

Constitucionalismo Contemporáneo

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN: AVANCES Y RETROCESOS

Prólogo de
Manuel **Atienza**

Roberto **Lara Chagoyán**



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO



Tecnológico
de Monterrey

Colección
Constitucionalismo Contemporáneo



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

El constitucionalismo mexicano en transformación: avances y retrocesos

Roberto Lara Chagoyán



Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey
México, 2020

Primera edición: mayo de 2020

*El constitucionalismo mexicano en transformación:
avances y retrocesos*

© Roberto Lara Chagoyán

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

ISBN: 978-607-7822-59-2

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Prólogo.....	15
Nota preliminar	21
El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos y diez preocupaciones prácticas.....	29
1. Introducción	29
2. ¿Constitución de los vivos o Constitución de los muertos?.....	31
3. ¿Formalismo o activismo judicial?	36
4. ¿Constitucionalismo o positivismo?.....	42
5. ¿Supremacía o soberanía?.....	56
6. ¿Objetivismo, relativismo o escepticismo morales?.	61
7. Hacia la consolidación de una cultura constituciona- lista en México: el embrión de una teoría	65
Bibliografía	73
La sentencia mexicana en proceso de transformación: el legado argumentativo de José Ramón Cossío Díaz	77
1. Abriendo camino... (A modo de introducción)	77
2. El estado del arte de las sentencias en 2004	79
3. Desacuerdos, manual y contradicción de manuales	84
4. Inspiración y primeros cambios	86
5. Consolidación y principios rectores de la sentencia	93

6. El impacto del modelo en las sentencias de la SCJN	99
7. Conclusiones	103
Bibliografía	106
Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones	
1. Introducción	113
2. Estructura y función de la sanción jurídica.	115
3. La sentencia como norma jurídica individualizada	120
4. La estructura de las sentencias reparadoras en México: identificando las cláusulas sancionadoras	123
5. El aspecto funcional de las sentencias reparadoras: las razones de un rechazo	130
6. Las particularidades de las sentencias reparadoras de derechos humanos	141
7. A modo de conclusión: la coacción estatal como “garantía de garantías” de reparación	146
Bibliografía	150
Decidir, argumentar y engrosar: el caso <i>Martín del Campo</i>	
1. Introducción	153
2. Los hechos del caso y la secuela procesal	156
3. Decisión acto y decisión documento	162
4. Las razones de un olvido: sobre la evasión de la cuestión	168
5. El Informe 117/09 de la CIDH como ingrediente de la decisión.	171
6. A modo de conclusión	177
Bibliografía	180
Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana en materia de protección a los derechos de los no fumadores	
1. Planteamiento	181

2. La legislación en materia de derechos de los no fumadores en la historia de México	186
3. Jurisprudencia sobre la legislación del entonces Distrito Federal	193
4. Análisis de la jurisprudencia derivada de la LGCT y su relación con la LGS	212
5. Conclusiones	236
Bibliografía	247
Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos de la Constitución de 1917	
1. Artículo 73, fracción XIV (facultad para levantar y sostener a las Fuerzas Armadas).	249
2. Artículo 76, fracción III (autorización de la salida de tropas del país, a cargo del Senado)	252
3. Artículo 132 (jurisdicción de fuertes, cuarteles, almacenes y otros inmuebles)	255
4. Artículo 133 (supremacía constitucional)	261
Bibliografía	268

*Para Diego Lara Camacho.
Toda la alegría de mi vivir*

Prólogo

Esta es la segunda vez que escribo un prólogo para una obra de Roberto Lara. La primera fue con ocasión de su libro sobre el concepto de sanción en la teoría del derecho contemporánea que venía a ser, con pocos cambios, la tesis de doctorado que había elaborado con nosotros, en Alicante, durante los que me atrevo a calificar como sus años de formación (los tres últimos del siglo pasado). El joven —jovencísimo— Lara dejó entonces en todos nosotros un recuerdo imperecedero. Y por más que luego hayamos seguido viéndole y compartiendo muchas cosas con él: en México, en España y en algunos otros países, ¿cómo olvidar la inteligencia, el don de gentes, la alegría de vivir, el afán por aprender, el coraje, la simpatía personal y tantas otras cualidades de las que Roberto dio muestras tan expresivas durante su estancia alicantina? Era fácil prever que a su regreso a México le esperaba una carrera exitosa: en la academia, en la administración de justicia o en cualquier otra institución en la que decidiera desplegar sus enormes talentos. Y así ha sido: primero, y durante muchos años, como secretario de estudio y cuenta de un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío; luego, como director del Centro de Estudios Constitucionales, y ahora (aunque Roberto Lara nunca descuidó su robusta vocación universitaria) como docente e investigador en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, en la Ciudad de México.

Entre el libro al que he hecho referencia y el que ahora prologo, *El constitucionalismo mexicano en transformación: avances y retrocesos*, hay diferencias notables. La más sobresaliente quizá sea que aquella era la obra de un jurista en formación o, si se

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ

quiere, que completaba su formación enfrentándose con el pensamiento de algunos de los grandes iusfilósofos de los últimos tiempos, a propósito de un tema verdaderamente central en el derecho: el de la sanción. Mientras que este libro, que contiene una serie de trabajos de los últimos años, es ya una obra de madurez, escrita por un jurista que —cabría decir— saca partido de su amplia experiencia en la Corte Suprema de su país y de su sólida formación iusfilosófica. Ese, yo diría, es el *leitmotiv* que da unidad a lo que, de otra manera, podría verse como un mero agregado de artículos convertidos en libro: el intento —coronado por el éxito— de mostrar que la filosofía del derecho (o, al menos, cierta forma de concebirla) es un ingrediente fundamental —indispensable— de la práctica jurídica y, más en particular, de la práctica judicial.

Ese propósito unitario aparece expresado ya en el primero de los capítulos del libro, el dedicado a examinar el constitucionalismo mexicano, para lo cual, Lara fija una serie de desafíos teóricos y de preocupaciones prácticas. Antes de llegar a las preocupaciones prácticas, se plantea la cuestión de qué concepción del derecho es la que debería asumir un juez, pero no en abstracto, sino en el contexto del desempeño adecuado de su función. Y aquí es donde aparece lo que acabo de denominar como el *leitmotiv* del libro, el hilo conductor que —yo creo— explica el esfuerzo intelectual desplegado por el autor. Dicho con sus expresivas palabras: “Más de una vez he escuchado a ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitir que el caso *X* no *debería* ser resuelto de la manera *Y*, pero que, desgraciadamente, *no puede* ser resuelto de otro modo porque ‘esa otra solución’ no está expresamente prevista en la ley, aunque parezca más razonable, correcta y justa. A veces se trata de algo más que cinismo profesional: existen operadores genuinamente convencidos de que en casos como ese ‘hacen lo jurídicamente correcto’, aunque ello no coincida con lo ‘genuinamente correcto’”. Y los otros capítulos del libro, incluido el Excurso, pueden verse, en mi opinión, como ilustraciones de una forma de ver el derecho que sí permitiría aunar la corrección jurídica con la corrección moral.

Y así, Lara elogia la transformación positiva que han tenido las sentencias de la Suprema Corte durante los últimos tiempos

Prólogo

(una transformación dirigida a dar claridad y coherencia a los textos, como requisito indispensable para tomarse la motivación en serio) que él atribuye, sobre todo, a la acción del ministro Cosío (cap. 2). Sugiere de qué manera las sentencias constitucionales que resuelven violaciones a los derechos humanos podrían (y deberían) ser concebidas como instrumentos de reparación (cap. 3). Critica la forma de proceder de la Suprema Corte mexicana en uno de los casos más controvertidos de los últimos tiempos (el caso *Martín del Campo*, que involucraba un supuesto de tortura judicial), entre otras cosas, por no haber considerado como obligatorios los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (cap. 4). Muestra, en relación con la legislación antitabaco, que el discurso de los derechos humanos puede ser usado también de manera oportunista y desviada para defender valores que no son los que sirven de justificación a los derechos, como ocurre con diversas reclamaciones presentadas, a propósito de esa legislación, por grupos empresariales, cuyos intereses económicos entran en pugna con el derecho a la salud (cap. 5). Y propone cómo interpretar algunos artículos de la Constitución de 1917 y, en particular, el artículo 133 (supremacía constitucional) después de la reforma de junio de 2011 que dio lugar —entre otras— a la contradicción de tesis 293/2011, en la que muchos (también Roberto Lara) han visto un retroceso de la Suprema Corte en la protección de los derechos, puesto que establece que el principio pro persona dejaría de aplicarse cuando en la Constitución haya una restricción expresa en relación con algún derecho, en cuyo caso es el texto de la Constitución el que prevalece (Excurso).

Pues bien, creo tener alguna diferencia de matiz en relación con algunas de las tesis defendidas con gran brillantez por Roberto Lara en este libro. Por ejemplo, no estoy tan seguro de que asumir la tesis de la unidad de la razón práctica por sí misma pueda tener las virtualidades que él le atribuye. A la pregunta retórica que él se hace: “¿por qué no dan los jueces constitucionales la importancia debida a las cláusulas sancionadoras de las sentencias?”, yo creo que habría que empezar por contestar algo así como “precisamente porque son jueces”, para pasar luego a examinar cómo, a pesar de ello, muchas veces hay un margen de actuación que podría permitir no quedarse en la mera decla-

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ

ración o reconocimiento de los derechos violados. No veo muy claro por qué habría que aceptar que los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tengan un carácter obligatorio, en lugar de verlos como fuentes que proveen de razones dotadas de una cierta fuerza, pero que no son estrictamente vinculantes. Y en la famosa contradicción de tesis a la que antes me refería se planteaba, yo creo, un problema de fondo —cuál es la regla de reconocimiento del derecho mexicano, en dónde reside la supremacía constitucional— que, me parece, es mucho más complejo de lo que han pretendido muchos de los que han visto en esa resolución de la Suprema Corte (y no estoy pensando ahora particularmente en Roberto Lara) un signo de retroceso de los valores del constitucionalismo; sin pararse mucho a pensar a qué consecuencias llevaría aceptar que en un sistema de control difuso de constitucionalidad como el mexicano, un juez pudiera inaplicar una norma constitucional por considerar que va en contra de un derecho humano establecido en la Convención o en algún otro tratado internacional.

Pero, como decía, lo anterior no pasa de ser, si acaso, una cuestión de matiz y que, por mi parte, no plantea otra cosa que dudas. En cuanto al fondo, mi acuerdo con Roberto Lara no puede ser más completo. Y de ahí que quiera volver ahora a lo que antes he llamado el hilo conductor del libro: cómo superar el hiato entre lo “genuinamente correcto” y lo “jurídicamente correcto”. Yo creo que, efectivamente, ese es el problema fundamental con el que tiene que bregar un juez consciente de lo que implica su función —un buen juez— y que, por tanto, no puede ser ni un cínico, como dice Lara, que saca partido del hiato, lo agranda para justificar mantenerse del lado de lo que él interesadamente considera como “jurídicamente correcto”; ni tampoco un ingenuo, esto es, un juez que no es consciente de que efectivamente en ocasiones ese hiato existe, de que no es posible orientarse exclusivamente hacia lo genuinamente correcto, sin la mediación de lo jurídicamente correcto.

En fin, la importancia de este libro, en mi opinión, no radica simplemente en que el autor dibuja en sus páginas un modelo muy convincente de juez constitucionalista (no solo constitucional): un juez maduro, reflexivo y consciente de las dificultades

Prólogo

a las que tiene que hacer frente para aproximarse al único ideal regulativo que se le ofrece a la jurisdicción: hacer justicia a través del derecho, sin caer ni en el cinismo ni en la ingenuidad. Radica también, quizá sobre todo, en que Roberto Lara nos muestra, y en ocasiones con mucho detalle, cuáles son los instrumentos de los que puede valerse un juez para tener éxito en esa empresa. Uno de esos instrumentos —muy principal— consiste en el manejo de conceptos iusfilosóficos y, por eso, quienes somos más o menos iusfilósofos a palo seco no podemos más que sentir admiración, agradecimiento y envidia hacia alguien que ha puesto en práctica lo que para nosotros solo puede quedar en el terreno de las propuestas abstractas.

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ

Nota preliminar

I

La cultura jurídica mexicana había permanecido inmóvil en el cómodo y rígido lecho de la tradición en lo que respecta a los procesos de enseñanza-aprendizaje, a las formas de hacer teoría y, sobre todo, a la práctica del derecho. El sistema político que se gestó después de la Revolución resultó propicio para condicionar el entorno del jurista mexicano promedio: un sujeto culto, disciplinado, recto, formal y con un enfoque teórico invariablemente cercano al positivismo normativista. Con honrosas excepciones, la mayoría de estos juristas se desvió de los postulados teóricos del positivismo hacia ese terrible vicio que tanto ha criticado Manuel Atienza y que se conoce como formalismo, caracterizado por una actitud reverencial hacia los textos legales, y por un rechazo —a veces cínico— de los fines y valores que dan sentido a la práctica jurídica.

Con el paso del tiempo, y debido a los cambios políticos y sociales que experimentamos los mexicanos hacia finales de los años ochenta, la cultura jurídica mexicana se vio obligada a adaptarse a los nuevos aires democráticos que por entonces cimbraron el *Ancien Régime*. Algunos de estos cambios fueron: en lo político, la ruptura interna del partido hegemónico que había gobernado desde el final de la Revolución (1988); en lo económico, el sexenio del presidente Carlos Salinas de Gortari, que daría rienda suelta a las privatizaciones y a una economía de mercado reforzada por el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos

y Canadá (1988-1994), y en lo jurídico, la reforma al Poder Judicial de la Federación impulsada por el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León mediante la cual se intentó transformar a la Suprema Corte de Justicia en un auténtico tribunal constitucional (1994). Ya en el siglo XXI, dos acontecimientos vendrían a sumar importantes ajustes a nuestra cultura jurídica, a saber: la condena a México a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que derivó en el expediente varios 912/2010 (caso *Radilla*), y la reforma constitucional de derechos humanos de 10 de junio de 2011.

Estos cambios pueden ser considerados como las condiciones institucionales de lo que algún sector de la teoría llamó proceso de “constitucionalización” del sistema jurídico. Este proceso, sin embargo, no ha sido ni lineal ni progresivo en nuestro país, porque no ha logrado el complemento necesario: una adecuada actitud de los protagonistas que tiene que ver en gran medida con su perspectiva teórica. Y digo que la actitud no ha sido adecuada porque el proceso de constitucionalización ha sufrido, por un lado, los embates del formalismo (que se niega a morir) y, por el otro, los de un bravo activismo en varios ámbitos, especialmente en el judicial. Esta suerte de esquizofrenia entre la tradición y el esnobismo es lo que, a mi juicio, explica por qué en México no hemos logrado transformar de manera virtuosa nuestro sistema jurídico. La virtud radicaría, desde mi punto de vista, en saber equilibrar las razones autoritativas y las razones sustantivas, ambas indispensables para que el derecho, sin dejar de serlo, cumpla con sus fines y valores. Lejanos aún de ese equilibrio, padecemos a un tiempo graves anacronismos y peligrosas desviaciones de lo propiamente jurídico.

La propia reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 constituye, en mi opinión, una muestra del formalismo que seguimos padeciendo. En efecto, parece que ni a los operadores jurídicos ni a la clase política les quedaba claro que la interpretación de las disposiciones jurídicas en la era del Estado constitucional no podía seguir limitándose al argumento gramatical o al llamado método literal, sino que era menester que también se tomaran en cuenta las razones subyacentes, los fines y los valores que están detrás de los textos. Por ello, ante

Nota preliminar

la cerrazón de ese tipo de jurista que no está dispuesto a hacer nada si no se lo ordena expresamente un texto, el constituyente permanente pensó en una “fórmula positivista” para lograr la conducta interpretativa deseada: colocó en el texto del artículo 1 constitucional, concretamente en su párrafo segundo, la obligación de *interpretar* —con arreglo a la Constitución y los tratados internacionales— las normas relativas a los derechos humanos.

Y como muestra del activismo, no podemos dejar de mencionar la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) relacionada con la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, de 7 de diciembre de 2018. El problema a resolver era la presunta inconstitucionalidad de la Ley Federal de Remuneraciones planteada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y por una minoría de senadores. De manera sorprendente, la Corte introdujo una figura procesal no prevista en la ley: la suspensión. En efecto, sin fundamento legal alguno y como si de una controversia constitucional se tratase, la Corte ordenó la suspensión, en este caso, de los efectos de la ley impugnada, bajo el argumento de proteger los derechos humanos de los destinatarios de la norma (entre ellos los propios ministros integrantes de la Corte), con arreglo al artículo 1 constitucional. Ante semejante temeridad cabe preguntarnos: ¿está justificado que la Corte decida fallar *contra legem* sacándose de la manga figuras procesales no previstas en la ley? ¿Por qué nunca se había implementado dicha figura? ¿Seguirá aplicándose en el futuro? ¿Qué sentido tienen las normas que confieren poderes, como las que regulan el procedimiento? ¿No resultan ya vinculantes? ¿Su cumplimiento está sujeto al arbitrio de los jueces? ¿No resulta sospechoso que en este caso concreto existía un interés particular de los ministros por defender su propia remuneración? Como se puede observar, con este precedente cualquier razón autoritativa puede dejarse de lado bajo el argumento de que deben protegerse los derechos humanos y el consabido principio *pro persona*.

