3 a estas situaciones en las que los Estados pueden verse tentados de utilizar su poder regulatorio o su facultad de asignar y distribuir recursos como un mecanismo sutil de silenciamiento:

No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

La identificación de esta modalidad de censura por “vías o medios indirectos” se produce, entonces, según la Convención, cuando las facultades regulatorias del Estado, o aquellas asociadas a la distribución de recursos limitados, se ejercen de modo tal que “restringen” la libertad de expresión “indirectamente”, como opuesto a los tradicionales medios directos de censura (la prohibición de un autor, el cierre de un diario, el secuestro de libros de los comercios, etcétera). El recurso por parte del Estado a cualquier “medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” es, para la Convención, un modo de violar el derecho a la libertad de expresión de aquellos que no pueden expresarse (porque no acceden a

<sup>15</sup> Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Existe traducción al español: Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1999.

esos recursos o porque callan para no perderlos o para no perder la chance de acceder a ellos), y el derecho a la información de aquellos que nos vemos privados de conocer aquello sobre lo cual se hubieran expresado.

A diferencia de la concepción tradicional de la censura (directa) ejercida por el Estado, la concepción de la libertad de expresión como precondition de la democracia y la consiguiente obligación estatal de asegurar la diversidad de perspectivas que confluyen en el debate público, así como la información y la multiplicidad de opiniones, no requiere del Estado un “no hacer” (no prohibir, no censurar), sino que le exige el diseño e implementación de políticas públicas acordes con esa obligación (en este sentido, este derecho clásicamente civil tiene características usualmente asociadas exclusivamente con los derechos sociales).<sup>16</sup> Esas políticas, que muchas veces están asociadas a la distribución de recursos escasos, necesitan apoyarse sobre una serie de estándares que impidan que la distribución de esos recursos se lleve a cabo de un modo discriminatorio y contrario a la libertad de expresión y a la libertad de información. El Estado, en estos casos, tiene una obligación de “hacer” (distribuir dinero en forma de subsidios o evitar efectos de silenciamiento por medio del ejercicio de su poder de distribuir esos u otros recursos, por ejemplo) que debe estar sujeta a reglas que tiendan a asegurar el respeto de los derechos a la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y a no ser discriminado.

#### IV. EL USO DE LA PUBLICIDAD OFICIAL COMO MECANISMO DE CENSURA INDIRECTA

Los gobiernos de las democracias constitucionales tienen la obligación de dar cuenta de sus actos. Por otro lado, muchas políticas públicas están basadas hoy día en la distribución de información. La comunicación masiva del cronograma de vencimientos de un impuesto; la generación de conciencia colectiva acerca del uso de preservativos para la una política eficaz de lucha contra el virus del VIH-SIDA; la diseminación de información básica para tratar el agua como forma de prevención de una epidemia de dengue, o la difusión de la implementación de un programa de distribución de anticonceptivos, son algunos ejemplos de políticas públicas desarrolladas por el Estado que requieren de una comunicación directa y masiva con la población. El Estado generalmente cuenta con un medio oficial en el que se publican las normas

---

<sup>16</sup> Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editorial del Puerto, 1998.

que se emiten y sancionan, las licitaciones y todo tipo de información formal, pero este medio no es el apropiado para llevar adelante aquellas campañas, su formato es habitualmente muy básico y su circulación relativamente restringida a aquellos que buscan esa información por necesidad profesional. A fin de desarrollar sus campañas informativas el Estado necesita de espacio en los medios de comunicación. Si se descarta su sesión gratuita, sobre todo en los medios gráficos, la única forma mediante la cual el Estado puede contar con él es a través de su compra. Si bien no es una práctica habitual en todos los países, en América Latina muchos Estados nacionales y, en los países federales, los Estados provinciales, asignan importantes sumas de dinero para la compra de espacio en los medios de comunicación privados y públicos. Los volúmenes de recursos dedicados a la compra de esa pauta publicitaria pueden incluso no ser considerables comparados con el PBI de un país en particular, pero lo que importa es si esos fondos son relevantes comparados con los fondos disponibles en el sector privado para la compra de pauta publicitaria. Si la dimensión relativa de los montos dedicados para publicidad oficial desde el Estado es considerablemente mayor que los dedicados a la compra de publicidad por empresas privadas, entonces los medios que los reciben pueden desarrollar algún grado de dependencia importante de esos recursos estatales. En 2005, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el *Open Society-Justice Initiative* (OSI-JI) produjeron un informe sobre la distribución de la publicidad oficial en Argentina que analizó la situación a nivel nacional y en cuatro provincias del país. El caso más paradigmático lo ofreció la provincia de Tierra del Fuego, la más austral del país, con alrededor de 123,000 habitantes y muy escasa actividad económica privada (casi el 80% del ingreso generado proviene de los gobiernos provincial y municipales). Según el informe de la ADC y OSI-JI, al momento en que se realizó el estudio, la mayoría de los medios de comunicación de esta provincia sobrevivían gracias a los fondos que recibían por la compra de publicidad realizada por los diferentes niveles de gobierno. Aproximadamente el 75% de sus ingresos provenían de la publicidad oficial, sobre todo provincial.<sup>17</sup> Dada esta proporción de publicidad oficial en relación con la publicidad privada, es claro que la supervivencia de los medios provinciales está altamente supeditada a la continuidad de ese flujo de fondos. En provincias con mayor actividad privada, como es el caso Córdoba, por ejemplo, la dependencia es menor en términos globales, aunque ella pue-