Así las cosas, no podemos afirmar que el constitucionalismo y la cultura jurídica mexicana constituyan un matrimonio feliz, aunque no se avizora un divorcio cercano. De ahí que tenga sen-

tido pensar y revisar al menos una parte del camino andado por esta peculiar pareja.

II

Las reflexiones reunidas en esta obra ahondan en preocupaciones legítimas sobre algunos problemas de este matrimonio, pero también sobre algunas de sus historias de éxito. En el primer capítulo del libro se desarrolla una serie de reflexiones en torno al fenómeno de la constitucionalización en México. Consecuentemente, esgrimo razones para alertar a los juristas sobre las implicaciones que supone avanzar hacia un ideal en el que los valores constitucionales sean considerados el centro de gravedad. Asimismo, esbozo algunas preocupaciones prácticas que debemos enfrentar si es que queremos avanzar en esa dirección.

El segundo capítulo está dedicado a relatar una pequeña, pero significativa, transformación de las sentencias emitidas por la SCJN y que sirven de ejemplo a otros tribunales. No se trata del primero, pero sí del más efectivo intento de adelgazamiento y mejora general de las sentencias. Tampoco podemos decir que se trata de una historia de éxito absoluto —en la actualidad sigue habiendo resistencia de aquellos juristas transcriptoros o de los juristas barrocos con lenguaje oscuro y abigarrado—, pero sí de un importante avance. Gran parte del éxito se debe, sin lugar a dudas, al liderazgo del ministro José Ramón Cossío Díaz, quien desde el inicio de su encargo se propuso modificar y mejorar la forma de hacer sentencias.

El siguiente capítulo es de corte más teórico. En él propongo que las sentencias reparadoras de derechos humanos —entendidas como normas individualizadas de carácter obligatorio— contienen una cláusula directiva (que establece el resultado del fallo con un determinado carácter deóntico) y una cláusula sancionadora (que establece los efectos de la sentencia y las posibles consecuencias en caso de incumplimiento). Asimismo, llamo la atención sobre el uso inadecuado de esta distinción en las sentencias y, sobre todo, de la poca importancia que suele darse a la cláusula sancionadora, lo cual ocasiona opacidad y poca efecti-

Nota preliminar

vidad en el cumplimiento de los fallos a cargo de las autoridades responsables. Finalmente, propongo reconsiderar el concepto de coacción estatal como una condición necesaria de las reparaciones a las violaciones de derechos humanos.

En el cuarto capítulo comento uno de los casos más polémicos que la SCJN ha resuelto en las últimas décadas: el caso *Martín del Campo* —un homicidio en el que un inocente fue inculcado a base de torturas realizadas por las fuerzas policiales del Estado mexicano—. El enfoque, sin embargo, no parte desde el derecho penal, sino desde la teoría de la argumentación jurídica. Hago una crítica sobre el proceso de decisión que se lleva a cabo en la Corte, según el cual, en primer término se discute y se vota un proyecto de resolución a propuesta de un ministro; en un segundo momento se encarga (al mismo ministro o a otro diferente) la elaboración de un documento llamado “engrose” que, en teoría, debe contener los argumentos que fundamentan el acuerdo alcanzado en la deliberación; sin embargo, algunas veces el documento no coincide con lo acordado. El propósito de este trabajo es analizar a profundidad uno de estos casos y sus implicaciones en el sistema jurídico. También se aborda el tema de la falta de pronunciamiento sobre uno de los temas centrales de la decisión: la obligatoriedad de los informes de la CNDH.

El quinto y último capítulo está dedicado a comentar una serie de amparos relacionados con las distintas reformas a las leyes sobre el consumo de tabaco en México. Aquí discuto los argumentos que esgrimió la Suprema Corte para justificar las decisiones con las que se resolvieron algunas inconformidades en contra de la entonces nueva legislación. Mi propósito aquí es doble: por un lado, mostrar cuáles fueron los principales desacuerdos de los quejosos y cómo los respondió la Corte y, por el otro, evaluar la argumentación que soporta esas decisiones.

Finalmente, a manera de excurso, presento comentarios a cuatro artículos de la Constitución de 1917: el artículo 73, fracción XIV (facultad para levantar y sostener a las fuerzas armadas); el artículo 76, fracción III (autorización de la salida de tropas del país, a cargo del Senado); el artículo 132 (jurisdicción

de fuertes, cuarteles, almacenes y otros inmuebles), y el artículo 133 (supremacía constitucional).

III

No puedo dejar de hacer algunos comentarios acerca de este extraño proceso de transformación que llamamos “hacerse mayor”, que para mí ha resultado más que reconfortante. He estado los últimos 17 años dedicado al servicio público y he tenido la fortuna de aprender de las personas. Muchas mujeres y muchos hombres, con su trabajo y ejemplo, me ayudaron a entender lo que significa resolver problemas jurídicos en contextos reales y complejos; me ayudaron a sortear obstáculos ajenos al conocimiento del derecho y me enseñaron, en fin, que la indeterminación de las fuentes, los vicios en la práctica o la burocracia paralizante no son pretextos para responder con solvencia los retos y desafíos que el derecho demanda. Puedo decir que con su ayuda entendí la idea del equilibrio entre práctica y teoría, y entre razones autoritativas y sustantivas; eso sin duda me ha hecho mayor. En este ámbito del servicio público quiero destacar los nombres de tres personas de las que tanto aprendí y a quienes tanto debo: Manuel Vidáurri Aréchiga, quien fuera procurador de los derechos humanos del estado de Guanajuato; Alonso Lujambio Irazábal (†), consejero del Instituto Federal Electoral, y José Ramón Cossío Díaz, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Durante todo ese tiempo, sin embargo, no quise despegarme del todo de la actividad académica, aunque con las limitaciones obvias. Así, pude mantener mi pluma en movimiento y gracias a la generosidad de mis amigos y colegas académicos pude escribir algunos trabajos como el que el lector tiene en sus manos. En este sector no puedo dejar de mencionar a mi querido maestro y director de tesis doctoral, Manuel Atienza Rodríguez, así como al resto de los integrantes de la escuela alicantina: Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló, Daniel González Lagier, Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Macario Alemany, Victoria Roca, Hugo Ortiz y Jesús Vega. Ninguno de ellos ha dejado de leer lo que les mando y tampoco ha dejado de ejercer su magisterio a través de sus comentarios críticos y certeros. Lo mismo sucede con mis

Nota preliminar

colegas que viven de este lado del Atlántico: Juan Antonio Cruz Parceró, Rodolfo Vázquez, José Ramón Cossío, Alejandra Camacho, Xisca Pou, Pablo Larrañaga, Amalia Amaya, Karla Quintana, Camilo Saavedra, Grizel Robles, Areli León, Alejandra Martínez Verástegui, Diana González Carballo y Javier Yankelevich.

Finalmente, quiero mencionar a las personas más cercanas y centrales de mi vida: Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Diego Lara Camacho, con quienes he compartido la vida misma y a quienes agradezco la paciencia y el amor de tantos años.

ROBERTO LARA CHAGOYÁN
Santa Fe, Ciudad de México
Julio de 2019

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos y diez preocupaciones prácticas

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la “constitucionalización”, como modelo de organización jurídico-política en el que la dimensión regulativa de la Constitución ocupa la escena central, es impostergable, pero enfrenta desafíos tanto teóricos como prácticos cuando los académicos o, más importante aún, los operadores jurídicos reaccionan frente a él. Algunos de estos desafíos provienen de la teoría constitucional y otros más de la teoría del derecho. En este capítulo abordo algunos de los más conocidos, en pares de elementos que, a mi juicio, se encuentran en constante tensión entre sí, a saber: la Constitución de los muertos contra la Constitución de los vivos (2.); el formalismo contra el activismo judicial (3.); el positivismo jurídico contra el constitucionalismo (4.); la supremacía contra la soberanía (5.), y el objetivismo contra el no objetivismo (o escepticismo) moral (6.).

¿Por qué he elegido estas y no otras tensiones o contradicciones? Por dos razones: la primera, porque, sin pretensiones de exhaustividad, considero que son una muestra representativa de los desacuerdos existentes tanto en la teoría como en la práctica del derecho constitucional en México y, la segunda, porque las mismas, al ser puestas en práctica en casos concretos, ponen a prueba algunos postulados teóricos que parecen incuestionables en principio.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

He considerado que reflexionar sobre estos desafíos es importante porque la transición hacia el pleno Estado constitucional de derecho es un proceso complejo que no se limita a imaginar e implementar cambios inteligentes en lo legislativo, o constitucionales, sino que demanda también profundas reflexiones acerca de la actitud de los jueces frente a lo que significa la referida transición. En efecto, uno de los puntos clave para que la mutación del Estado legal al constitucional tenga realmente sentido tiene que ver con el tipo de funcionario judicial encargado de operar el sistema. En ese sentido, conviene preguntarnos cuál sería el ideal de juez en el Estado constitucional. Para ello no se puede obviar ni la concepción que tengan del derecho, ni tampoco de la judicatura, es decir, no es lo mismo un juez arraigado en el positivismo tradicional que uno que sea militante del realismo, del iusnaturalismo o del constitucionalismo, y tampoco es lo mismo un juez formalista que uno activista.

Me pregunto, pues, si el contexto social y político de nuestro país es propicio para la serie de cambios que demanda este proceso de constitucionalización; si necesitamos jueces con otro tipo de actitudes, modos de ser y de pensar. ¿Será posible que cambien los que actualmente llevan a cabo la función o habrá que pensar en un recambio? Sea como fuere, los cambios son impostergables y, me parece, deben pasar por reflexiones de carácter político, social, económico y jurídico.

El cambio, entonces, parece ir más allá de las etiquetas teóricas que muchas veces se asumen sin la toma de conciencia debida. No pretendo agotar todas las discusiones relacionadas con la constitucionalización, sino que, con mucha mayor modestia, busco poner al alcance de un jurista promedio los extremos de las contradicciones o problemas a fin de despertar, en la medida de lo posible, algo de conciencia teórica y práctica. Mi pretensión es sencillamente orientar a aquellos lectores que podrían verse extraviados en el mar de las etiquetas conceptuales. Con la mayor claridad posible pretendo mostrar de qué se tratan las discusiones para que cada uno actúe en consecuencia.

Hacia el final del capítulo presentaré 10 preocupaciones prácticas —o tareas pendientes— derivadas de cierta manera de los cinco desafíos teóricos referidos. Se trata de una serie de reflexio-

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

nes de carácter operativo que tienen que ver, por un lado, con un aspecto objetivo: la urgencia de cambios en la infraestructura institucional del sistema jurídico mexicano (básicamente cambios en el juicio de amparo y en el sistema de jurisprudencia) y, por el otro, con un aspecto subjetivo: cambios necesarios en la formación, capacitación y selección de los operadores jurídicos y de la abogacía en general.

2. ¿CONSTITUCIÓN DE LOS VIVOS O CONSTITUCIÓN DE LOS MUERTOS?

¿Qué Constitución debe regirnos? ¿La de los muertos o la de los vivos? La frase encierra una tensión siempre presente en la teoría constitucional. La preocupación se atribuye a Thomas Paine, uno de los padres fundadores de Estados Unidos a finales del siglo XVIII, quien resolvió la pregunta en el sentido de que debía prevalecer el “derecho de los vivos” sobre “la autoridad de los muertos”, ya que —a su parecer—, “cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que las precedieron, del mismo modo que cada individuo tiene los mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos”.¹ Thomas Jefferson —otro padre fundador— sostuvo algo parecido: en 1789 afirmaba que “la tierra pertenece a los vivos”, en clara referencia a la voluntad contingente que expresan las leyes constitucionales realmente² y, por tanto, no resulta aceptable que tengamos que ceñirnos absolutamente a las condiciones dictadas por los muertos.

No obstante, en ese mismo tiempo Edmund Burke sostenía exactamente lo contrario: las tradiciones de la comunidad —decía— guardan mayor valor que las ambiciones de cualquier generación particular.³ Ante este debate, Jefferson propuso, en sus

¹ Paine, Thomas, *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine*, Londres, R. Carlile, 1819, vol. 1, pp. 8 y 9.

² Troper, Michel, “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, 2000, p. 559.

³ Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo vs. democracia”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, IJ-UNAM, vol. 3, p. 1992.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Notas para el Estado de Virginia, que cada generación debía tener el derecho de rehacer su Constitución en un periodo aproximado de 20 años.⁴

La teoría constitucional explica esta contradicción de la siguiente manera: si se piensa en la Constitución de los muertos y en la de los vivos como si fueran dos extremos, entonces un mayor grado de rigidez constitucional apuntaría al primero, mientras que un mayor grado de flexibilidad apuntaría al segundo. Por rigidez y flexibilidad naturalmente nos referimos a la mayor o menor dificultad legal (y política) para introducir cambios en el texto constitucional. Josep Aguiló, de la escuela alicantina, lo dice con las siguientes palabras:

Si la legislación es el instrumento ordinario para el cambio en un sistema jurídico-político, la rigidez de una constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en un dilema. Por un lado, si una constitución es rígida, entonces se rompe la igualdad democrática y se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Se instaura el gobierno de los muertos. En el constitucionalismo rígido todo ello es más patente por dos cosas: Una, por el carácter plenamente “decisional” (deliberada o intencional) que tiene una constitución rígida. Por definición, en una comunidad que se ha dado una constitución rígida hay, por decirlo de algún modo, un momento 0, una decisión. Y dos, por el presupuesto de la modernidad de que la acción política racional es acción orientada al futuro, no acción anclada en el pasado (legitimación tradicional).⁵ Pero, por otro lado, si una constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces —suele decirse— los derechos no están garantizados, es decir, no hay constitución.⁶

Pues bien, esa contradicción se ha mantenido hasta nuestros días entre quienes consideran que los textos constitucionales tienen una vocación de cambio generacional y quienes niegan esa posibilidad. Así, en México no son pocas las personas que ven a la Constitución de 1917, y al derecho legislado en general, como

⁴ *Idem*.

⁵ Weber, Max, *Economía y sociedad*, 2ª ed., México, FCE, 1993, p. 20.

⁶ Aguiló Regla, Josep, “‘Tener una Constitución’, ‘Darse una Constitución’ y ‘Vivir en Constitución’”, *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 28, abril de 2008, pp. 75 y 76.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

un baluarte que debe preservarse ante todo y ante todos, so pena de perder la esencia de nuestro ser como nación. Y para complicarlo todavía más, estas voces señalan —no sin razón— que cada reforma constitucional implica una peligrosa ruptura con el pasado. Es decir, la ruptura no obedece a un solo momento, sino que es dinámica, ya que cada uno de los cambios va desdibujando poco a poco la imagen que nos dio el constituyente originario. Y en contrapartida, existen voces que estiman que no es posible sostener un texto constitucional que lleva cerca de 642 reformas⁷ en sus más de 100 años de existencia, y que quizá sea tiempo de preguntarse por un cambio integral.

En esta misma línea, quienes estamos vivos tenemos derecho a cuestionar los contenidos del texto constitucional que heredamos de los muertos; sin embargo, ese derecho debiera tener algún límite (material, de contenido), ya que tampoco podríamos desatender en absoluto algún tipo de herencia constitucional, especialmente en lo que se refiere a los valores y derechos que nadie cuestiona y que han significado auténticos triunfos de la democracia, tales como la laicidad del Estado, el voto de las mujeres, las conquistas de los derechos de las comunidades indígenas o los avances en materia de no discriminación, por mencionar algunos. Pero, naturalmente, estas preocupaciones debemos debatirlas entre nosotros, los vivos, ya que los muertos lógicamente nada pueden aportar a la discusión.

Es cierto que nosotros no estuvimos presentes en 1917 como tampoco en una buena parte de ese siglo xx, ni participamos en los debates ni en cada una de las reformas constitucionales —ni como pueblo, ni como parte de la estructura política—; sin embargo, seguimos viendo al texto constitucional no solo como la máxima norma que nos rige, sino sobre todo como el valor por excelencia de nuestra vida democrática y nuestro Estado de de-

⁷ AA.VV., “Estudio introductorio. Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917”, en Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Estudio académico elaborado por el IJJ-UNAM y la LXII Legislatura de la Cámara de Diputados*, <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

recho. Pero ello no supone que dejemos de preocuparnos por la enorme deuda constitucional, es decir, por la Constitución incumplida que se refleja en todos y cada uno de los atrasos y promesas realizadas a medias o solo para algunos. La Constitución pendiente, esa que falta por cumplirse, se conforma por nuestros actuales deseos y anhelos: el auténtico respeto y garantía de los derechos fundamentales; el desarrollo económico transversal; el avance de una cultura política en la que las elecciones dejen de ser un mero negocio; el combate a una corrupción rampante en los sectores público y privado; la construcción de una auténtica cultura de igualdad y no discriminación; la erradicación de todas las formas de tortura; el escandaloso y creciente fenómeno de la desaparición forzada; una educación de calidad y, en fin, la consecución de un auténtico Estado constitucional de derecho.

Si se miran bien, estos deseos incumplidos no parecen distintos a los que tuvo el constituyente de 1917, pero podemos decir que, claramente, la estructura diseñada por los muertos no ha funcionado de una manera igualitaria a lo largo de todo este tiempo.

La tensión, insisto, parece a veces insalvable porque si nos comprometemos fuertemente con la rigidez, jamás habría manera de reformar la Constitución, con lo cual nos situaríamos en una verdadera petrificación constitucional. Sin embargo, tampoco podemos —creo— dinamitar de un plumazo toda la Constitución y hacer una reforma integral, convocando a un nuevo constituyente sin mayores reflexiones. Y es que, desde mi punto de vista, no viene mal mantener cierto grado de rigidez en ciertas partes del texto constitucional. Por lo demás, no debemos soslayar que, aun cuando decidiéramos darnos una nueva Constitución, serían las mismas fuerzas vivas de hoy (los factores reales del poder) las que protagonizarían (patrocinarían, influirían, decidirían) esa refundación, lo que podría sugerirnos que no habría profundos y verdaderos cambios.⁸

⁸ Este tema, por cierto polémico, nos recuerda a Ferdinand Lassalle, quien sugerentemente señalaba, en 1862, que son los factores reales del poder los que hacen la Constitución. Me refiero al famoso discurso que pronunciara en Berlín, en abril de ese año. *Cfr.* Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Prólogo de Eliseo Aja, Epílogo de Alejandro Nieto, Barcelona, Ariel, 2012.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

¿Cómo resolvemos entonces esta contradicción entre la Constitución de los vivos y la de los muertos? La respuesta está, según lo veo, en lo que la propia teoría constitucional nos sugiere mediante el diálogo racional. Deberá tratarse de una construcción inteligente y democrática, tanto en el ámbito estrictamente político como en el jurídico, mediante la cual podamos hacer los puentes y las conexiones indispensables entre los valores de la constitución existente (la de los muertos) y aquellos de la constitución contingente (la de los vivos). Se trata de hacer cambios necesarios sin alterar los pilares fundamentales.

Pareciera, pues, que un mínimo de rigidez constitucional es imprescindible para preservar la esencia, y para que los cambios que se hagan al texto estén pensados y dirigidos hacia una continuidad y evolución más que a una ruptura. Debemos propiciar que sea más difícil reformar las constituciones que las leyes; que los valores constitucionales no caigan en manos del legislador ordinario, sino que tengan que pasar por un proceso más riguroso de análisis, de contraste, de deliberación democrática. Esta rigidez, entonces, termina viéndose siempre como algo positivo; como algo que trata de preservar nuestra continuidad institucional y esos valores, y principios, y pilares fundamentales que nos hemos dado en cada momento de reforma constitucional, y que desde luego nos dimos como sociedad en 1917, cuando inició esta aventura constitucional. En palabras de Aguiló Regla:

De nuevo, y sin extenderme mucho, en mi opinión, esta tensión entre quienes “se dieron una constitución” (los muertos) y quienes “tienen una constitución” (los vivos) tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural o definitiva. La síntesis armónica entre unos y otros solo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de “continuidad de una práctica” que permita eliminar los términos indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Nuevamente [...] la solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas y el desarrollo de las actitudes adecuadas.⁹

⁹ Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, pp. 75 y 76.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

En suma, y utilizando un ejemplo de Michel Troper,¹⁰ si consideramos que la Constitución es una construcción humana comparada con una máquina, entonces necesita que se le hagan ajustes con el paso del tiempo, puesto que no podemos pensar en una máquina eterna o intocable, ya que las de ese tipo solo sirven para los museos. Tampoco podemos inventar una máquina nueva sin utilizar la estructura o la base fundamental con la que ya contamos, pues a fin de cuentas, la Constitución formal no es otra cosa que el reflejo en papel de nuestras prácticas democráticas, en lo político, y argumentativas con un criterio de corrección, en lo jurídico.

3. ¿FORMALISMO O ACTIVISMO JUDICIAL?

Manuel Atienza distingue entre dos tipos de formalismo: uno saludable y uno dañino. El primero de ellos consiste en que, para los juristas de nuestra cultura, las razones para la acción que nos suministra el derecho son en su mayoría razones de tipo excluyente o perentorio. Se trata —agrega Atienza— de lo que Max Weber llamó “racionalidad formal”. En este sentido, ser formalista no tiene nada de particular, pues se trata sencillamente de aceptar *prima facie* que el derecho legislado constituye la mejor opción —aunque no la única— para ordenar la convivencia y resolver los conflictos que de ella emanan.

Por otro lado, Atienza entiende al otro tipo de formalismo como algo dañino para el Estado de derecho, porque constituye “una desviación” del positivismo jurídico que acentúa algunos de sus componentes básicos. Las notas características (o vicios) de esta segunda forma de entender al formalismo —siempre de acuerdo con el autor referido— se basan en los siguientes falsos supuestos:

1. completitud y coherencia de los sistemas jurídicos;
2. creación del derecho solo por los legisladores, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes;
3. el carácter esencialmente estático;
4. el “verdadero derecho” o derecho válido consiste en reglas generales;

¹⁰ Troper, Michel, *op. cit.*, p. 559.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

5. el derecho es tanto más perfecto cuanto mayor es su grado de generalidad y abstracción;
6. los conceptos jurídicos poseen una “lógica interna” que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos;
7. la justificación deductiva (silogismo subsuntivo) como única posibilidad;
8. la certeza y la predecibilidad (la seguridad jurídica) son los máximos ideales jurídicos;
9. la interpretación consiste solamente en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera que no queda espacio alguno para la discrecionalidad del intérprete;
10. inadecuación del derecho a una sociedad en transformación;
11. el derecho es un fin en sí mismo; es algo sagrado en donde se ensalzan valores internos a sí mismo, como el orden y la seguridad; este prescinde de sus funciones sociales; se pretende aislado de la política y excluyente de la posibilidad de la crítica moral.¹¹

Esta segunda vertiente —que es la que ha marcado la práctica judicial mexicana— implica, para mí, una visión casi religiosa de la norma escrita y está basada en una deferencia prácticamente ciega al legislador, de acuerdo con la cual el juez debe limitarse a resolver los casos al “tenor literal de la ley”, exclusivamente mediante la subsunción.

En el caso mexicano, abrazar el formalismo jurídico es, si se me permite, todavía más pernicioso que en otras latitudes, por al menos dos razones: 1) el sistema de fuentes es, de por sí, complejo como resultado del federalismo: leyes estatales, federales y generales, que no siempre apuntan en la misma dirección; un sistema de jurisprudencia caótico que no vincula las reglas con los hechos y que se sigue sin orden ni método (no existen propiamente hablando, líneas jurisprudenciales); y un conjunto de

¹¹ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 276 y 277. Asimismo, la distinción aparece en dos obras del mismo autor: *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 24-27, y *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 22 y 23.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que carecen de regla de reconocimiento, y 2) por lo general, una práctica interpretativa basada no en la buena argumentación, sino en la “cultura del machote”, o sea, en la producción de sentencias bajo el formato de un caso anterior, sin el estudio y el cuidado necesarios; la toma de decisiones judiciales se suele identificar más bien con larguísimas y desordenadas sentencias llenas de información innecesaria, elaboradas mediante un lenguaje oscuro y barroco; con “nombres de argumentos” (que no argumentos en sí) y citas de tratados, doctrina y precedentes internacionales que muchas veces no vienen al caso.

La contracara del formalismo es el activismo judicial, que tiene también dos facetas: una con una carga emotiva positiva y otra con una negativa. La segunda tiene un sentido descalificatorio, porque es un ejemplo de cómo no debería actuar un juez. En palabras de Manuel Atienza, “[u]n juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el derecho”.¹² Es, de hecho, el extremo opuesto del formalismo jurídico y es igualmente dañino para el Estado de derecho:

El formalismo y el activismo judicial podrían considerarse como el Escila y el Caribdis que deben evitar los jueces. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial [...] se refiere (implícitamente) a esas dos actitudes, que considera condenables. Al activismo, al señalar que la independencia judicial supone la obligación de los jueces de utilizar únicamente razones jurídicas. Y al formalismo, al indicar —a propósito de la equidad— que la vinculación de los jueces no es solo al tenor literal de las normas.¹³

Los jueces activistas no resuelven los casos ni desde ni por el derecho mismo, sino en representación de intereses ajenos a este; intereses de algún sector (político, religioso, económico o moral) que representan y que les llevan a construir una agenda, pasando por alto los deberes de independencia e imparcialidad

¹² Atienza, Manuel, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *La mirada de Peitho*, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/>

¹³ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 51.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

judiciales.¹⁴ De hecho, volviendo a Manuel Atienza, el activismo judicial, de acuerdo con el artículo 2 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, constituye una violación al deber de independencia judicial, porque supone que el juzgador se ha dejado influir por factores ajenos al derecho mismo.¹⁵

Existe, sin embargo, otra forma de entender el fenómeno: “[...] activista es el juez que se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas (individual y colectivamente consideradas)”.¹⁶ En efecto, el activismo judicial así entendido se puede predicar por un juez que, sin dejar de ser independiente, apuesta seriamente por la salvaguarda de los derechos fundamentales, especialmente de las minorías, consagrados en la Constitución.¹⁷ De acuerdo con esta segunda aproximación, los jueces activistas (o simplemente “jueces activos”, en la visión de Manuel Atienza, quien afirma que no es lo mismo activo que activista) son quienes entienden que el derecho es una empresa interpretativa que permite, razonablemente y dentro de los márgenes legales, desplegar su trabajo con un mayor grado de creatividad en aras de salvaguardar en condiciones de igualdad los valores constitucionales. Alejandro Marianello señala que este tipo de jueces se caracterizan por: a) ampliar garantías procesales; b) crear dere-

¹⁴ Cfr. Aguiló Regla, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, abril de 1997, pp. 75-77.

¹⁵ Artículo 2. El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.

¹⁶ Atienza, Manuel, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *cit.*

¹⁷ De acuerdo con Alejandro Marianello, la frase “activismo judicial” fue usada por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1954, cuando se autoproclamó “activista”, bajo la presidencia del juez Earl Warren, especialmente una vez que se resolvió el famoso caso *Brown vs. Board of Education*, el 17 de mayo de 1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas. Cfr. Maraniello, Patricio Alejandro, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, en *Pensar en Derecho* (s.d.), <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>, p. 125.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

chos no reconocidos nominalmente en la ley, mediante sentencias interpretativas; *c*) dialogar con el Congreso, también mediante sus fallos, con relación a la necesidad de las reformas legales necesarias; *d*) establecer sentencias o precedentes que constituyan verdaderos modelos a seguir por los ciudadanos y el Estado.¹⁸ Se trata, pues, de jueces constructivistas que persiguen en cada una de sus resoluciones el ideal dworkiniano de ver al derecho bajo su mejor luz. Con esa actitud, se oponen a los jueces autorrestringidos (literalistas o formalistas) que, por naturaleza, son “inactivos”.

Volviendo al activismo en sentido negativo (algunos prefieren llamarlo “hiperactivismo” para distinguirlo del activismo en sentido positivo), conviene reafirmar que se trata de una extralimitación de la actuación que se espera de un juzgador. Los jueces activistas (o hiperactivistas) buscan “cumplir una agenda” que no es la del derecho, esto es, toman decisiones que no les corresponde tomar porque sencillamente no tienen competencia legal para ello. Un juez de este tipo no es independiente, porque utiliza algo más que razones jurídicas para resolver conflictos cuando, por ejemplo, al dictar una política pública toma decisiones presupuestarias o diseña una política legislativa en toda regla.¹⁹ Esto se traduce en una clara violación del principio de división de poderes, porque desconoce los límites de las competencias constitucionales propias. Alejandro Marianello se refiere a este fenómeno como “activismo irrazonable o injusto” y sostiene que quienes lo practican “van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia”, porque buscan allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del gobierno a través de un salto de instancias; convalidan normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales, y también convalidan excesos del poder en general.²⁰

¹⁸ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

¹⁹ Un ejemplo de este “hiperactivismo judicial” es la sentencia correspondiente al amparo en revisión 159/2013 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión celebrada el 16 de octubre de 2013, por mayoría de cuatro votos. Véase, con respecto a esa sentencia, Lara Chagoyán, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 42, abril de 2015, pp. 171-196.

²⁰ *Ibidem*, p. 130.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

La clave para entender la diferencia entre un juez activo y un activista (o hiperactivo) —estimo— está en el *deber* de independencia de los jueces. Al respecto, Josep Aguiló distingue a los jueces de otras autoridades, centralmente, de las políticas. Estas últimas —dice— actúan legítimamente en *representación* de ciertos grupos; en cambio, las autoridades jurisdiccionales no pueden actuar en representación de nadie sino en cumplimiento de un auténtico *deber de independencia*, en la medida en que sus decisiones no pueden portar intereses o fines ajenos al derecho. En sus palabras:

Este es el sentido en el que me parece que una buena concepción de la independencia debe mostrar la oposición entre esta y la representación; y, de este modo, poder concluir que el deber de independencia trata, entre otras cosas pero muy centralmente, de preservar las decisiones judiciales de las influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social. Si ello es así, invirtiendo algo los términos, puede extraerse el siguiente corolario: el deber de independencia de los jueces tiene como correlato el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho y no desde parámetros extrajurídicos provenientes del sistema social. Así, independiente es el juez que aplica el derecho (actúa en correspondencia con el deber) y que lo hace movido por las razones que el derecho le suministra (actúa movido por el deber).²¹

Por otra parte, no niego que los jueces tengan de hecho alguna agenda moral, política o religiosa, ya que sería imposible que no la tuvieran, puesto que no son máquinas; sin embargo, esa agenda debe conducirse con el respeto irrestricto del deber de independencia al que me he referido. Es decir, la agenda personal puede o no coincidir con la de la Constitución; pero en todo caso es esta la que debe prevalecer ante un posible conflicto, y no la de carácter personal del juzgador.

En suma, un juez no puede adoptar una actitud pasiva ante la letra de la ley, como si esta pudiera ser interpretada exclusivamente a través del método literal; por el contrario, el juez debe ser activo, esto es, ser consciente de que la interpretación de los materiales jurídicos ha de orientarse hacia un propósito (pero

²¹ Aguiló Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Palma de Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008, p. 38.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

no cualquiera) al de los mandatos constitucionales y las razones subyacentes a ellos: la democracia, los valores de igualdad, dignidad, libertad y seguridad. En mi opinión, solo un juez activo, en el sentido positivo apuntado, podría estar a la altura de las exigencias del párrafo segundo del artículo 1 constitucional, en donde se prescribe que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos *deberá* llevarse a cabo de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo momento la protección más amplia para las personas. Si se mira bien, ni un juez formalista ni uno hiperactivista podrían ajustarse cabalmente a este mandato, en el primer caso, porque el principio constitucional pro persona constituye un verdadero antídoto contra el formalismo y, en el segundo, porque el activismo (o hiperactivismo) sencillamente no es compatible con el deber de independencia judicial.

4. ¿CONSTITUCIONALISMO O POSITIVISMO?

En este aspecto quiero referirme a una cuestión relacionada con el tipo de filosofía del derecho en la que militamos todos los juristas, aunque no siempre ni en todos los casos de manera consciente. Simplificando quizá demasiado las cosas podemos sostener que actualmente el debate gravita en torno a dos grupos de concepciones que difieren en lo tocante a si el derecho tiene o no algún tipo de relación con la moral: el positivismo y el constitucionalismo.

Empecemos por el positivismo. Es ya clásica la triple caracterización que —el gran— Norberto Bobbio hiciera de la concepción positivista: como “metodología”, como “teoría” y como “ideología”. En el primer caso, el positivismo jurídico “[...] asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables [...] y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores”.²² Como “teoría”, el positivismo se caracterizaría,

²² Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991, p. 42.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

de acuerdo con Bobbio, por las siguientes notas: *a)* el derecho es coactivo, es decir, se trata de un sistema de normas que se aplican aun en contra de la voluntad del destinatario; *b)* las normas jurídicas son imperativas, deben entenderse como mandatos; *c)* la ley tiene supremacía sobre las otras fuentes del derecho; *d)* el ordenamiento jurídico se caracteriza, a su vez, por la plenitud (ausencia de lagunas) y por la coherencia (ausencia de antinomias), y *e)* el único criterio admisible para la aplicación del derecho es la subsunción.²³ Finalmente, como ideología, el positivismo se identifica con una serie de valores que se derivan de la existencia misma del derecho. De acuerdo con Bobbio, un positivista podría hacer coincidir el juicio de justicia o injusticia de las leyes con el juicio sobre su validez o invalidez, o bien, podría mostrar que la sola existencia del derecho, independientemente del valor moral de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza o la justicia legal.²⁴

CUADRO 1. *Positivism jurídico (Norberto Bobbio)*

<i>Metodología</i>	<i>Teoría</i>	<i>Ideología</i>
El jurista asume una actitud avalorativa u objetiva o éticamente neutral. Acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables, y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores.	El derecho se caracteriza por las siguientes notas: 1. es coactivo; 2. las normas jurídicas son imperativas (mandatos); 3. la ley tiene supremacía sobre las otras fuentes del derecho; 4. el ordenamiento jurídico no tiene lagunas (plenitud), ni antinomias (coherencia), y 5. el único criterio admisible para la aplicación del derecho es la subsunción.	<i>a)</i> El jurista asume que si una ley es válida (pertenece al sistema), entonces también es justa; <i>b)</i> El derecho, con independencia del valor moral de sus reglas, es un valor en sí mismo porque sirve para la obtención de ciertos fines como el orden, la paz, la certeza o la justicia legal.