---

<sup>17</sup> Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una censura sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005, p. 27. Versión en inglés, *Buying the News. A Report on Financial and Indirect Censorship in Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005.

de ser mayor en el caso de algún medio en particular. A nivel nacional, por ejemplo, los dos diarios de mayor circulación, *Clarín* y *La Nación*, reciben una cantidad de publicidad oficial que no es determinante para la continuidad financiera de esos medios. Según el informe mencionado, en ninguno de los dos casos el monto recibido superaba el 5% de sus ingresos.<sup>18</sup> Sin embargo, este no es necesariamente el caso de medios más pequeños que reproducen la situación de vulnerabilidad descrita en Tierra del Fuego.

El problema de la dependencia económica de algunos medios de la compra de publicidad por parte del Estado se agudiza cuando se encuentra combinado con una absoluta o relativa ausencia de regulaciones que limiten la discrecionalidad del funcionario con la facultad de decidir quiénes reciben la pauta oficial. En el caso argentino, es muy escasa e insuficiente la normativa provincial o nacional que por medio de regulación opere como límite a la libertad de decisión del secretario de medios nacional o provincial, usualmente a cargo de tomar aquella decisión.<sup>19</sup> La vulnerabilidad de un medio que depende de la publicidad oficial para continuar su trabajo conduce a una situación de debilidad frente al funcionario público que tiene el poder, prácticamente, de estrangular sus finanzas, dando lugar a un muy probable efecto de silenciamiento y autocensura de ese mismo medio que teme perder la pauta oficial y de todos aquellos que se encuentran en la misma situación de dependencia y vulnerabilidad. Dado que es muy difícil, si no imposible, modificar la ecuación de publicidad pública y privada de los medios en contextos de escaso desarrollo del sector privado, problema que se acentúa a nivel local, sólo una regulación apropiada que limite la discrecionalidad del funcionario encargado de comprar la pauta publicitaria puede atemperar los niveles de vulnerabilidad y amenaza a la libertad de expresión descritos. En este sentido, el relator para la Libertad de Expresión de la OEA, ha afirmado que “la posibilidad de decidir discrecionalmente, sin reglas claras, cómo y a quién se le otorga publicidad oficial abre la puerta a la arbitrariedad. La posible violación indirecta de la libertad de expresión surge porque las decisiones arbitrarias conllevan el riesgo de ser usadas como presión hacia los medios de comunicación críticos de la gestión de gobierno”.<sup>20</sup> Así lo afirmó también en su Informe Anual de 2003:

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>19</sup> A nivel nacional, se han sancionado algunas normas recientemente, pero de nivel inferior, como por ejemplo la Resolución 247 – E/2016 y la Resolución 617 – E/2016 ambas de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Presidencia de la Nación del 24 de agosto de 2016 y del 3 de noviembre de 2016, respectivamente.

<sup>20</sup> Eduardo Bertoni, Prólogo a Asociación por los Derechos Civiles y Open Society Justice Initiative, *Una censura sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005, p. 6.

[E]s imperativo que exista un marco jurídico que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad. A fin de garantizar la libertad de expresión en el futuro, los Estados deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios.<sup>21</sup>

Es importante destacar que el Informe de la Relatoría, además de reconocer el problema específico y la amenaza para la libertad de expresión derivados de la distribución discrecional de la publicidad oficial en contextos de alta dependencia económica de esa fuente de financiamiento, enmarcó la cuestión de la manipulación financiera de los medios por parte del Estado como una cuestión de libertad de expresión. Para hacerlo, encontró fundamento en el Principio núm. 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada durante el 108o. periodo ordinario de sesiones de la CIDH realizado en octubre de 2000:

Principio 13: La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.<sup>22</sup>

## V. PUBLICIDAD OFICIAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La relación entre la asignación de publicidad oficial y su posible uso como mecanismo para manipular y controlar el contenido de aquello que se expresa en los medios de comunicación no atrajo la atención de la opinión pública en

<sup>21</sup> Informe de la Relatoría del año 2003, capítulo 5, párrafo 88.

<sup>22</sup> Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada durante el 108o. periodo ordinario de sesiones de la CIDH realizado en octubre de 2000.