²³ *Ibidem*, p. 45.

²⁴ *Ibidem*, p. 47.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Pues bien, para quienes abrazan el positivismo en su más estricta concepción (dejo fuera a formas de positivismo incluyente) existe una serie de consecuencias teóricas que podrían no empatar con el nuevo paradigma constitucionalista, a saber:

- a) las proposiciones normativas del texto constitucional constituyen reglas (y no principios);
- b) como consecuencia de lo anterior, la interpretación de esas reglas debe ser estricta (no extensiva, ni analizada de acuerdo con fines, propósitos, valores y/o políticas públicas);
- c) las llamadas razones subyacentes de las reglas no tienen cabida en la argumentación porque son subjetivas y solo representan la agenda personal del juez, y
- d) no hay lugar a un criterio de corrección o ideal regulativo que no sea el que se deriva de las reglas objetivas del orden jurídico.

Para este sector, los problemas que se dieron antes de la generación del texto constitucional ya están resueltos, mal o bien, pero resueltos; su aval es la fuerza de la representación democrática. Por ello, el operador jurídico —el juez— no necesita sino la justificación interna, debe argumentar exclusivamente a partir de lo ordenado de manera expresa en la letra de la Constitución y de la ley, sin apelar a la llamada justificación externa. Esta es la idea del positivismo normativista más extremo. Para este sector, la Constitución es necesaria y finita: nada que no se encuentre dentro de ella puede ser reconocido como derecho.

En cambio, hay otros que hablan de la Constitución contingente. Y aquí podemos ver todavía dos vertientes: la formalista y la que llamamos la Constitución del Estado constitucional. La vertiente formalista, muy próxima al normativismo positivista, se refiere a la Constitución como texto, como forma, sin atender demasiado a su contenido. La Constitución se identifica con una serie de razones perentorias, razones últimas a las que hay que apelar sin preguntarse demasiado el contenido, sin sopesarlo, sin hacer una visión crítica de las razones subyacentes de ese contenido, donde la única razón de peso es que se trata de la Constitución. En suma, se trata de identificar los valores constitucionales con el texto constitucional.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

En contrapartida, la Constitución del Estado constitucional que defiende el constitucionalismo²⁵ concibe al texto fundamental como un invasor que impregna todo el ordenamiento, como lo diría un gran crítico del constitucionalismo, Riccardo Guastini, quien señaló:

Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreau, por «constitucionalización del ordenamiento jurídico» propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legis-

²⁵ Conviene hacer alguna referencia a las expresiones “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo”. Para Manuel Atienza, ambos términos fueron acuñados por algunos representantes de la escuela genovesa, “[...] con un propósito manifiestamente crítico y descalificador: para referirse a una concepción del derecho contraria al positivismo jurídico que ellos profesaban y profesan: digamos, al iuspositivismo metodológico o conceptual [...]. Probablemente ese origen polémico tenga que ver con el uso tan confuso al que la expresión ha dado lugar”. Cfr. Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo. Una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista argentina de filosofía jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 15, núm. 1, diciembre de 2014, p. 1.

Para este autor, la palabra “constitucionalismo” puede referirse a dos tipos de cuestiones: a) un modelo de organización jurídico-política caracterizado por ciertos cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos: la existencia de constituciones con ciertas características y que desempeñan un papel especialmente relevante en el conjunto del ordenamiento jurídico, y b) a la conceptualización de ese fenómeno: el neoconstitucionalismo como teoría del derecho. *Ibidem*, p. 2.

Por lo que respecta al término “neoconstitucionalismo”, Atienza argumenta, por mayoría de razón, que si el “constitucionalismo” no existe como teoría, entonces el “neoconstitucionalismo” simplemente está de más. En sus palabras: “De manera que el ‘neo’, simplemente, está de más, y uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de ‘influnciar’ en lugar de ‘influir’, de ‘concretizar’ en lugar de ‘concretar’ o de ‘direccionar’ en lugar de ‘dirigir’. O sea, una corrupción de la lengua basada en la falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, profundidad, a su significado”. *Ibidem*, p. 2. Con todo, fue Susana Pozzolo quien introdujo el término, en un artículo de 1998: “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa 21*, vol. II, 1998, pp. 339-354.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

lación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.²⁶

Lo anterior significa, bien entendido, que no se trata solamente de tener una Constitución, sino de vivir bajo una Constitución, y que todos, absolutamente todos, empezando por el poder político, nos sometamos, más que al puro texto, a los mandatos y principios constitucionales. Naturalmente, lo que subyace a esta afirmación es que los derechos humanos han venido a ocupar la escena central del fenómeno social y jurídico.

Otro autor, Luis Prieto Sanchís, se refiere a este fenómeno con las siguientes palabras

Los derechos fundamentales, quizás porque incorporan la moral pública de la modernidad que ya no flota sobre el derecho positivo, sino que ha emigrado resueltamente al interior de sus fronteras [palabras de Habermas] exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos. Detrás de cada precepto legal se adivina siempre a una norma constitucional que lo confirma o lo contradice; si puede expresarse así, el sistema queda saturado por los principios y derechos.²⁷

Como sea, este fenómeno de constitucionalización es gradual y pasa, retomando a Guastini, por las siguientes condiciones: 1) una Constitución rígida; 2) la garantía constitucional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes, y 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones

²⁶ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

²⁷ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004, p. 51.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

políticas. El autor afirma que las condiciones 1 y 2 son necesarias para la constitucionalización, mientras que cada una de las restantes son suficientes. Veamos con algo más de detalle estas características.

4.1. Una Constitución rígida

Es aquella que no puede derogarse, modificarse y abrogarse sino mediante un procedimiento más complejo que el utilizado normalmente para reformar las leyes.²⁸ Para el constitucionalismo representa, en términos generales, una garantía de estabilidad en dos aspectos: primero, para la parte orgánica de la Constitución, la rigidez garantiza el mantenimiento de una infraestructura clara de las competencias constitucionales de los órganos del Estado a través del tiempo; dicho de otro modo, se garantiza un elevado grado de institucionalidad; y segundo, para la parte dogmática, la rigidez, acompañada de un grado importante de abstracción de las disposiciones jurídicas (el empleo de términos no específicos a la hora de enunciar derechos y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar), permite a los jueces constitucionales unir, mediante la interpretación, a las diversas generaciones de una nación bajo el mismo principio de justicia.²⁹

Si no hay rigidez y abstracción se corre el riesgo de “amarrar” a los jueces constitucionales al texto específico de la Constitución, dificultando enormemente las interpretaciones progresivas o expansivas de los derechos y contribuyendo a la preservación del formalismo judicial. El principio *pro persona*, tan comentado y alabado últimamente por haberse añadido al artículo 1 constitucional en 2011, se conjuga mejor con un sistema rígido y abstracto (como el que pregona Ferreres Comella) que con uno flexible y concreto que hace de la Constitución un mero código

²⁸ “[U]na Constitución es ‘rígida’ [afirma Víctor Ferreres] si su modificación exige un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, frente a lo que ocurre con una Constitución ‘flexible’”. En Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 23, 2000, p. 30.

²⁹ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

lleno de detalles y minucias normativas, y en el que la interpretación no juega un papel protagónico.

Ligada a la de rigidez está la idea de irreformabilidad o inmutabilidad de ciertos contenidos explícitos (cláusulas de intangibilidad) o implícitos, que algunas constituciones poseen. La idea de estas limitaciones implícitas o explícitas no es muy diferente a la que persigue la rigidez: busca, al menos parcialmente, la preservación y la estabilidad del sistema de ciertas competencias y derechos constitucionales a través de diferentes generaciones.³⁰

4.2. La garantía constitucional de la Constitución

La condición es que un tribunal garantice la vigencia del texto y de los valores que representa. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) es nuestro Tribunal Constitucional que, aunque viene de antaño, lo hemos afianzado a partir de la reforma del presidente Zedillo de diciembre de 1994. Este Tribunal está llamado a defender la regularidad constitucional y los valores constitucionales mediante mecanismos de control como el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. En este rubro es posible advertir uno de los principales rasgos del constitucionalismo: el poder contramayoritario razonable, fuerte y que se legitima solo mediante su argumentación y el cumplimiento del deber de independencia; únicamente mediante sus decisiones correctas, adecuadas, justas o aceptables.³¹

Los grandes modelos de control constitucional pueden ser clasificados en tres grupos:³² a) el control *a posteriori* (por vía

³⁰ Sobre el tema de las cláusulas de intangibilidad véase, por todos, Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y el poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 222 y ss.

³¹ Esta postura es la que esencialmente defiende Rodolfo Vázquez, cuando afirma que es necesario “atrincherar” determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría; a saber: no solo los derechos civiles y políticos, sino también los sociales. AA.VV., *Tribunales Constitucionales y Democracia*, 2a. ed., México, SCJN, 2008, pp. 378 y 379.

³² Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico...”, *cit.*, pp. 51 y 52.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

de excepción) e *in concreto*, como en Estados Unidos. En este sistema es posible que existan leyes inconstitucionales por largo tiempo hasta que la Corte Suprema se pronuncie en un caso concreto y declare que la norma es inconstitucional; los efectos, sin embargo, no son generales; b) el control *a priori* (por vía de acción) e *in abstracto*, como ocurre en Francia, en donde aparentemente se impide que una norma inconstitucional entre en vigor, y c) el control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, como ocurre en países como Alemania, Italia o España, en donde, a diferencia de Estados Unidos, los efectos de la invalidez de una ley, declarada por el Tribunal Constitucional, son *erga omnes*.

Asimismo, existen modelos de control concentrado, de control difuso o modelos mixtos, como el que nuestra Suprema Corte adoptó al resolver el expediente varios 912/2010, derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, emitida el 23 de noviembre de 2009.

4.3. La fuerza vinculante de la Constitución

Se refiere a que esta ha dejado de ser un mero manifiesto político, cuya concretización es tarea exclusiva del legislador y no del juez. En la era de la constitucionalización es posible concebir a la Constitución como una norma jurídica directamente vinculante, que no necesita de un desarrollo legislativo secundario para ser aplicada. El viejo modelo consideraba que determinados principios o valores constitucionales, así como los derechos sociales, no podían tener consecuencias normativas de manera directa, en otras palabras, no podían ser utilizados por los jueces a la hora de resolver casos concretos, sino que era necesario esperar a que el legislador se hiciera cargo de la regulación específica y concreta; se trataba de una concepción constitutiva de la Constitución. En el modelo del constitucionalismo, la idea de la Constitución es regulativa porque impone deberes y obligaciones a todos sus destinatarios, por lo que perfectamente puede ser interpretada y aplicada en los casos concretos.³³

³³ Al evaluar las distintas concepciones de la Constitución surge una disyuntiva: o bien abrazar una concepción de la Constitución que sea mecánica,

4.4. La “sobreinterpretación” de la Constitución

Se refiere a la postura que adopta el operador jurídico frente a la interpretación constitucional. Existen básicamente dos posturas: una restrictiva y otra extensiva. El intérprete que opta por la primera adopta la interpretación literal y ve al ordenamiento jurídico como una obra acabada, en la que solo cabe aplicar el texto a los casos concretos de manera casi mecánica. El argumento interpretativo más utilizado es el argumento *a contrario*, en el que simplemente se determina si el hecho de que se trata se subsume o no en el supuesto de hecho de la norma para determinar si se aplica o no la consecuencia jurídica; la actitud es formalista por antonomasia y el intérprete se concibe como alguien que no está facultado para colmar una laguna o realizar operaciones argumentativas que permitan hacer derivaciones del texto interpretado, tales como inferencias, ponderaciones, etc. Este tipo de intérprete prefiere no hacer nada ante una laguna, piensa que se trata de un problema del legislador y no de él.

La postura contraria es la que se inclina por la interpretación extensiva (sobreinterpretación), que busca que no queden vacíos legales o lagunas. El argumento interpretativo más utilizado es el denominado *a pari* o *a simili*, en el que es posible derivar o

política, procedimentalista y de “fuente de fuentes” del derecho, es decir, una argumentación histórica conservadora; o bien, abrazar una concepción de la Constitución que sea normativa, jurídica, sustantiva y como fuente (directa) del derecho, lo que se correspondería con una argumentación histórica progresiva. Claramente, la segunda opción, y no la primera, es la que prefieren los defensores del llamado Estado constitucional, puesto que ven a la Constitución no solo como un documento de carácter político, sino como una norma jurídica vinculante; no simplemente como una “fuente de las fuentes del derecho”, sino “fuente del derecho” en sí misma considerada; no como una Constitución simplemente “constitutiva” (que se limite a establecer las instituciones y órganos que materializarán los poderes del Estado y les atribuya ámbitos de competencia), sino también como una Constitución “regulativa” (que 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. Para ahondar sobre estos “pares” de concepciones de la Constitución, véase Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Perú-Bogotá, Palestra-Temis, 2005, pp. 63 y ss.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

importar soluciones normativas dadas en el texto a casos no regulados expresamente. Este tipo de intérprete no se limita a ver el texto de la ley, sino que su mirada penetra a las llamadas *razones subyacentes* que están detrás del texto legal y que permiten advertir casos de infra y supra inclusión. Como dice Francisco Laporta en un sugerente ejemplo sobre las tesis de F. Schauer, la norma que prohíbe ingresar a un restaurante con perros no fue pensada, naturalmente, para impedir que un ciego entre con su perro lazarillo (esa no es la razón subyacente), sino para asegurar la tranquilidad de los comensales (esta es la razón subyacente). Por otro lado, un caso no regulado por esa norma, por ejemplo, una pareja que lleva a un bebé que escandaliza con su llanto, podría ser resuelto no con el texto de la norma, pero sí mediante la aplicación de la razón subyacente. En el caso del perro lazarillo estamos frente a un caso de sobreinclusión (*over-inclusion*, para Schauer), mientras que en el caso del bebé escandaloso sería de infrainclusión (*under-inclusion*).³⁴

A nivel constitucional, nuestro artículo 1, a través del llamado principio pro persona, posibilita la sobreinterpretación, ya que el juez, ante un conflicto interpretativo, debe elegir la interpretación del texto que más proteja a las personas, que más respete a sus derechos humanos, es decir que ante una disyuntiva entre la dimensión de la autoridad y los valores deberá elegir estos últimos, aunque ello implique algún tipo de infidelidad con el texto constitucional, en el entendido de que atenderá a las razones subyacentes del texto mismo.

Por eso, los críticos consideran que esta actividad no se traduce en interpretar, sino “sobreinterpretar”, o sea, “más que interpretar”. Para los formalistas u originalistas (como ciertos positivistas), esto constituye una auténtica herejía; sin embargo, para los constructivistas (como Ronald Dworkin), la sobreinterpretación es la forma más adecuada para resolver determinados casos concretos. Los primeros defienden la idea de “encontrar” el significado, mientras que los segundos defienden la idea de “atri-

³⁴ Laporta, Francisco, “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en Laporta, Francisco J.; Ruiz Manero, Juan y Rodilla, Miguel Ángel (eds.), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Colocquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 81-83.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

buir” o “asignar” el significado. La tensión también parece irresoluble, ya que para los originalistas, si siempre hay que descubrir el significado, entonces lo que se encuentra puede ser falso o verdadero, por tanto, el intérprete o se equivoca o no se equivoca; para los constructivistas, la actividad interpretativa consiste más bien en construir el significado, por lo que su resultado no puede ser calificado como falso o verdadero.

4.5. La aplicación directa de las normas constitucionales

Este tipo de normas, con su fuerza vinculante, pueden ser concebidas para limitar el poder político (postura clásica) o también para regular las relaciones jurídicas entre particulares (postura del constitucionalismo). Esta segunda alternativa permite que los jueces resuelvan problemas relacionados con la violación de derechos humanos entre particulares, mientras que la primera no. El constitucionalismo de nuestros días concibe a la Constitución como una serie de normas omnipresentes y transversales de las relaciones sociales con un auténtico espíritu regulativo, como hemos señalado, y no meramente constitutivo, por lo que resulta imperativo que las normas constitucionales sean aplicadas de forma directa en ese tipo de casos.