América Latina hasta comienzos del siglo XXI. En Argentina, por ejemplo, fue la combinación de algunos casos flagrantes de uso de la publicidad oficial para manipular a la prensa y el incremento paulatino de los fondos que el Poder Ejecutivo destinaba año tras año desde 2003 a este rubro, lo que puso el tema en la agenda pública. Además, el incremento de ese monto sumado a la sospecha de que algunos de esos recursos encontraban como destino las empresas de personas cercanas al presidente Néstor Kirchner contribuyó a que los propios medios y organizaciones no gubernamentales empezaran a poner en evidencia la situación.<sup>23</sup>

En 2003 el Poder Ejecutivo Nacional en Argentina había gastado poco más de 46 millones de pesos, en 2004 gastó casi 100, más del doble del año anterior. Mientras tanto, en 2005 el gasto fue de 127 millones de pesos mientras que en 2006 superó a los 209 millones. En todos estos casos los presupuestos aprobados por el Congreso Nacional para el rubro fueron superados por la ejecución final. En los primeros diez meses del año 2007, el Poder Ejecutivo Nacional invirtió 270,729,286 pesos en concepto de publicidad oficial, cifra 61 millones superior al total gastado durante 2006 y excedida en un 33% del presupuesto aprobado para este año, que fue de 202,792,000 de pesos.

Es preciso insistir sobre el hecho de que el aumento del monto total asignado a la publicidad oficial no es necesariamente algo reprochable, dado que una mayor actividad de gobierno, el lanzamiento de campañas específicas o el impacto de la inflación pueden provocar ese aumento. Por ejemplo, en los tres meses previos a las elecciones presidenciales del 28 de octubre de 2007, el Poder Ejecutivo Nacional lanzó varias campañas que requirieron de una fuerte inversión publicitaria. La campaña “Visitas Presidenciales”, tal como figura en los registros oficiales suministrados a pedido de la ADC, fue una de las que más fondos públicos demandó. Involucró en agosto de 2007 un total de 1,962,336 pesos. En septiembre la cifra ascendió a 2,930,383 pesos y en octubre a 2,272,635 pesos. En ese trimestre inmediatamente previo a las elecciones de octubre, la campaña “Visitas” requirió 7,165,355 pesos. Esta campaña fue superada sólo por la campaña “Trabajo Registrado”, del Ministerio de Trabajo y la campaña “Padrones Electorales”, que demandó la suma de 11,238,041 pesos y que se podría

---

<sup>23</sup> Para un análisis detallado de la posible relación de la asignación de publicidad oficial con el financiamiento de las campañas políticas oficialistas y probables casos de corrupción, véase O'Donnell, María, *Propaganda K. Una maquinaria de promoción con el dinero del estado*, Buenos Aires, Planeta, 2007, Capítulo 2: La degeneración de la publicidad oficial.

explicar por las necesidades informativas del gobierno ante las elecciones de octubre de 2007.<sup>24</sup>

Ese dato del aumento paulatino y exponencial de los montos sólo nos indicaba que los volúmenes de dinero involucrados comenzaban a ser considerables y, si bien pueden continuar siendo pequeños en relación con el PBI, son valores que tienen un impacto importante en el comportamiento de los medios, sobre todo de aquellos que, a diferencia de los grandes medios nacionales, dependen en gran medida de la pauta oficial para sobrevivir.

Los volúmenes de dinero en cuestión combinados con la falta de transparencia acerca de las reglas que rigen la facultad del gobierno nacional para decidir la pauta publicitaria oficial, de forma equivalente a lo que se percibe en el resto del país a nivel provincial, crea el marco necesario para que aumente la discrecionalidad y la arbitrariedad de aquellos que toman esas decisiones. En este sentido, el propio secretario de medios del gobierno de Néstor Kirchner, a cargo de la asignación de la pauta publicitaria, había afirmado que “en la comunicación oficial repartimos con ciertos criterios propios, y eso tiene que ver con decisiones políticas, con criterios que tiene una lógica en la pauta publicitaria”.<sup>25</sup> El funcionario, se preguntó frente a la periodista que lo entrevistó:

¿Por qué no le damos a algún medio? Estamos hablando de un sólo caso, que es la Editorial Perfil. A la revista *Noticias* y al semanario *Perfil*, que Jorge Fontevecchia llama diario, no le damos publicidad oficial porque pertenece a un tipo de periodismo amarillo, sensacionalista con rasgos de extorsión. Es un medio que ha cometido errores periodísticos que no ha reconocido. Como cuando confundió al hijo del presidente con el yerno del empresario Raúl Moneta. Igualmente, hay muchas revistas a las que no les damos publicidad y tratamos de llevar más a los medios chicos y del interior. Lo más probable es que cometamos algún error y lo iremos corrigiendo.<sup>26</sup>

Estas declaraciones oficiales del funcionario responsable del área en cuestión ponían en evidencia dos cuestiones. Por un lado, que no existían en el país a nivel nacional —y tampoco a nivel provincial— reglas claras

---

<sup>24</sup> Véase Asociación por los Derechos Civiles, *La Publicidad Oficial del Poder Ejecutivo Nacional durante 2007*, Análisis Preliminar, Diciembre de 2007, disponible en: <http://www.adc.org.ar/recursos/720/ADC%20Pre%20Informe%20Publicidad%20Oficial%20del%20PEN%20en%202007.pdf>.

<sup>25</sup> Diario *La Nación*, Suplemento Enfoques, entrevista realizada el 4 de febrero de 2007 por Susana Reinoso al señor “Pepe” Albistur, secretario de medios del presidente Kirchner y actual secretario de medios de la presidenta Cristina Fernández.