4.6. La interpretación conforme de las leyes

Se refiere a que la luz con la que el intérprete busca o asigna el significado de alguna ley proviene de la Constitución y no al revés. Anteriormente, la operación era la inversa: si uno quería saber cuál era el contenido del texto constitucional, debía acudir a la ley orgánica o a la ley reglamentaria, pues, como he señalado, en el legalismo no se consideraba que la Constitución fuera una fuente directa del derecho, sino la fuente de fuentes.

El principio de interpretación conforme, ha escrito Héctor Fix Zamudio, se estableció originalmente en la doctrina y la jurisprudencia alemanas con el nombre *verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* (interpretación de las leyes de acuerdo con

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

la Constitución) y ha cobrado notable importancia en la justicia constitucional contemporánea porque con él se puede evitar la conmoción jurídica que puede llegar a producir la declaratoria general de inconstitucionalidad. A juicio del profesor mexicano, cuando se genera la invalidación general de una norma se vuelve necesario llenar el vacío que se crea, el cual no siempre es posible sustituir por la legislación anterior y requiere la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la Constitución.³⁵

Para llevar a cabo una genuina interpretación conforme es necesario cumplir con tres condiciones.³⁶ La primera, que el enunciado a interpretar tenga un significado dudoso, ya que solo se justifica interpretar cuando el texto permite al operador decantarse por una de las posibilidades interpretativas; en la terminología de Guastini, debe tratarse de una *interpretación-decisión* y no de una *interpretación-conocimiento*, ya que los jueces deben *escoger* un determinado significado con preferencia sobre otros, y deben *usarlo* para calificar el hecho que han de resolver.³⁷

La segunda, que en el caso concreto no se haya podido derrotar el principio de presunción de constitucionalidad³⁸ del que

³⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, 2001, p. 136. El insigne autor remite a la siguiente fuente: Haak, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, pp. 184-213; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Vefassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), 16a. ed., Heidelberg, C.F. Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32; asimismo, *Escritos de derecho constitucional* (Selección), trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 53-57.

³⁶ He desarrollado estas condiciones en Lara Chagoyán, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme...” *cit.*, p. 171.

³⁷ Cfr. Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 202-203. [Título original: *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del diritto, collana Analisi e diritto*, Turín, Giappichelli, 1996, Serie Teorica].

³⁸ Para Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos por la jurisprudencia estadounidense: el primero, todas las normas generales deben interpretarse en “harmony

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

gozan todas las normas jurídicas, es decir, el operador debe demostrar que al menos una de las posibilidades interpretativas del enunciado a interpretar es compatible con la Constitución u otros valores constitucionalmente reconocidos. De este modo, la premisa o el embrión del reconocimiento de la validez es dado por la propia disposición, lo cual hace suponer que la posibilidad de validez es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la interpretación conforme. Por ello, el desarrollo argumentativo que acompaña un ejercicio de ese tipo debe servir de la vocación de validez que posee el enunciado a interpretar.

Y la tercera, no olvidar que en los casos difíciles o trágicos, el intérprete ha de buscar la primacía de los valores o principios del derecho sobre los aspectos autoritativos de este; con lo cual se ubica en la perspectiva de ver al derecho más como una práctica social que como un mero conjunto de textos.

4.7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

Finalmente, esta condición del constitucionalismo se refiere a que las relaciones políticas no están exentas de la regulación constitucional. Como he venido repitiendo, una concepción regulativa (más jurídica que política) de la Constitución permite que los tribunales constitucionales resuelvan diferentes tipos de desacuerdos entre diferentes actores políticos. En México contamos con la controversia constitucional, diseñada para resolver conflictos puramente políticos: los relacionados con la posible invasión de las esferas competenciales de determinados órganos del Estado. Asimismo, contamos con la acción de inconstitucionalidad como medio de control abstracto de constitucionalidad de leyes generales y con todo un sistema de control constitucional en materia de justicia electoral. Y por último, tenemos una serie de organismos constitucionales autónomos que regulan otro tipo de relaciones políticas. Entre ellos destacan el Institu-

with the Constitution”; y el segundo, la presunción de constitucionalidad de las leyes. *Cfr.* García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 95-103.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

to Nacional Electoral (INE), el Banco de México (BM), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) o el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

Para cerrar este apartado conviene hacernos un par de preguntas: ¿un juez mexicano debería plantearse seriamente el abandono del positivismo tradicional?, y ¿el positivismo jurídico —en cualquiera de sus variantes: blanda o dura— ha dejado de ser una opción para pensar el derecho? A mi parecer, la primera pregunta debería responderse en forma afirmativa, pues, en efecto, la forma del positivismo tradicional es incompatible con las exigencias, alcances e ideales del nuevo paradigma constitucionalista. Por lo que hace a la segunda, quizá las nuevas formas de entender el positivismo, tales como el neopositivismo de Ferrajoli o el pospositivismo que defiende Atienza o, en general, las distintas corrientes de pensamiento que se identifican con el constitucionalismo, sean las opciones a elegir para los operadores jurídicos del siglo XXI.

Sin duda, todo ello tiene que ver con un tema de conciencia: muchos operadores jurídicos se dicen positivistas o constitucionalistas sin más, sin tener en cuenta con mediana claridad el significado de esa autoadscripción. Por lo que he podido ver en la práctica, muchos operadores jurídicos —especialmente jueces— que se dicen positivistas estarían dispuestos a admitir más de alguna de las condiciones del fenómeno de la “constitucionalización” que acaban de ser descritas.

Por lo demás, la discusión que trasciende a las etiquetas es la que realmente debe importarnos: el tipo de enfoque que se da a los problemas prácticos tiene mucho que ver con las convicciones del operador. La actitud de los juristas ante los casos concretos está directamente relacionada con el tipo de concepción del derecho que estos asuman. Insisto: no se trata solamente de la etiqueta, sino de lo que significa enfrentar un caso desde una determinada convicción de lo que el derecho es.

Más de una vez he escuchado a ministros de la SCJN admitir que el caso *X* no *debería* ser resuelto de la manera *Y*, pero que, desgraciadamente *no puede* ser resuelto de otro modo porque “esa otra solución” no está expresamente prevista en la ley, aunque parezca más razonable, correcta y justa. A veces se

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

trata de algo más que cinismo profesional: existen operadores genuinamente convencidos de que en casos como ese “hacen lo jurídicamente correcto”, aunque ello no coincida con lo “genuinamente correcto”. El problema de estos juristas, según creo, es que no acaban de aceptar mínimamente la unidad de la razón práctica, es decir, una identificación entre la corrección jurídica y la corrección moral (infra, apdo. 6).

Por lo anterior, considero que algunas nociones tales como “ideal regulativo”, “criterio de corrección”, “punto de vista interno” o “razones subyacentes”, que no están en el ‘ADN’ del positivismo tradicional, pero sí en el del pospositivismo, ayudan a resolver casos difíciles de una forma más acorde a los valores constitucionales. Consecuentemente, es importante insistir en la (buena) capacitación de los jueces y en la educación de las nuevas generaciones de juristas en materia de teoría y filosofía del derecho. Entender las discrepancias teóricas entre las diversas concepciones del derecho supone mucho más que interiorizar clasificaciones y membresías: la diferencia lleva al jurista práctico a desarrollar su trabajo con una mejor o una peor orientación de cara a los valores del Estado constitucional.

5. ¿SUPREMACÍA O SOBERANÍA?

Estos dos principios de rango constitucional se oponen cuando se plantea la pregunta sobre si un tribunal constitucional puede o no analizar la validez de un acto de reforma constitucional; a lo que conviene preguntarse: ¿cuál es el carácter del poder constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución?

Existen dos posibilidades: la primera, admitir que el poder de reforma de la Constitución es *limitado*, en concordancia con el principio jurídico de supremacía constitucional o, la segunda, admitir que ese poder es *ilimitado*, al cobijo del principio político de soberanía popular.³⁹

³⁹ La identificación del principio de soberanía popular ha sido sostenida, entre otros, por Kelsen y Krabbe. La distinción de los tipos de poderes constituye ya un lugar común. Véase, por todos, Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

Entre los límites reconocidos por la doctrina destacan los *explícitos* (o cláusulas de intangibilidad), que se encuentran en el propio texto constitucional, y los *implícitos*, cuya existencia solo puede ser deducida indirectamente, ya sea como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, o bien, como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución.⁴⁰ En el caso mexicano, la Constitución general establece límites relacionados con los requisitos formales que requiere una reforma constitucional, pero no son realmente cláusulas de intangibilidad, a saber, los que contiene el artículo 135 constitucional,⁴¹ referido al procedimiento de reforma: 1) que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde a las reformas o adiciones, y 2) que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas. Podría discutirse si implícitamente existen límites derivados de la parte dogmática o de la parte orgánica de nuestra Constitución o si puede extraerse de los límites formales una suerte de *ratio*, tema que escapa a los alcances de este trabajo.

Con todo, considero que *no es posible identificar el poder reformador con el poder constituyente o soberano*, porque entonces quedaría en entredicho el principio jurídico de supremacía constitucional, dando prevalencia al principio político de soberanía popular. Con ello se produciría una confusión que en nada beneficia al Estado constitucional, pues tales principios pueden coexistir siempre que se asocien adecuadamente con los momentos históricos y con el tipo de ejercicio de que se trate. En efecto, el poder constituyente, soberano, ilimitado del pueblo, no puede quedar encerrado dentro del ordenamiento constitucional. La

⁴⁰ Para ahondar en la definición de los tipos de límites, véase *ibidem*, pp. 240 y ss.

⁴¹ “Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

historia ha demostrado —ya se dijo— que cada intento de organización jurídica del poder constituyente, en el mejor de los casos, ha servido solo para privar al pueblo de sus facultades soberanas a favor de otras instancias u otros órganos estatales.⁴² Por ello, estimo que ese poder ilimitado se ejerce, de acuerdo con su propia naturaleza, como fuerza externa al sistema, por lo que siempre y en todo momento podrá reformar la Constitución existente o establecer una nueva, *pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho*, esto es, mediante un proceso revolucionario.⁴³

En cambio, ningún poder constituido —como se entiende aquí al poder de reforma— puede extraerse de la órbita de competencias que le otorga la propia Constitución, ya que ello equivaldría a hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente. Aun cuando se acepte que la competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal, sino una facultad *extraordinaria* o, si se quiere, una *competencia de competencias*, ello no implica (o no puede implicar) que se identifique, sin más, la facultad extraordinaria con el *poder soberano*. Claramente se trata de conceptos que no son idénticos ni intercambiables, pues el poder de revisión nunca podrá tener otro fundamento que no sea la propia Constitución; en cambio, el poder constituyente, como poder soberano, es previo e independiente del ordenamiento.

En resumen, las posibilidades de actuación del poder reformador de la Constitución son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere. Asimismo, lo son sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución. Esto último porque el poder de reforma tiene la competencia para modificarla, pero no para destruirla.⁴⁴ Por lo ante-

⁴² Vega, Pedro de, *op. cit.*, p. 235.

⁴³ *Ibidem*, pp. 238 y 239. Incluso hay quienes, como Sieyès, sostienen que el poder constituyente es “[...] un poder independiente de toda forma constitucional... que puede querer como desee... al margen de todo derecho positivo...”. *Ibidem*, p. 237.

⁴⁴ Es ya clásica la afirmación de Marbury: “the power to amend the Constitution was not intended to include the power to destroy it”. Anota Pedro de Vega: “La explicación [de que el poder reformador es limitado] es muy

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

rior concluyo que solamente considerando al poder reformador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia y, de esta forma, cobra sentido el principio jurídico de *supremacía constitucional*, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella.

En México, la Suprema Corte tuvo la oportunidad de enfrentar un planteamiento como este al resolver el amparo en revisión 186/2008, resuelto el 29 de septiembre de 2008, que fue difundido por la prensa como el “amparo de los intelectuales”. En esta resolución, la Corte determinó que el juicio de amparo contra un acto de reforma constitucional era procedente *prima facie*, por lo cual revocó un desechamiento por notoria improcedencia que había dictado un juez de distrito.

La línea argumentativa que la Corte siguió fue esencialmente la siguiente:

- 1) no existe un enunciado normativo que contenga una regla que permita o prohíba la procedencia del amparo en contra de una reforma constitucional;⁴⁵

simple, y se basa en un viejo argumento empleado ya por Vattel en su *De-recho de Gentes*. Si el título y la autoridad del poder de reforma descansa en la Constitución, ¿podría ese poder destruir aquellos supuestos constitucionales que son su propio fundamento y razón de ser? Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el poder constituyente se presenta como un poder, por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuanto poder constituido, un poder limitado. Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión”. *Ibidem*, p. 237.

⁴⁵ Los enunciados normativos que había interpretado el juez de distrito para desechar de plano la demanda fueron: 1) la fracción XVIII del art. 73 de la antigua Ley de Amparo, que se prescribía la improcedencia del juicio de amparo “[...] en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Ley”; 2) el art. 1, frac. I, de la misma ley, que disponía que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por “[...] leyes y actos de autoridad que violen las garantías individuales”, y 3) el art. 103 constitucional, que entonces señalaba que los tribunales federales estaban facultados para resolver toda controversia que se suscitare por “[...] leyes y actos de autoridad que violen las garantías individuales”. En su argumentación, el juzgador de amparo había invoca-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

- 2) el poder reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está limitado, en principio, por las normas del procedimiento de reforma establecidas en el artículo 135 constitucional;
- 3) el medio de control por antonomasia para proteger al individuo contra las posibles violaciones a las garantías individuales es el juicio de amparo;
- 4) el artículo 11 de la Ley de Amparo (entonces vigente) define quiénes son autoridades responsables en el juicio de amparo, a saber: las que dictan, promulgan, publican, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el *acto reclamado*;
- 5) el Congreso de la Unión y las legislaturas locales, cuando actúan en su carácter de poder reformador (limitado) de la Constitución, deben respetar las normas del procedimiento de reforma contenidas en el artículo 135 constitucional;
- 6) es posible que el poder reformador de la Constitución emita actos apegados al procedimiento constitucional de reforma y también es posible que los emita con desapego a tal procedimiento; por tanto,
- 7) es posible considerar al poder reformador de la Constitución como autoridad responsable en el juicio de amparo, siempre que se impugnen presuntas violaciones al procedimiento de reforma constitucional, y
- 8) si lo anterior es así, entonces el juicio de amparo no es notoriamente improcedente contra el acto de reforma constitucional.⁴⁶

do estas normas para fundamentar el desechamiento de plano, señalando que el acto de reforma constitucional no podía ser violatorio de garantías individuales, con lo que claramente incurría en una petición de principio, puesto que el argumento central de la demanda de amparo consistía precisamente en que dicho acto de reforma era violatorio de garantías.

⁴⁶ Véase la tesis aislada P. LXXVI/2009, de rubro “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA”, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, pág. 15. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Ausente:

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

Durante poco más de dos años (entre septiembre de 2008 y marzo de 2011) este criterio estuvo vigente en nuestro país; sin embargo, el 28 de marzo de 2011, al resolver el amparo en revisión 2021/2009, la nueva conformación de la Corte daría marcha atrás con relación al tema de la procedencia del amparo contra el acto de reforma constitucional. En efecto, el Alto Tribunal volvió a decretar la improcedencia, esta vez mediante la causal relacionada con la imposibilidad de los efectos del amparo.⁴⁷ Dos años más tarde, la discusión se cancelaría cuando se emitió la nueva Ley de Amparo, el 2 de abril de 2013, en cuyo artículo 61, fracción I, se proscribió legalmente la procedencia del juicio de amparo en contra de reformas o adiciones a la Constitución.

6. ¿OBJETIVISMO, RELATIVISMO O ESCÉPTICISMO MORALES?

En términos muy generales, un objetivista moral (cognoscitivista) es aquel que admite que las razones en las que basa sus

Mariano Azuela Güitrón. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Asimismo, véase la tesis aislada P. LXXV/2009, de rubro “PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL”, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, pág. 14. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

⁴⁷ La resolución se tomó por mayoría de siete votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia. Los ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea y Sánchez Cordero de García Villegas y presidente Silva Meza votaron en contra y, excepto el ministro presidente Silva Meza, reservaron su derecho para formular, en su caso, voto particular o de minoría. Los ministros Aguirre Anguiano, Aguilar Morales, Franco González Salas y Luna Ramos reservaron su derecho para formular votos concurrentes.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

juicios morales tienen un carácter objetivo, que no dependen de sus preferencias personales ni tampoco de las de algún grupo de personas determinado; para el objetivismo, ciertas acciones, conductas, opciones políticas, etc., son moralmente correctas por sí mismas y no porque a alguien más le parezcan correctas. Un extremo del objetivismo —digamos que llevado hasta sus últimas consecuencias— es el *realismo moral*, según el cual existen entidades morales semejantes a los objetos o a las propiedades del mundo físico, es decir, empíricamente verificables.