<sup>26</sup> *Idem*.

y transparentes acerca de cuáles son los criterios que deben regir las decisiones del gobierno nacional en materia de distribución de pauta oficial. Los estándares de “criterios propios” o el elusivo criterio relacionado con “decisiones políticas” no parece acercarse a la exigencia del relator especial de la OEA para la Libertad de Expresión expresadas en el ya mencionado Informe Anual de 2003:

[E]s imperativo que exista un marco jurídico que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad. A fin de garantizar la libertad de expresión en el futuro, los Estados deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios.<sup>27</sup>

Por otro lado, la referencia a lo que parece ser un criterio más objetivo, la mención de la opción por medios pequeños y del interior, además de no corresponderse con la realidad,<sup>28</sup> parece confundir la publicidad oficial con un subsidio. Según el relator especial de la OEA para la libertad de expresión:

La concentración de la propiedad de medios de comunicación trae como consecuencia que los medios más pequeños enfrenten una competencia cada vez más fuerte por los ingresos de la publicidad. Para paliar esta dificultad, hay quienes sostienen la importancia de distribuir de manera discriminatoria la publicidad oficial, permitiendo —gracias a los recursos de la publicidad del Estado— ampliar la voz de periodistas y medios de comunicación local, de los medios más pequeños y de los que critican a las empresas del sector privado que se constituyen como principales anunciantes. Este criterio tiende a confundir los objetivos de la publicidad oficial con los objetivos de una política de subsidio estatal en el marco de una política comunicacional, que podría ser válida y aun necesaria. Los recursos del Estado que se utilizan para

---

<sup>27</sup> Informe de la Relatoría del año 2003, capítulo 5, párrafo 88.

<sup>28</sup> Según el Pre-Informe de la ADC emitido el 20 de diciembre de 2007, en los primeros diez meses del 2007 la inversión publicitaria directa en el rubro de diarios, revistas, radios y canales de TV tendió a concentrarse en medios de la Ciudad de Buenos Aires —incluyendo los de distribución nacional— y el porcentaje que se dirigió a medios del interior fue relativamente bajo. De los 270,729,286 de pesos totales, el Poder Ejecutivo Nacional invirtió 150,288,181 de pesos distribuidos en 455 proveedores “directos”. El 88.4 por ciento de ellos pertenece a medios que se editan o producen en la Ciudad de Buenos Aires, lo que incluye a varios medios de distribución nacional (y a los estatales, Radio Nacional y Canal 7).

el pago de la publicidad oficial tienen un objetivo distinto a los objetivos que se pueden plantear para una determinada política de comunicación social. La posibilidad de decidir discrecionalmente, sin reglas claras, cómo y a quién se le otorga publicidad oficial abre la puerta a la arbitrariedad. La posible violación indirecta a la libertad de expresión surge porque las decisiones arbitrarias conllevan el riesgo de ser usadas como presión hacia los medios de comunicación críticos a la gestión de gobierno.<sup>29</sup>

La Editorial Perfil, en virtud de la práctica gubernamental tendiente a no comprar espacios de publicidad en los medios del grupo, como el *Diario Perfil* y la *Revista Noticias*, inició una acción judicial contra el Estado nacional por discriminación y censura indirecta. En esa misma causa, la ADC presentó un *amicus curiae* en el que sostuvo, coincidentemente con la demandante, que la regulación de la publicidad oficial actualmente vigente resulta contraria al derecho a la libre expresión (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y al principio de legalidad (artículos 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). De acuerdo con el principio de legalidad establecido en la Constitución argentina, toda regulación estatal que afecte directamente los derechos de las personas tiene que haber sido adoptada por el Poder Legislativo. Como se sostiene en el *amicus*, “este principio es particularmente importante en el ámbito de la libertad de expresión, porque asegura que su ejercicio no será afectado por decisiones discrecionales, arbitrarias y unilaterales del poder ejecutivo”. La ADC sostuvo allí que entre las restricciones ilegítimas que pueden afectar gravemente la libertad de expresión está la manipulación arbitraria y discrecional de la asignación o retiro de la publicidad oficial por parte del gobierno, con el objeto de “premiar” o “castigar” a los medios de prensa. En esa presentación, la ADC señaló que es decisivo que en ese ámbito toda regulación sobre publicidad oficial, además de estar contenida en una ley sancionada por el Poder Legislativo, establezca en forma precisa y detallada los criterios y mecanismos de distribución de la publicidad oficial y un sistema eficaz de control de la asignación de los fondos públicos.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Bertoni, Eduardo, Prólogo a Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005, p. 6.

<sup>30</sup> Véase el *amicus* brief presentado por la ADC en: <http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=581&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=2>.

## VI. LA CORTE SUPREMA ARGENTINA Y EL CASO *RÍO NEGRO*

La Editorial Perfil obtuvo una decisión favorable en el caso interpuesto por discriminación y censura indirecta contra el Estado nacional en virtud de lo que ya había decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de septiembre de 2007 en un caso de características similares a favor del *Diario Río Negro* en una demanda por censura indirecta y discriminación contra el gobierno de la Provincia de Neuquén<sup>31</sup> y que se convirtió en el primer caso de la región en asociar el uso discrecional de la asignación —o no asignación— de publicidad oficial con el ejercicio de la censura en su variante indirecta.

La Corte decidió el caso *Río Negro*, basándose en un *obiter dictum* de un precedente decidido por ella el 12 de junio de 1997, el caso *Emisiones Platenses*.<sup>32</sup> En esta causa, la empresa periodística promovió una acción de amparo contra el intendente de la ciudad de La Plata para que “se dispusiera judicialmente la adquisición de espacios de publicidad oficial en el diario de su propiedad *Hoy en la Noticia*, en condiciones razonablemente equitativas y similares a las previstas respecto del periódico *El Día* de dicha ciudad por el decreto municipal 578”. La empresa Emisiones Platenses S.A. adujo que estaba siendo discriminada en la distribución de la pauta por existir:

Un trato diferente que se centra en un aspecto principal: dado que el diario *El Día* recibe para publicar información pública por un precio en dinero y el periódico de la apelante no se encuentra favorecido por esa utilidad, sostiene que el derecho a la información no se agota en la posibilidad de acceder a las fuentes ya que también contempla el derecho a informar y a ser informado, derechos que se ven afectados por la forma en la que el demandado distribuye la publicidad oficial, actitud que produce una discriminación en perjuicio de sus lectores que deben recurrir al otro diario platense para tener un debido conocimiento de los actos gubernamentales en el ámbito local.<sup>33</sup>

La Corte Suprema decidió la cuestión a favor del gobierno municipal sobre la base de dos premisas. Por un lado, sostuvo que no existe un derecho a recibir publicidad oficial como precondition para el ejercicio de la libertad de expresión. Por otra parte, el tribunal abonó el terreno que conduciría al caso *Río Negro* cuando sostuvo en *Emisiones Platenses* que

---

<sup>31</sup> Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 1. XXXIX, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo*, sentencia del 5 de septiembre de 2007.

<sup>32</sup> Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 28. XXXII, *Emisiones Platenses S.A. s/ acción de amparo*, sentencia del 12 de junio de 1997.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

La transformación producida de los medios de comunicación masiva... no ha generado una obligación positiva en cabeza de la comuna para apoyar a un periódico a fin de mantener la igualdad en el grado de competición en el marco de los recursos financieros con otro que disputa a los mismos consumidores el mercado periodístico, *a menos que se demuestre —lo que no ha ocurrido en el caso— que la decisión respecto a la forma de distribución de la publicidad gubernamental encubra una maniobra para destruir o restringir el derecho de imprenta de la recurrente.*<sup>34</sup>

En el caso *Río Negro* el diario alegó que, como consecuencia de una nota crítica del gobierno provincial, en la que se lo involucraba en un posible caso de corrupción, el Estado local había dejado de comprar el espacio publicitario que venía adquiriendo a modo de sanción por la expresión emitida. En este caso, la Corte entendió que la persecución en virtud del contenido de la expresión publicada estaba demostrada y condenó al Estado provincial por censura indirecta ordenándole establecer una regulación apropiada que limite la discrecionalidad del gobierno al tomar las decisiones conducentes a asignar la publicidad oficial. En este sentido, la Corte sostuvo en el caso *Río Negro* que

No existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial. Sin embargo, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables. Así, los criterios no serían ilegítimos cuando “La necesidad de selección se relaciona con la necesidad de que los funcionarios del Estado establezcan una diferenciación entre una serie de medios de comunicación dentro de una categoría”. “Para adoptar esas decisiones de acuerdo con los principios de la libertad de expresión, las mismas deben estar basadas en criterios «sustancialmente relacionados» con el propósito descrito y que debe ser neutro en relación con los puntos de vista del medio” (Punto 11 del Informe Anual 2003 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Por lo demás, no sólo debe evitar el gobierno acciones intencional o exclusivamente orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa, sino también aquellas que llegan a idéntico resultado de manera indirecta... Por lo tanto, la distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión, obstruyendo este derecho de manera indirecta.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, considerando 24.

<sup>35</sup> Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 1. XXXIX, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo*, sentencia del 5 de septiembre de 2007, considerando 4.

En síntesis, por primera vez en América Latina una Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal facultado para velar por la constitucionalidad de las decisiones de gobierno se había pronunciado sobre la invalidez de la distribución de la publicidad oficial cuando ella atentara sobre el ejercicio de la libertad de expresión. La censura indirecta prohibida por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adquirió así un reconocimiento explícito por los jueces del Supremo Tribunal de la Nación, iniciando una línea interpretativa que se completa hoy con el caso decidido por la Corte Suprema de México en el marco del amparo interpuesto por la organización Artículo 19.

## VII. LA NECESIDAD DE REGLAS PARA EVITAR LA ARBITRARIEDAD ESTATAL

En línea con las recomendaciones del relator especial de la OEA, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina condenó a la Provincia del Neuquén a que

Las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas. No obstante, las modalidades de ejecución deberán diferir necesariamente de las usuales. En tales condiciones, corresponderá que la Provincia del Neuquén presente en el término de 30 días un esquema —con el grado de elasticidad que la cuestión requiere— de distribución de publicación de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informa la presente decisión.