Por otro lado, en el extremo opuesto tenemos al *escepticismo moral*, según el cual las entidades morales no tienen referente empírico y consecuentemente no es posible predicar la verdad o la falsedad de los juicios morales. Para los escépticos, cualquier apelación al objetivismo moral es una muestra de irracionalidad, ya sea por apelar a las emociones o por perseguir meras ilusiones.

Finalmente, cabe mencionar al *relativismo moral*, que puede ser individual o cultural. Los relativistas apelan a que los juicios morales siempre se hacen desde las preferencias de los sujetos, ya sea de uno solo o de un grupo (comunidad, sociedad, etc.). Para ellos, la corrección moral no depende de los propios objetos (acciones, conductas), sino de las valoraciones que de los objetos hacen los sujetos.

La pregunta relevante que conviene hacernos en este trabajo es: ¿cuál de las tres opciones anteriores conviene al avance del proceso de constitucionalización mexicano? Dicho de otro modo, ¿el razonamiento jurídico tiene (o debiera tener) algún componente moral? Para algunos jueces y académicos sí, y para otros no. En efecto, para algunos —los defensores de la versión más clásica del positivismo— la corrección jurídica no tiene nada que ver con la corrección moral, mientras que para otros —positivistas críticos o pospositivistas—, algunos aspectos centrales de la práctica jurídica serían difícilmente comprensibles sin el componente moral.

Quizá esta tensión es la que más divide a los juristas, tanto teóricos como prácticos, por ser una de las más sensibles a lo largo de la historia de la teoría y la filosofía del derecho. Para el caso de los jueces, también se observa la división que se hace patente cuando se preguntan si deben o no incluir en sus deliberaciones

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

algún punto de vista moral. Para los no objetivistas (escépticos o relativistas), las deliberaciones morales se dan en el seno del legislador democrático y no en la sede jurisdiccional. En cambio, para los objetivistas resulta imposible no incluir a la moral en las deliberaciones, porque sin el ingrediente valorativo la idea de Estado de derecho simplemente quedaría incompleta.

¿Cómo resolver esta tensión? La clave de la cuestión, creo, puede encontrarse apelando a un concepto fuerte de Estado de derecho. En otras palabras, si se toma en serio el alcance de este concepto, entonces se vuelve muy difícil no aceptar la tesis del objetivismo moral. Para tratar de argumentar a favor de esta posición voy a recurrir a la conocida tesis de Elías Díaz, quien considera que no todo Estado *con* derecho es un Estado *de* derecho. Solo lo son algunos, aquellos que cumplen con las siguientes notas características:

a) *Imperio de la ley* [...]; b) *División de poderes* [...]; c) *Fiscalización de la Administración* [...]; y d) *derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas* (penales, procesales y de todo tipo) así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo con *derechos económicos, sociales y culturales* y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos.⁴⁸

Manuel Atienza ha evaluado estos cuatro pilares del Estado de derecho de Elías Díaz y distingue dos: *la dimensión de la autoridad* y *la dimensión de los valores*. En la primera ubica al imperio de la Ley y a la división de poderes, mientras que en la segunda a la fiscalización de la administración y a la garantía de los derechos fundamentales. Por lo demás, el autor lleva a cabo esta evaluación pensando en la fase más visible de la actividad práctica del juez: la interpretación. En sus propias palabras:

La tesis es que el Estado de derecho contiene en sí mismo —en sus características ideales— los polos de una tensión que explica por qué la interpretación es tan importante en el derecho y justi-

⁴⁸ Díaz, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, en AA. VV., *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, Puebla, Editorial Cajica, 2002, vol. 1, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2401/23.pdf>, p. 222.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

fica —según como se resuelva esa tensión— de qué manera ha de proceder el intérprete. El primero de esos polos es *la dimensión de autoridad* y está representado, diría que fundamentalmente, por las dos primeras notas del Estado de derecho: *la del imperio de la ley y la de la división de poderes*. Como lo ha señalado Raz (1996), la importancia de la autoridad en el derecho es lo que hace que la interpretación juegue en este campo un papel esencial, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el de la moral. El otro polo lo constituye lo que podríamos llamar *la dimensión de los valores*, el contenido de justicia que implica la noción de Estado de derecho —fundamentalmente, diría—, a través de las dos características de *la interdicción de la arbitrariedad y de la garantía de los derechos y libertades fundamentales*. La necesidad de hacer justicia, de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad es, cabe decir, la razón de ser de la interpretación jurídica. Si solo hubiese autoridad o solo hubiera la necesidad de hacer justicia, entonces no sería necesaria —o apenas sería necesaria— la interpretación.⁴⁹ (cursivas añadidas)

Pues bien, los operadores jurídicos que interpretan el derecho pueden hacerlo desde el *no objetivismo* o desde el *objetivismo moral*. Los primeros —identificados con la corriente interpretativa clásica, que sostiene que interpretar es simplemente *descubrir* significados— enfatizan la dimensión de la autoridad, por lo que ponen el acento en la división estricta de poderes (solamente debe ser la boca de la ley) y, por supuesto, en el imperio de la ley. En cambio, los jueces que asumen alguna versión del objetivismo moral —identificados con la vertiente interpretativa que sostiene que interpretar no se reduce a descubrir un significado ya dado, sino que es menester atender las razones subyacentes— apoyan con más vehemencia la dimensión de los valores: el respeto irrestricto a los derechos humanos, así como el sometimiento del poder público a la legalidad y a los valores constitucionales.

En realidad no se trata de excluir alguna de las dos dimensiones, se trata sencillamente de poner el acento en alguna de ellas, especialmente si se está ante un caso difícil o trágico. Así, si la dimensión valorativa es una condición de la construcción

⁴⁹ Atienza, Manuel, “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997, p. 482.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

del Estado constitucional de derecho, entonces parece difícil no admitir un mínimo de objetivismo moral, que no es otra cosa que la defensa y protección de los derechos humanos.

Así las cosas, cabe preguntarnos: ¿qué tipo de juez constitucional queremos? ¿Qué tipo de concepción de derecho conviene que ese juez proyecte en sus decisiones? Dicho de otro modo, cuando se trata de resolver un caso de los denominados difíciles, en los que se pone en juego cuestiones valorativas que dividen opiniones expertas y profanas, ¿qué tipo de juez necesitamos? ¿Uno que en un determinado caso (difícil o trágico) defienda la dimensión de la autoridad u otro que defienda la dimensión valorativa? ¿Cuál de ellas es más compatible con los mandatos de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011?

Desde mi punto de vista, la dimensión valorativa es necesaria en el Estado constitucional moderno y no supone en modo alguno abrir la puerta al absolutismo de la moral ni tampoco al reino de la arbitrariedad; supone más bien un abandono del formalismo y de algún tipo de positivismo. Considero que la dimensión valorativa del Estado de derecho, acorde con un objetivismo moral mínimo (o que no se confunda con el realismo moral), puede ser compatible con posturas teóricas de diverso tipo, tales como las que defienden autores tan distintos como Ferrajoli, Atienza o Nino.

Considero entonces que tanto en la clase política como en el ámbito jurisdiccional es necesario replantearnos qué filosofía de la Constitución tenemos y queremos para las futuras generaciones.

7. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA CULTURA CONSTITUCIONALISTA EN MÉXICO: EL EMBRIÓN DE UNA TEORÍA

Al inicio de este trabajo señalé que mi objetivo era poner al alcance de un jurista promedio los extremos de cinco desafíos teórico-prácticos relacionados con el proceso de constitucionalización que experimenta nuestro sistema jurídico, con la finalidad de despertar cierta conciencia, especialmente en los operadores jurídicos dedicados a la jurisdicción. Una vez explicitados estos problemas, cabe preguntarnos: ¿cómo y de qué manera impactan

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

en la realidad cotidiana estos cinco desafíos? ¿Qué panorama se vislumbra en el futuro inmediato? ¿Cuáles de los extremos, en cada uno de los rubros comentados, terminará por asentarse en México? Estas preguntas requieren investigación empírica y el concurso de otras disciplinas sociales, como la ciencia política, la sociología o la historia. Con todo, me voy a permitir proponer algunos fragmentos de una teoría local acerca de la consolidación del constitucionalismo mexicano. Los siguientes son problemas apenas descritos y planteados genéricamente que he detectado en mi experiencia como letrado en la Suprema Corte de México y como académico. Se trata de diez inquietudes relacionadas con el funcionamiento de nuestro sistema de justicia, derivadas precisamente de las cinco tensiones analizadas en el cuerpo del trabajo. Cada uno de estos diez problemas o tesis tendría que ser desarrollado por separado y, tal vez, integrado a una teoría del cambio de paradigma en México. Veamos.

PRIMERO. Cambios necesarios en la infraestructura normativa de nuestro sistema jurídico. Algunas de las tensiones relatadas en este trabajo (formalismo vs. activismo judicial; positivismo vs. constitucionalismo; objetivismo vs. no objetivismo moral, y supremacía vs. soberanía) tienen su origen en nuestro actual sistema de control constitucional. El centro de gravedad de nuestro sistema de control relacionado con los derechos fundamentales es el juicio de amparo. Se trata de una institución que, a pesar de sus más recientes reformas (2013), no ha perdido su tufo decimonónico. El juicio de amparo arrastra restricciones de otra época que lo hacen difícilmente compatible con el artículo 1 constitucional actual: la relatividad de las sentencias de amparo (la llamada “fórmula Otero”), a pesar de la —tímida— declaratoria general de inconstitucionalidad; la exigencia de reiteración de cinco ejecutorias para formar jurisprudencia; los efectos limitados de la concesión del amparo (la falta de una reparación integral); las causales de improcedencia, entre otras. Otro importante y necesario cambio tiene que ver con la adaptación entre los nuevos sistemas de litigación oral (penal, civil, mercantil, laboral, etc.) con el juicio de amparo. Y, finalmente, la posibilidad de modificar el funcionamiento de la SCJN a fin de hacer posible su consolidación como tribunal constitucional propiamente dicho, o bien, la creación de un tribunal constitucional autónomo.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

SEGUNDO. La necesidad de un *certiorari*. Derivado de lo anterior, ya sea con un modelo consolidado de corte suprema y tribunal constitucional (como el que funciona en la actualidad), o con un modelo dual en el que coexistan la corte suprema y el tribunal constitucional, es necesario que en la última sede de interpretación constitucional se resuelvan menos (y, a la vez, más paradigmáticos) asuntos. La Corte mexicana resuelve una cantidad ingente de asuntos: entre 2009 y 2016, pasó de 4 000 a 16 139, es decir, el número se multiplicó por cuatro.⁵⁰ Con esta cantidad enorme de asuntos se antoja muy complicado el proceso de constitucionalización del que vengo hablando, por varias causas: a) se dificulta la coherencia del Tribunal; b) los asuntos paradigmáticos, candidatos a formar auténticos precedentes o líneas jurisprudenciales, se pierden en el mar de asuntos rutinarios; c) el desechamiento de asuntos se convierte en un incentivo, porque es una forma de abatir el rezago; d) los ministros y sus equipos de trabajo se ven obligados a resolver los asuntos a partir de la solución más obvia, perdiéndose valiosas oportunidades para profundizar; e) se reduce el incentivo de solicitar a *amicus curiae*, a instituciones científicas y/o técnicas, que podrían fortalecer la justificación de las decisiones, entre otras. Una posible solución a este problema es el establecimiento de un mecanismo de selección de asuntos relevantes a cargo de la propia Corte, a manera del *certiorari* que funciona en la Suprema Corte de Estados Unidos, o en tribunales constitucionales como el español, el argentino o el colombiano. Con ello, la Corte mexicana se dedicaría en exclusiva a generar una doctrina constitucional propiamente dicha, lo cual traería beneficios incuestionables, como la disminución del formalismo, la consolidación de la supremacía constitucional, el fortalecimiento del sistema de precedentes, el aumento de la coherencia en sus decisiones, el crecimiento de la certeza y la seguridad jurídica y, en general, una mejor defensa de los valores constitucionales (y por qué no, quizá un paso hacia el objetivismo moral).

⁵⁰ Datos tomados de SCJN, Informe Anual de Labores presentado por el Ministro Presidente, Luis María Aguilar Morales, México, diciembre de 2016, pp. 12 y 13, de la versión ejecutiva, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe_labores_transparencia/version/2016-12/INFORME%20MINISTRO%20PRESIDENTE%202016.pdf

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

TERCERO. Replantear el sistema de precedentes. Hoy en día, nuestro sistema de precedentes es identificado a partir de la emisión de las conocidas “tesis de jurisprudencia” y “tesis aisladas”, con los consabidos modelos de integración (reiteración y contradicción) altamente formalizados por las reglas del juicio de amparo. La obligatoriedad de las tesis, su vigencia, su posible retroactividad, su formulación y hasta su misma morfología (un *abstract* que funciona a veces como una regla interpretativa; a veces como un diccionario jurídico y muchas otras como un mero vaciado de los contenidos de las leyes) son características que, pienso, no están a la altura de constitucionalismo. Lo que considero que requiere un país como el nuestro, especialmente después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, es un sistema en el que la doctrina constitucional sea fácilmente identificable; para lo cual sería indispensable evolucionar del “sistema de tesis” a un auténtico “sistema de precedentes”, es decir, a un sistema en el que la triada *regla interpretativa-caso-resultado* quedara bien delimitada, fuera perfectamente identificable y generara un auténtico incentivo de uso para los propios integrantes de la Corte, en primer lugar y, en segundo, para el resto de los jueces del país. Una de las deudas más delicadas de nuestro actual sistema de tesis frente al constitucionalismo es precisamente la ausencia de hechos o casos concretos. Hemos construido un sistema enorme de reglas interpretativas desconectadas del caso que resolvieron, lo cual dificulta sobremanera llevar a cabo los argumentos por analogía, propios de un sistema riguroso de precedentes.

CUARTO. Entender mejor la idea de parámetro de regularidad constitucional, mejor conocido como “bloque de constitucionalidad”, y todas sus implicaciones. Está claro que en México no hemos logrado entender a cabalidad cómo el bloque de constitucionalidad puede ayudarnos a consolidar nuestro proceso de constitucionalización. La curva de aprendizaje sobre cómo llevar a cabo un control *ex officio* de constitucionalidad y/o convencionalidad en un sistema mixto (difuso y concentrado) no ha sido trazada en su totalidad. Entre los múltiples factores que pueden explicar esta situación se encuentra cierta actitud por parte de algunos operadores jurídicos que oscila de forma pendular de una deferencia casi absoluta hacia una desconfianza casi cie-

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

ga, con relación a la jurisprudencia interamericana. Quienes toman la primera actitud han sacralizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la han tomado como la última e incuestionable palabra en la resolución de los conflictos, como si lo dicho en Costa Rica fuera garantía de corrección, por su aparente superioridad epistémica, mientras que quienes están en el otro extremo hacen lo propio con respecto a la jurisprudencia nacional. En este aspecto, la tensión entre supremacía y soberanía se hace presente y demanda ciertos ajustes, con el objeto de entender en su justa dimensión la función del parámetro.

QUINTO. Legalidad vs. constitucionalidad: la tierra de nadie. La SCJN no ha terminado de consolidarse como un genuino tribunal constitucional porque, entre otras cosas, se ve obligada cada día a mover discrecionalmente la frontera entre legalidad y constitucionalidad, lo cual impide que se consolide la función propia y exclusiva de un tribunal de su tipo. Como señalé en los puntos primero y segundo de esta sección, el diseño del actual juicio de amparo provoca que un gran número de asuntos alcancen un turno en la Suprema Corte, la mayoría de los cuales no ameritan ser atendidos en dicha sede, por tratarse de asuntos de mera legalidad (de ahí que exista un elevado número de desechamientos). Pero, por otro lado, también se desecha un buen número de casos que muy probablemente sí deberían ser resueltos por la Corte (p. ej., los de desaparición forzada). Lo preocupante de este problema es que la Corte ha mostrado un comportamiento un tanto esquizofrénico al contar al mismo tiempo con criterios muy abiertos y otros muy cerrados con relación a la procedencia de la revisión del juicio de amparo, especialmente en la vía directa. El resultado es una frontera móvil entre legalidad y constitucionalidad que no abona a la consolidación de un sistema de control constitucional robusto, generador de auténticos (y pocos) precedentes que fortalezcan la idea de supremacía constitucional.

SEXTO. Mejorar la regulación de la abogacía. En el otro lado de los estrados de la Corte, los abogados contribuyen también con la ralentización del proceso de constitucionalización, por varias razones, de las cuales solo mencionaré tres: 1) la expedición de cédulas profesionales se ha convertido en un mero trámite que

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

no garantiza la destreza técnica de un abogado; 2) las escuelas y facultades de derecho se han multiplicado de forma irresponsable, debido a que las autoridades educativas, apoyándose en una legislación laxa, no exigen el cumplimiento de estándares mínimos de calidad para expedir un permiso o licencia para montar una escuela; lo más preocupante es la falta de docentes verdaderamente preparados para enseñar tanto en pregrado como en posgrado: el círculo vicioso se cierra entre malos profesores, malos estudiantes y malos abogados, y 3) las barras y colegios de abogados no han llevado a cabo un auténtico esfuerzo para exigir a las autoridades una actuación más responsable con relación a la expedición de cédulas y al otorgamiento de permisos para montar escuelas, lo cual debilita al gremio. Una de las funciones de los colegios es proteger precisamente al gremio. Existen voces que proponen una colegiación obligatoria, con la que yo podría estar de acuerdo, siempre que se trabajara en varios frentes: disminución de escuelas, control efectivo de la docencia, regulación de los propios colegios de abogados y, sobre todo, rigor y honorabilidad en el cumplimiento de todas esas reglas.