Esta novedosa sentencia y su remedio —no es habitual que el tribunal exija a un estado una obligación “de hacer” de este tipo— vuelve a poner el énfasis sobre la necesidad de regulación para limitar la discrecionalidad del gobierno en la distribución de publicidad oficial y así evitar posibles actos de censura indirecta. En línea similar decidió la Corte Suprema de México, en este caso apoyándose en previsiones constitucionales introducidas en 2007 y 2014. Así, la Primera Sala de la Suprema Corte ordenó al Congreso expedir una ley regulatoria del gasto en publicidad oficial antes del 30 de abril de 2018, con miras a cumplir con lo ordenado en la ley fundamental. La Corte hizo lugar por cuatro votos contra uno al amparo de la asociación civil Artículo 19, que denunciaba la omisión del Congreso de actuar de acuerdo con lo establecido por el tercer artículo transitorio de la reforma constitucional de febrero de 2014. El Tribunal afirmó en su sentencia que: “Ni de la libertad de expresión ni de ninguna otra disposición constitucional se

desprende que los medios de comunicación tengan un derecho a que se les asignen recursos estatales por difundir publicidad oficial” —en términos semejantes con lo dictado por su par argentina en el caso *Emisiones Platenses*—, pero que, sin embargo, resulta exigible “por un lado, que el ejercicio del gasto en comunicación social del Gobierno atienda a los principios previstos en el artículo 134 y, por otro, que la libertad de expresión no sea afectada por la ausencia de reglas claras sobre ese tipo de gasto”. Además, los ministros afirmaron que “La ausencia de esta regulación propicia un ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social, lo cual constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, claramente proscrito por la Constitución”.

Si bien no hay una receta única y perfecta en materia regulatoria en este sentido, existe suficiente derecho comparado y modelos en funcionamiento en diferentes países que permiten establecer algunos parámetros gruesos que fueron desarrollados por la ADC y que sólo resumiré:<sup>36</sup>

- *Necesidad de una regulación clara.* La regulación que establece las pautas y criterios que debe seguir el gobierno para distribuir la publicidad oficial debe ser clara y específica, debe alcanzar al ámbito nacional y local y debe regular la producción, distribución y el control de la publicidad que compra el gobierno.
- *Necesidad de determinar el objetivo de la publicidad oficial.* Se debe establecer con claridad aquello que será entendido como publicidad oficial, la cual se identifica en el derecho comparado con el canal de comunicación que debe existir entre el gobierno y la población. Como tal, la publicidad oficial debe ser clara, objetiva, fácil de entender, necesaria, útil y relevante para el público. No debe promover —explícita o implícitamente— los intereses de ningún partido político ni del gobierno.
- *La distribución de la pauta no debe ser discrecional.* Debe establecerse un mecanismo para la contratación y distribución de la publicidad oficial que tenga por objeto reducir la discrecionalidad, evitar la sospecha de favoritismos políticos e impedir actos de corrupción. La asignación debe responder a criterios claros y transparentes. La pauta, como principio general, debe estar justificada en la existencia de

---

<sup>36</sup> Para un estudio pormenorizado del derecho comparado en esta materia y un desarrollo de los principios regulatorios aquí sólo esbozados, véase Asociación por los Derechos Cíviles, *Principios Básicos para la Regulación de la Publicidad Oficial*, Buenos Aires, octubre de 2006. También disponible en: <http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=604&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=>

campaññas publicitarias que respondan a necesidades concretas y reales de comunicación. La publicidad oficial no debe ser utilizada para premiar a medios afines al gobierno o castigar a los críticos.

- *Descentralización de la facultad de distribuir la pauta oficial.* La responsabilidad por el manejo de la publicidad oficial debería descentralizarse para que no esté sólo en manos de funcionarios nombrados políticamente, como los secretarios de medios, sino de organismos o funcionarios técnicos.
- *Transparencia y acceso a la información pública como forma de control.* Todos los ciudadanos tienen derecho a conocer los gastos efectuados en publicidad oficial. Deben establecerse mecanismos que promueven la transparencia en el otorgamiento de estos fondos y que garanticen el fácil acceso a esta información por parte del público en general.
- *Necesidad de un control externo adecuado sobre el gasto en publicidad oficial.* Los gobiernos deben rendir cuentas al público sobre los gastos efectuados y el modo en que son empleados los recursos de publicidad oficial. Para eso es necesario que se establezcan claros mecanismos de control externo.