SÉPTIMO. Cambios en los sistemas educativos y planes de estudio. No es un secreto que en México la enseñanza del Derecho se ha convertido en un auténtico negocio. Una escuela o facultad de Derecho se monta fácilmente en el garaje de una casa porque, como señalé en el punto anterior, la legislación es demasiado laxa para el otorgamiento de permisos, ello aunado a los altos niveles de corrupción. Igual de preocupante es la nula exigencia de varias escuelas y facultades para reclutar profesores. La clave de una buena enseñanza está en la calidad docente, ligada a la calidad (y actualidad) de los planes de estudio. Por desgracia, son realmente pocos los centros educativos en México que se preocupan realmente por ese tema; y por desgracia también suelen ser entes privados solo alcanzables para las élites. De este modo, el universo de profesionales del derecho, en cuanto a la calidad, es homogéneo: un gran número de litigantes, jueces, funcionarios, docentes e investigadores, de muy diferente nivel se mezclan en el funcionamiento del sistema jurídico, que marcha más bien a tropezones. Otro tanto habría que decir sobre los sistemas de enseñanza, que se han quedado anclados en un modelo educativo anacrónico basado en la memorización de los códigos sustantivos

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

y procesales, y alejado del razonamiento, la interpretación y, en general, de la enseñanza práctica.

OCTAVO. Interdisciplinariedad en la enseñanza y en la práctica. Derivado de lo anterior, la profesión jurídica ha sido practicada en México de forma más o menos alejada de otras disciplinas y áreas del conocimiento. Muy probablemente, lo anterior sea un eco lejano de aquella cruzada kelseniana pensada para evitar el sincretismo metodológico, en el intento de crear una “ciencia jurídica pura”. Hoy en día es prácticamente incuestionable que una mejor administración de justicia demanda el concurso de las ciencias sociales y las ciencias exactas para administrar mejor el conflicto social. Los problemas que resuelven los jueces son problemas sociales de diverso tipo codificados en clave jurídica. Pero esa codificación no significa (no puede significar) dar la espalda a otras fuentes de conocimiento. Algunas de estas fuentes serían: *a*) epistemología judicial (argumentación en materia de hechos); *b*) ciencias sociales aplicadas al fenómeno jurídico (comportamiento de los jueces, estudios de ciencia política sobre tribunales, poder de los jueces, etnografía sobre procesos legislativos, efectos de las sentencias, análisis cualitativos sobre los poderes judiciales y, en general, estudios empíricos sobre determinados fenómenos: la desaparición forzada de personas, feminicidio, migración, corrupción, etc.); *c*) estudios sobre las conexiones entre el derecho y la cultura (literatura, cine, artes plásticas, etc.), y *d*) las múltiples relaciones entre el derecho y la ciencia.

NOVENO. Capacitación de los operadores judiciales y sus equipos. La capacitación judicial se ha convertido en una aliada de la carrera judicial; sin embargo, en México seguimos sin dar con la fórmula adecuada que nos permita terminar de formar (porque se supone que provienen de una Licenciatura en Derecho) a nuestros funcionarios judiciales. Hay muchas preguntas que no tienen una respuesta obvia: ¿el modelo de capacitación judicial tiene que ser el mismo que un posgrado? ¿Realmente necesitamos maestros, doctores e investigadores como jueces? ¿Será mejor un modelo de capacitación técnica? ¿Una especialización basada en la práctica? ¿Los profesores han de ser otros jueces o académicos de carrera? ¿Existirá un modelo intermedio entre academia y práctica judicial? ¿Los docentes deberían ser funcio-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

narios o exfuncionarios judiciales con bases académico-docentes? Como sea, podemos afirmar que la capacitación judicial propia del paradigma constitucionalista implica una orientación muy distinta a la de los programas tradicionales de formación jurídica basados exclusivamente en la memorización de textos y procedimientos. Considero que el mero injerto de autores, metodologías y estrategias provenientes de Europa y Estados Unidos tampoco es una solución, porque las estrategias que funcionan en otras latitudes no necesariamente funcionan en México, ya que el contexto cultural, jurídico, político y social es otro. En todo caso, a los académicos y a los jueces mexicanos nos toca encontrar nuestro propio modelo, a partir de nuestro propio contexto y nuestros problemas, quizá tomando en cuenta experiencias de otros países, pero siempre analizando el cómo y el para qué de las importaciones. Necesitamos, en suma, desarrollar nuestra propia teoría adecuando las estrategias y los modelos que han tenido éxito en otras latitudes sin perder de vista nuestra propia realidad.

DÉCIMO. Federalismo judicial efectivo. El último de los lastres que dificulta el proceso de constitucionalización en México que me gustaría apuntar aquí está relacionado con el crecimiento exponencial de los órganos de impartición de justicia en el Poder Judicial de la Federación. Entre las razones que explican ese crecimiento desbordado es fácil detectar una en particular: la federalización de la justicia. En efecto, a pesar de que en México tenemos un sistema federal, en el que cada entidad federativa y la propia federación cuentan con su propio sistema de justicia, provisto de sus fuentes y órganos de procuración y administración, los conflictos que les son planteados terminan muy frecuentemente en el juicio de amparo. ¿Qué sentido tiene contar con tribunales superiores o supremos en los Estados si realmente no tienen la última palabra en la mayoría de los conflictos que resuelven? ¿Dónde está lo supremo de esos órganos? Naturalmente no intento afirmar que en ningún supuesto los casos pudieran alcanzar las instancias federales, lo que sostengo es que esa debería ser la excepción y no la regla. A mi juicio, el amparo funciona como si el Estado mexicano fuera central y no federal. Quizás la idea de un *certiorari* en la Suprema Corte debería estar acompañado de una reforma al juicio de amparo directo, para intentar invertir la cuestión: que los tribunales superiores de justicia

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

de los Estados sean realmente órganos terminales en los asuntos de legalidad, y que solo excepcional y justificadamente pudieran alcanzar la justicia federal aquellos casos paradigmáticos. De otra suerte, estaremos haciendo crecer una burbuja burocrática judicial en la que sencillamente duplicamos el trabajo, sin que ello suponga necesariamente un cambio cualitativo positivo en nuestro sistema de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Estudio introductorio. Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917”, en Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Estudio académico elaborado por el IIIJ-UNAM y la LXII Legislatura de la Cámara de Diputados*, <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>
- AA.VV., *Tribunales Constitucionales y Democracia*, 2a. ed., México, SCJN, 2008.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Palma de Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008.
- , *La Constitución del Estado constitucional*, Perú-Bogotá, Palestra-Temis, 2005.
- , “‘Tener una Constitución’, ‘Darse una Constitución’ y ‘Vivir en Constitución’”, *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 28, abril de 2008.
- , “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, abril de 1997.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- , *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- , *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- , “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo. Una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista argentina de filosofía jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 15, núm. 1, diciembre de 2014.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

- , “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997.
- , “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *La mirada de Peitho*, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/>
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991.
- DÍAZ, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, en AA. VV., *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, Puebla, Editorial Cajica, 2002, vol. 1, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2401/23.pdf>
- FERRERES COMELLA, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 23, 2000.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, 2001.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981.
- GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo vs. democracia”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, IJ-UNAM, vol. 3, p. 1992.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- HAAK, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), 16a. ed., Heidelberg, C.F. Müller Juristische Verlag, 1988.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

- , *Escritos de derecho constitucional* (Selección), trad. de Pedro CRUZ VILLALÓN, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LAPORTA, Francisco, “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en LAPORTA, Francisco J.; RUIZ MANERO, Juan y RODILLA, Miguel Ángel (eds.), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 42, abril de 2015.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Prólogo de Eliseo Aja, Epílogo de Alejandro Nieto, Barcelona, Ariel, 2012.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, en *Pensar en Derecho* (s.d.), <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>
- PAINE, Thomas, *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine*, Londres, R. Carlile, 1819, vol. 1.
- POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa* 21, vol. II, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004.
- TROPER, Michel, “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, 2000.
- VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y el poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 2a. ed., México, FCE, 1993.

La sentencia mexicana en proceso de transformación: el legado argumentativo de José Ramón Cossío Díaz

Elegancia es la ciencia de no hacer nada igual que los demás, pareciendo que se hace todo de la misma manera que ellos.

Honoré de Balzac

1. ABRIENDO CAMINO... (A MODO DE INTRODUCCIÓN)

Los grandes cambios en las instituciones suelen pasar inadvertidos. Muchas de las cosas que hacemos en el presente se hacían de forma diferente en el pasado, pero la mayoría de las veces no somos conscientes de ello. Sin embargo, con una buena motivación es posible averiguar cómo se originó ese cambio y, con ello, mostrar el antes y después para, por un lado, hacer un modesto acto de justicia y, por el otro, generar conciencia en los beneficiarios de esos cambios.

En este trabajo me propongo contar la transformación que han sufrido, para bien, las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) durante los últimos tres lustros que, sin embargo, suele pasar inadvertida. Sirva esta contribución para rendir homenaje al ministro José Ramón Cossío Díaz —sin duda el principal protagonista de este cambio— con motivo de su paso por el Alto Tribunal, de diciembre de 2003 a noviembre de 2018.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Quizá muchos no lo sepan, pero las sentencias de la SCJN, al menos desde 2004 a la fecha, han sufrido una notable transformación, parecida a la que ha sufrido un campo por el que no había sendero para pasar. Hoy muchas personas cruzan por él e incluso lo siguen ensanchando y mejorando. Podría pensarse que la transformación a la que me refiero es solo una cuestión estética, pero no es así. Sostendré que se trata de un cambio argumentativo que trajo beneficios —a veces insospechados— relacionados con la idea de una mejor forma de justificar las decisiones judiciales.

La historia comienza así: un jovencísimo José Ramón Cossío Díaz acababa de ser nombrado ministro de la Suprema Corte en noviembre de 2003, y uno de sus principales propósitos fue, desde su llegada misma, cambiar la cara de las sentencias del Máximo Tribunal del país. Lo sé de la mejor fuente posible: su propia voz, pues nada más iniciar 2004, en el momento de la integración de su equipo de trabajo (ponencia), nos comentó a los que formamos parte de ese primer grupo que “quería sentencias perfectas” y que para ello era necesario transformar el modelo entonces imperante. Las resistencias no se hicieron esperar, empezando por gente muy cercana; con todo, se lograron importantes avances, aunque no todos los que se esperaban. Sin embargo, junto con esas resistencias se presentaron también importantes alianzas.

Aclaro que este texto ha sido construido a partir de mi propia experiencia como secretario de estudio y cuenta adscrito a la ponencia del ministro José Ramón Cossío entre 2004 y 2015; periodo durante el cual se operaron los referidos cambios. Escribo, pues, en calidad de testigo y, en una modestísima parte, como actor secundario. Como señalé, el propósito que persigo es doble: por un lado, pretendo dejar un testimonio escrito de lo sucedido para hacer justicia a quien imaginó, diseñó, propuso e implementó el cambio en la estructura de las sentencias en México y, por el otro, dar cuenta de las importantísimas implicaciones teórico-prácticas derivadas de esos cambios.

Procederé de la siguiente manera. En primer lugar (2.) presentaré una suerte de diagnóstico de las sentencias antes de los cambios; enseguida (3.) narraré algunos acontecimientos curiosos que rodearon la idea misma de los cambios; posteriormente

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

(4.) me referiré a los primeros ajustes y cuál fue la fuente de inspiración; el paso siguiente (5.) será referirme a la consolidación de los cambios y al establecimiento de los principios que los inspiraron; enseguida (6.) mostraré un estándar construido a partir de los cambios efectivamente incorporados a las sentencias que llamaré “modelo Cossío” y señalaré, mediante una metodología cualitativa, el grado de influencia que ha tenido en el resto de las ponencias. Finalmente, (7.) a modo de conclusión, presentaré un balance de lo que se logró, de lo que se desvirtuó y de lo que no se ha logrado aún.

2. EL ESTADO DEL ARTE DE LAS SENTENCIAS EN 2004

Si un observador crítico se sorprende por la estructura y, en general, la confección que en la actualidad tiene la media de las sentencias de la SCJN, debería revisar la media de las emitidas en 2004 para que de verdad se espante. Las sentencias de ese entonces eran documentos extraordinariamente voluminosos, con una enorme y excesiva cantidad de transcripciones, un uso del lenguaje técnico más bien oscuro, abigarrado y en ocasiones arcaico, en los que no era sencillo ver el problema planteado, las líneas de argumentación ni, en fin, la forma de un proceso argumentativo bien organizado que va del planteamiento a la resolución de un problema jurídico.

En los últimos tres lustros se han operado importantes cambios. En algunos casos, la transformación ha sido tan radical que apenas es posible apreciar algún parecido ente unas y otras sentencias; en otros, apenas se nota la diferencia. Lo cierto es que si comparamos, en general, el antes y el después, podemos afirmar que en la confección de las sentencias de la SCJN se ha operado un cambio significativo, aunque insuficiente todavía.

¿Qué aspectos específicos han cambiado en estos últimos años? Un primer dato es que los documentos conocidos por todos como sentencias no llevaban ese nombre. Al día de hoy, muchas sentencias ya llevan esa denominación, aunque no todas. En 2004, el primer mensaje que se solía poner luego de los datos de

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

identificación (número de expediente, nombre del quejoso, etc.) era un enunciado mediante el que se informaba de un “ACUERDO” tomado en una sesión pública en la que se había resuelto un determinado expediente. La forma, al menos en el inicio del documento, correspondía más bien a la de un acta de asamblea. Ello se debe, según creo, a que en México se confunde el acto jurídico que se lleva a cabo en la sesión en la que se delibera con el acto jurídico propiamente llamado sentencia. Se elaboraba un documento que fundía esos dos momentos en uno solo, que podría ser llamado “acta-sentencia”, lo cual no resultaba claro para los legos y en ocasiones tampoco para los iniciados.

Otro elemento a destacar era la mención de un arcaico subtítulo al inicio: el célebre “VISTOS”, que la mayoría de las veces se colocaba de forma solitaria, sin contenido ni justificación, simplemente seguido de un punto y coma. La siguiente imagen es ilustrativa de este testimonio:



La sentencia mexicana en proceso de transformación...

Esa mención del “VISTOS”, como se sabe, obedecía a la que antaño se hacía con relación a los autos, es decir, al expediente: “VISTOS (esto es, estudiados, analizados) los autos del expediente número [...]”. Sin embargo, con el paso del tiempo se perdió o se pervirtió el uso correcto de esta entrada a las sentencias y se quedó simplemente como una huella del pasado. Este “VISTOS” formaba parte de toda una estructura completa de las resoluciones que obedecía a la división propia de la tradición oral.¹ Así, la línea que guiaba a la sentencia era la misma del discurso oral: “VISTOS los autos del expediente X; RESULTANDO los hechos A, B y C han tenido lugar, y CONSIDERANDO las pruebas y los razonamientos de cada una de las partes, entonces decidimos mediante los siguientes PUNTOS RESOLUTIVOS”.

En la tradición oral, el discurso se formaba de la misma forma: “Llamo la atención sobre el problema X que he venido a plantear (EXORDIO O PROEMIO); que parte de los siguientes hechos [...] (NARRACIÓN O ACCIÓN); y a través de los siguientes argumentos (ARGUMENTACIÓN); la solución al problema X debería ser Y (EPÍLOGO).

Las equivalencias entre la tradición oral y la sentencia escrita serían las que refiero en el cuadro 1:

CUADRO 1. *Equivalencias entre los apartados de las sentencias y las etapas del discurso en la tradición oral*

Títulos de las divisiones	Tradición oral
VISTO	EXORDIO O PROEMIO
RESULTANDO	NARRACIÓN O ACCIÓN
CONSIDERANDO	ARGUMENTACIÓN, COMPROBACIÓN O PRUEBA
PUNTOS RESOLUTIVOS	EPÍLOGO

FUENTE: elaboración propia.

Lo grave del asunto era que la media de las sentencias de la SCJN ni siquiera respetaba realmente la división original aludi-

¹ Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios Prácticos*, México, Porrúa, 2011, p. 74.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

da —que no digo que sea mala— por la sencilla razón de que no se daba el contenido que cada uno de esos apartados realmente exige en su versión original. Así, el “VISTO” no constituía un exordio, pues como se ve en la imagen mostrada, se trataba de una palabra agregada sin sentido; el “RESULTANDO”, además de ser un gerundio usado erróneamente como sustantivo, no contenía realmente la narración de los hechos, sino que más bien daba cuenta de manera exageradamente exhaustiva de todo lo acontecido durante el proceso; una suerte de “bitácora de trabajo”. En este apartado, que solía ocupar decenas y decenas de páginas, prácticamente se reflejaban, mediante interminables e inútiles transcripciones, los autos que formaban el expediente del caso.