### VIII. “NO PAGO PARA QUE ME PEGUEN”

Como hemos visto hasta aquí, el uso de la publicidad oficial como premio o castigo a quienes ejercen su libertad de expresión con opiniones o información amigable o crítica del gobierno es una práctica lamentablemente extendida a lo largo de la geografía y de la historia reciente. En la primera mitad de la década de 1970, el presidente de México, José López Portillo y Pacheco definió su relación con los medios y en referencia a la publicidad oficial con una frase que es aún hoy recordada por sus connacionales: “No pago para que me peguen”. Comprar publicidad, para el mandatario, implicaba comprar la anuencia de los medios y el silencio de la crítica. En 2007, la *Revista Proceso*, de México, acusó al presidente Felipe Calderón de continuar con la práctica que dice también desarrollaba Vicente Fox y que emulaba la de López Portillo.<sup>37</sup> En Uruguay, la Presidencia de la Nación impulsó un proceso de investigación sobre el uso de la publicidad oficial en el pasado, fundamentalmente a partir de la preocupación por posibles casos de corrupción cometidos por funcio-

---

<sup>37</sup> Véase Araizaga Carasco, Jorge, “Castigo publicitario”, *Revista Proceso*, 30 de septiembre de 2007.

narios del gobierno saliente,<sup>38</sup> pero también por sus implicaciones para el ejercicio de la libertad de expresión. Esta investigación condujo a una regulación más específica en la contratación de publicidad oficial.<sup>39</sup> En Chile, en octubre de 2007, el Parlamento aprobó el Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado<sup>40</sup> en el cual se analizaron las prácticas del Estado en materia de distribución de la publicidad oficial con miras a establecer una regulación que impida abusos en el ejercicio de esa facultad. En agosto de 2006, Perú sancionó una ley que regula la distribución de la publicidad estatal, estableciendo criterios de transparencia y racionalidad para su contratación del Estado nacional. Esta norma, la ley 28.874, señala que la autorización de la publicidad estatal está supeditada a la existencia de un plan de estrategia publicitaria y a la justificación que deberá hacer el gobierno de las campañas institucionales, así como también de la selección que se haga de los medios de difusión. La norma establece que las entidades y dependencias no podrán gastar dineros públicos en beneficio de un candidato postulado a un cargo electivo o de un partido político. La ley agrega que se deberán publicar los contratos de publicidad en el portal de la dependencia gubernamental respectiva y que se deberán presentar dentro de los diez días siguientes al vencimiento de cada trimestre, los programas o campañas de publicidad llevadas a cabo en el periodo anterior.<sup>41</sup>

En el resto del mundo el tema no ha pasado desapercibido. Rumania debió someterse a los lineamientos regulatorios de la Unión Europea en la materia para ser incorporado como miembro.<sup>42</sup> Canadá cuenta con precisas reglas que limitan la discreción estatal en su *Government Advertising Act* de 2004. España regula la contratación de publicidad oficial en su ley 29 del 2005. En la India la justicia decidió en el caso *Ushodaya Publications*, que el Estado viola la Constitución si retira la publicidad oficial como represalia por expresiones críticas del gobierno.<sup>43</sup> Un tribunal de apelaciones de los Estados Unidos estableció que “utilizar fondos de gobierno para castigar el discurso político de los miembros de la prensa y forzar comentarios fa-

---

<sup>38</sup> “Comisión Investigadora destapó graves irregularidades en la gestión de ANTEL durante la presidencia de Batlle”, *AM Libre*, 29 de noviembre de 2006, disponible en: <http://www.infoycom.org.uy/?q=node/711>. “El FA fijará por ley los criterios para asignar publicidad oficial”, *El Observador*, 18 de abril de 2007; Tosquellas, Pablo, “La publicidad oficial según la APU: Mayor equidad, poca transparencia”, *Brecha*, 1o. de junio de 2007.

<sup>39</sup> “Normas para la publicidad estatal”, *El País*, 25 de septiembre de 2007

<sup>40</sup> [http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/Informe\\_de\\_la\\_Comision\\_especial\\_investigadora\\_sobre\\_avisaje\\_del\\_estado.pdf](http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/Informe_de_la_Comision_especial_investigadora_sobre_avisaje_del_estado.pdf).

<sup>41</sup> *El Peruano*, 15 de agosto de 2006.

<sup>42</sup> <http://www.euractiv.com/en/enlargement/eu-romania-relations/article-129587>.

<sup>43</sup> *Ushodaya Publications Pvt Ltd.v. Government of Andhra Pradesh*, AIR (1981), AP 109.

vorables al gobierno” implica una violación de la Primera Enmienda de la Constitución de ese país.<sup>44</sup>

Evidentemente, el uso de la publicidad oficial como herramienta para el castigo o el premio al ejercicio de la libertad de expresión, no es un problema marginal ni exclusivo de un país. Es un ejemplo más de los nuevos y sutiles mecanismos de censura que el derecho internacional de los derechos humanos rechaza tanto como los viejos y directos métodos de silenciamiento. Nadie tiene derecho a recibir publicidad oficial. Los recursos que los Estados destinan a ella no son un subsidio y persiguen fines específicos que para lograrse deben ser distribuidos de acuerdo con ciertos criterios específicos y conocidos por todos. Sin embargo, en virtud de la protección que recibe la libertad de expresión, nadie puede dejar de recibir fondos en concepto de publicidad oficial como consecuencia del contenido de su expresión. Cada vez que un gobierno “sanciona” a un medio con el retiro de la publicidad oficial como consecuencia de su rechazo a lo que ese medio expuso, no sólo está tratando de disciplinar y silenciar a ese medio, sino a todos los demás que se encuentran en similar situación de dependencia de esos recursos públicos que, por temor a perderlos, también silenciarán sus voces. Estos múltiples efectos de silenciamiento afectan negativamente el derecho de cada persona a recibir información y el de la ciudadanía en su conjunto a exponerse a la mayor diversidad posible de ideas, datos y perspectivas para poder autogobernarse. La censura en general socava la calidad de la democracia. La censura directa y violenta del Estado, la de la prohibición, el secuestro de libros, la intimidación física y el asesinato es un flagelo contra el cual hemos avanzado considerablemente en muchos países de América Latina. La censura indirecta, en cambio, es un medio más sutil pero no menos pernicioso que puede alcanzar efectos similares sobre la diversidad de voces y demanda nuestra atención en los tiempos que corren. Es por ello que la decisión de la Suprema Corte de México en el caso de Artículo 19 se inscribe en un proceso regional que alienta la esperanza de que estas prácticas cambien en un continente en el que la democracia necesita aún de muchos ajustes para acercarse a su versión ideal.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

---

<sup>44</sup> *El Día v. Rosello*, 165 F.3rd 106 (1st Circuit 1999).

- Artículo 19, *Libertades en resistencia, Informe Anual 2016 de la organización Artículo 19*. Disponible en: [https://articulo19.org/wp-content/uploads/2017/04/Libertades-en-Resistencia\\_Informe-2016-A19.pdf](https://articulo19.org/wp-content/uploads/2017/04/Libertades-en-Resistencia_Informe-2016-A19.pdf).
- Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005, p. 27. Versión en inglés: *Buying the News. A Report on Financial and Indirect Censorship in Argentina*, Nueva York, Open Society Institute, 2005.
- Asociación por los Derechos Civiles, *Principios Básicos para la Regulación de la Publicidad Oficial*, Buenos Aires, octubre de 2006. Disponible en: <http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=604&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=>.
- BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión*, 7 de marzo de 2011. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/publicidad%20oficial%202012%20o5%2007>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración de principios sobre libertad de expresión*, aprobada durante el 108 periodo ordinario de sesiones de la CIDH realizado en octubre de 2000.
- FISS, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Existe traducción al español: Owen Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- FISS, Owen, “Political Freedom and the Power of the Purse”, manuscrito, traducción al castellano de próxima publicación.
- O’DONNELL, María, *Propaganda K. Una maquinaria de promoción con el dinero del estado*, Buenos Aires, Planeta, 2007,
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Informe del año 2003.
- SABA, Roberto P., “Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad”, en varios autores, *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO, Oficina en Quito, y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2011.

*Decisiones judiciales*

Suprema Corte de México, Amparo en revisión 1359/2015, Recurrente: Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5, del 13 de noviembre de 1985, sobre colegiación obligatoria de periodistas.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, E. 1. XXXIX, Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo, sentencia del 5 de septiembre de 2007.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, E. 28. XXXII, Emisiones Platenses S.A. s/ acción de amparo, sentencia del 12 de junio de 1997.

Andhra High Court, Ushodaya Publications Pvt Ltd v. Government of Andhra Pradesh, AIR (1981), AP 109.

United States Court of Appeals, El Día v. Rosello, 165 F.3rd 106 (1st Circuit 1999).

*Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, se terminó de imprimir el 28 de mayo de 2019 en los talleres de Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, colonia San Jerónimo Chichahuaco, Metepec, 52170 Estado de México, tel. 0172 2199 1345. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* de 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

Egresado de la Facultad de Derecho, UNAM. Ha sido ayudante de investigación del Sistema Nacional de Investigadores y asesor de los equipos representativos de la Facultad de Derecho de la UNAM para la Competencia sobre derechos humanos, "Sergio García Ramírez", ediciones 2017 y 2018.



Carlos Ernesto

ALONSO BELTRÁN

---



Doctor en Filosofía Política por la Universidad de Turín. Es investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del cual actualmente es director; miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel III. Profesor de Teoría de la Constitución, Teoría de la democracia y Derechos humanos en la Facultad de Derecho de la UNAM. Ha impartido cursos de maestría y doctorado en diversas instituciones de educación superior nacionales. Asimismo, ha sido profesor invitado en las Universidades de Turín, Aosta y Siena en Italia y en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

Pedro

SALAZAR UGARTE

---



Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid; maestro en Teoría del Derecho por la Universidad de Nueva York (*Hauser Global Scholar*). Diploma del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid, y abogado por la Escuela Libre de Derecho. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg, Alemania, y fue analista de doctrina en el Tribunal Constitucional de España (becario).

Roberto

MIEMBRO ORTEGA

El propósito de este libro es dar a conocer y reflexionar sobre diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte de Justicia mexicana. La selección de un número limitado de sentencias pensadas para cualquier público interesado busca dar a conocer ciertos "hitos" para pensar y discutir sobre algunas de nuestras libertades constitucionales, el derecho a la igualdad, la perspectiva de género y los derechos de participación política. Estos temas son parte de la esfera pública y necesitan ser discutidos por todas las personas afectadas.

Con lo anterior, se invita a reflexionar sobre el papel que desempeña nuestra Suprema Corte en la democracia mexicana y sobre los resultados que ha tenido como garante de nuestros derechos fundamentales.

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