Otro de los vicios de las viejas sentencias tenía que ver con la enorme cantidad de información, la mayoría de las veces inútil, contenida en ellas. Lejos de tratarse de argumentos de autoridad, las sentencias solían contener auténticos tratados de dogmática jurídica que ocupaba una enorme cantidad de espacio en el documento, pero sobre todo se desviaba la cuestión, ya que el problema a tratar quedaba pospuesto hasta que se hubiere concluido con la erudición del proyectista. Esta práctica —desgraciadamente no desterrada del todo en la actualidad— responde a una falta de metodología de trabajo que permita al operador separar el ejercicio intelectual de la presentación de los resultados. Naturalmente no es criticable en modo alguno que el juez se instruya y se allegue de todo el conocimiento necesario para tomar la decisión, pero ello no significa que necesariamente deba reflejarlo en la sentencia.

Por otro lado, las viejas sentencias solían convertirse en un catálogo de precedentes o de jurisprudencia sin ton ni son, sin formar auténticas líneas jurisprudenciales. El mero “vaciado” de tesis aisladas y de jurisprudencia no significa argumentar; se reduce a una tarea mecánica de “cortar y pegar”, con lo cual solamente se logra una tarea inútil y hasta cierto punto nefasta: emborronar cuartillas. Esta práctica tampoco se ha extinguido del todo.

El resto de los vicios detectados se resume en los siguientes rasgos: sentencias extremadamente largas, transcripciones innecesarias, mala sintaxis, abuso de arcaísmos y de lenguaje técnico, repeticiones innecesarias, falta de orden y coherencia interna,

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

empleo de neologismos sin sentido, puntuación deficiente y, en general, mala redacción. El siguiente es un ejemplo real de lo que estoy afirmando:

QUINTO.- La materia de la revisión, competencia delegada a este Tribunal Colegiado de Circuito, se circunscribirá solamente al examen de los parlamentos que se erigen como pedestal del “primero” de los conceptos de quimera que formula la desavenida.

El cual, indíquese, lo encausa a destruir los racionios jurídicos que cargan el primer punto resolutivo del fallo que se recurre, donde se decretó un sobreseimiento en el juicio constitucional incoado.

En tanto, la suerte procesal que, por el momento, tiene que correr el restante motivo de divergencia también hecho valer por aquella (“segundo”) mismo que ve al fondo de la lite constitucional entablada, será objeto de precisión en el considerando séptimo venidero.

No quiero dejar de mencionar una serie de frases que, por más increíble que parezca, fueron recogidas de expedientes reales durante mis años como secretario de estudio y cuenta: 1) “Los correspondientes argumentos quedaron incontestes (*sic*) sufriendo inaudición (*sic*) las hoy recurrentes; 2) Los quejosos quedaron en completo Estado de inaudición (*sic*); 3) “[C]on la finalidad del logro de su objetivo”; 4) “La ley fue emitida en desdoro del impetrante”; 5) “[E]n su deposición (*sic*), el ateste (*sic*) manifestó que se percató de la presencia del otro deponente”; 6) “Se trató de una falta de descuido en el deposado (*sic*)”; 7) linexiste (*sic*) la causal de improcedencia”; 8) “Improcede (*sic*) el recurso en comento (*sic*)”.

El panorama de las sentencias en 2004 era, pues, un tanto caótico, pero se lo veía como “normal”, ya que la concepción que se tenía de las sentencias era la de documentos técnicos, sofisticados, dirigidos a los expertos, a los iniciados. Nadie, o casi nadie, pensaba en el valor comunicativo de las sentencias ni en su naturaleza de documento público. Hoy existe mayor conciencia sobre lo que una sentencia significa, especialmente por lo que respecta a sus destinatarios, que no solo son los expertos en derecho, sino sobre todo los ciudadanos directamente afectados o beneficiados, precisamente, por las sentencias.

Afortunadamente, las cosas empezarán a cambiar.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

3. DESACUERDOS, MANUAL Y CONTRADICCIÓN DE MANUALES

En este punto narraré algunas anécdotas que merece la pena contar a propósito del camino andado por los años que corrieron entre 2004 y 2007. El ministro Cossío nos pidió a varios de sus colaboradores que investigásemos cómo eran las sentencias en otras latitudes, a partir de lo cual se revisaron las experiencias de la Corte Suprema de Estados Unidos, España, Alemania, Argentina, Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nuestro primer hallazgo fue que en varios de esos lugares contaban con un *manual de estilo* en el que se prescribían reglas mínimas para la emisión de sus documentos. Estas reglas iban desde el tipo y tamaño de la letra y de los márgenes, hasta cómo debía citarse un precedente, algún autor, cómo citar a pie de página, etcétera.

Para buscar las reglas de la Corte, y para hacer un diagnóstico inicial de las sentencias, en febrero de 2004 se formó una Comisión de Secretarios de la Primera Sala de la Suprema Corte, entre los que yo estaba incluido. Los criterios vigentes en ese momento provenían de una antigua “circular”, anterior a 2003, en la que se establecían los lineamientos para la redacción de sentencias. Entre otros datos curiosos, en esa circular se prohibía, a secas, citar “autores vivos” y se obligaba a transcribir la totalidad de la demanda, sentencia y escritos en general.

Los avances de la Comisión quedaron formalizados en un documento denominado “Circular única de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, de 3 de junio de 2004; sin embargo, no llegaron a emplearse en la práctica y, por ello, los ministros quedaron en libertad de implementar al interior de cada ponencia los cambios que les parecieran apropiados.

Así, este primer intento unificador, la Circular única no tuvo ningún resultado institucional. La realidad era que la idea de “cambiar” las sentencias a —casi— nadie le parecía importante. El ministro Cossío era visto como un joven reformista que, al no provenir de la carrera judicial, intentaba hacer cambios ahí donde “no se necesitaban”. Ante esta realidad, el ministro no cejó en su propósito y encomendó a Carlos Pérez Vázquez, en coordi-

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

nación con Francisca Pou y conmigo, la redacción de un *Manual para la redacción jurisdiccional* que, como secretarios de estudio y cuenta de la Primera Sala, presentamos ante todos los ministros de la Corte, antes de que fuera editado.

Sin embargo, las propuestas de cambio no fueron bien vistas por algunos secretarios de la Segunda Sala, quienes, haciendo alarde de una airada “defensa de la tradición”, se dieron a la tarea de elaborar una contrapropuesta de manual de estilo porque no podrían aceptar la “imposición” de secretarios provenientes de la Primera Sala. De este modo, solicitaron una audiencia con los ministros para que escucharan a ambas partes y decidieran cuál de los manuales de estilo debía prevalecer. Algo así como una “contradicción de manuales de estilo entre los sustentados por la Primera y Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.

La sesión se llevó a cabo aproximadamente durante el segundo semestre de 2006, aunque no con todos los ministros, sino solo con aquellos que mostraron interés. La idea misma de la sesión no fue considerada seria. Se nos escuchó a ambas partes, pero los ministros no tomaron partido por ninguno de los manuales. Para ellos, el estilo de las sentencias no tenía que ser un modelo a seguir, sino que debía dejarse a cada ministro en libertad y, como mucho, atender los contenidos de la Ley de Amparo que, dicho sea de paso, no se refieren al estilo sino a los requisitos mínimos que procesalmente debe contener una sentencia. Tristemente, en nada se avanzó. Lo único que se logró fue desactivar nuestra propuesta para dejar las cosas como estaban.

Así, este primer intento de mejorar el estilo de forma institucional encalló. No sé si no logramos comunicar con la suficiente claridad nuestro mensaje o si quienes se negaron a implementar los cambios de forma institucional simplemente no quisieron entender. Con todo, por iniciativa del ministro Cossío, quien entonces fungía como presidente de la Primera Sala, se editó el manual de estilo elaborado por la propia Primera Sala y tuvo una gran acogida por una buena cantidad de magistrados y jueces federales. El manual se aplicó en nuestra ponencia y el ministro Cossío pidió todavía más avances. Se trataba ahora no solo de mejorar el estilo de las sentencias, sino también su estructura y su función.

4. INSPIRACIÓN Y PRIMEROS CAMBIOS

Uno de los principales obstáculos con los que nos enfrentamos fue el tema de las transcripciones relacionadas con los *antecedentes procesales*, es decir, con el contenido de los “resultandos”. Detectamos demasiada información y una buena parte tenía que ver con la reproducción casi integral de los diferentes procesos de los cuales surgía, por ejemplo, un amparo. Así, en una sentencia de amparo directo en revisión en materia penal emitida por la Primera Sala de la SCJN se podían encontrar, al menos, las transcripciones de: 1) la demanda de amparo; 2) la sentencia del correspondiente Tribunal Superior de Justicia del estado, que a su vez contenía la sentencia de primera instancia; 3) la sentencia del tribunal colegiado de circuito, y 4) el recurso de revisión. O bien, en un amparo en revisión en materia fiscal: i) la demanda de amparo; ii) la sentencia del Tribunal Fiscal; iii) la sentencia del juez de distrito; iv) el recurso de revisión, y v) la sentencia del tribunal colegiado de circuito (por temas de legalidad).

En la mayoría de los casos, las transcripciones de estos documentos correspondían a la totalidad de los conceptos de violación o los agravios, o a la “parte considerativa” de la sentencia de que se tratase, pero en ocasiones estas eran integrales. Además se transcribían informes justificados, autos, ampliaciones de demanda, constancias procesales de distintos tipos, etc. Por si lo anterior fuera poco, el proyectista hacía paráfrasis de todas y cada una de las transcripciones, con lo cual el apartado informativo de la sentencia (los “resultandos”) crecía y crecía sin mucho sentido.

Nada más llegar a la Corte, el ministro Cossío nos dio la orden de disminuir el tamaño de las sentencias, empezando por eliminar en lo posible las odiosas transcripciones. El problema no era sencillo porque esa práctica obedecía no solo a un método de trabajo asumido —es decir, nunca criticado— por la corporación, sino también a una estructura de las sentencias e incluso a ciertas reglas jurisprudenciales. De este modo, se optó por una reforma a la estructura misma. Los secretarios encargados de dicha misión nos dimos a la tarea de buscar en otras latitudes mejores modelos de sentencia, y resultaron ser las de la Corte Constitucional de Colombia, que nos sirvieron como fuente de inspiración. Esas

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

sentencias ofrecen en sus primeras páginas una suerte de resumen con información valiosa que guía al lector sobre: los derechos involucrados; las herramientas argumentales empleadas y, en general, sobre los temas centrales derivados de los problemas planteados, que fueron resueltos por la Corte Constitucional. A continuación muestro, las primeras dos páginas de esa introducción de la sentencia de tutela T-301/04, resuelta el 25 de marzo de 2004:

Sentencia T-301/04

DERECHO A LA IGUALDAD Y TEST DE PROPORCIONALIDAD.—Módulo de análisis

A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un módulo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. El operador jurídico debe, entonces, evaluar si la medida (i) es adecuada, es más precisa que la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesario, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de proporcionalidad en sentido estricto, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores (constitucionales) más relevantes que los resguardados con la medida atacada.

JUEZ CONSTITUCIONAL.—Utilización de argumentos morales

No basta el juez constitucional observar que muchas veces las razones de tipo moral acompañan de acuerdo con la opinión predominante en algún momento, pueden vulnerar el derecho a la autonomía de los sujetos cuya vida no está en consonancia con los proyectos vitales asumidos por la generalidad de los ciudadanos. La sentencia permite afirmar que “la conformidad con lo establecido en el fundamento 3 de esta providencia, cuando la aplicación de una sanción administrativa o la promulgación de una norma jurídica que permita efectivamente la depuración de un proyecto de moral pública debe ser sometida a un test estricto de proporcionalidad. Se tiene entonces que sólo será constitucional una medida de este índole si es necesario, adecuada y estrictamente proporcionada para la salvaguarda del valor en cuestión ajustado a la Constitución.

SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y MORALIDAD PÚBLICA.—Ésta no puede ser el argumento para imponerla

Cuando una autoridad tiene a su cargo la imposición de sanciones administrativas, no puede olvidar el reproche en consideraciones de racia jurídica exclusivamente, sino que debe fundamentar su razonamiento con todos los circunstancias relevantes para el caso—entre las que se cuentan las prescripciones normativas de moralidad pública—. Para que un principio de moral pública sea fuente legítima de una norma o de una decisión administrativa que restrinja la libertad personal, el mismo no debe ser tan sólo la expresión de ideales perfeccionistas subjetivos o arbitrarios. Es necesario que existan disposiciones en las cuales ciertos méritos propios humanos con consecuencias distintas al primado constitucional propiamente por sí mismos y proporcionalmente de la libertad como barrera frente a convenciones fundamentadas que limitan o restringen un valor de moral o toda la sociedad (en fundamentos en sus prescripciones que se encuentran en relación).

MORALIDAD PÚBLICA.—Concepto y naturaleza

Es posible afirmar que la moralidad pública (i) es un elemento adicional en la constitucionalización de los derechos de los ciudadanos; (ii) es fuente de limitación de derechos constitucionales, en tanto permite al Estado imponer restricciones con el objetivo de armonizar proyectos de vida distintos en el contexto de una democracia; (iii) está compuesta por los principios que se encuentran en relación.

de esencial necesaria con la idea de Estado social y democracia de derecho, cuales son: entre otros, dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la soberanía. En sentido de ideas, frente a la igualdad conceptual e indiferencia de fuentes normativas de reglas y principios en el ámbito de la moral pública. Y frente a lo posible, restricción ilegítima del derecho a la libertad. Debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad.

TEST DE PROPORCIONALIDAD.—Prohibición de trato discriminatorio basado en el criterio de orientación sexual

Es posible derivar los siguientes criterios en punto de la jurisprudencia respecto de la condición homosexual como criterio sospechoso de discriminación: (i) en estos casos debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad, por cuanto difícilmente puede considerarse un fin constitucionalmente admisible en punto de la restricción de la autodeterminación sexual; (ii) la opción moral de los ciudadanos contiene un componente esencial de la autodeterminación de los proyectos vitales y del desarrollo de la vida en relación (implícitamente puede afirmarse también que las fallas de la Corte previenen la prohibición de comportamiento público permitiendo a la heterosexuales y regalo para los homosexuales).

HOMOSEXUAL.—Prohibición de ubicación fuera en México

DETENCIÓN PREVENTIVA ADMINISTRATIVA.—Signos en que puede darse

La detención preventiva administrativa es la gestión que tienen los organismos de policía de aprehender materialmente a ciertos sujetos en casos de urgencia, cuando está de por medio el cumplimiento de una función de salvaguarda de los derechos y el ejercicio efectivo de las libertades públicas. De conformidad con la sentencia C-024 de 1994, la mencionada aprehensión sólo puede darse en presencia de los siguientes requisitos: (i) la existencia de razones fundadas que evidencien la necesidad de ese procedimiento. Tal detención no puede basarse en la mera sospecha o convicción subjetiva del agente respecto de la existencia de una posible infracción; (ii) debe haberse de situaciones de urgencia y apremio expreso (apremio puede consistir en peligro inminente o posterioridad, hacer ineficaz una investigación judicial); (iii) debe ser proporcionada en consideración a la gravedad de los hechos; (iv) no pueden ser discriminatorias, en el sentido de estar orientadas a ciertos ciertos grupos sociales con fundamento en prejuicios raciales hacia ellos. Además, la detención preventiva de naturaleza administrativa sólo procede, por regla general, ante omisiones valorativas de derechos fundamentales que tenga relevancia penal. Aprehensión que debe basarse en pruebas serias de incriminación y no en sospechas.

DETENCIÓN PREVENTIVA ADMINISTRATIVA.—Prohibición a la Policía de efectuarla por supuesto caso de VIH

No encuentra la Corte justificado que los organismos de policía impongan la realización de detenciones preventivas a un sector determinado de la población, sustentando para ello que tienen.

En el cuerpo del documento es posible observar, en primer lugar, el encabezado de “sentencia” que, como mencioné y aunque parezca sorprendente, ninguna sentencia de la SCJN llevaba antes de 2004. El ministro Cossío tomó como ejemplo este sencillo detalle y ordenó que las suyas fueran encabezadas de la misma manera, excepto algunos otros fallos que, al no resolver propiamente una litis en términos procesales (p. ej., las contradicciones de tesis), tomaron el nombre del género próximo “resoluciones”. Las siguientes son las dos primeras páginas de la misma sentencia de tutela a la que me referí anteriormente.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN



En la ponencia del ministro Cossío iniciamos el proceso de transformación de la estructura de las sentencias introduciendo los siguientes cambios puntuales:

1. Se puso el encabezado de "sentencia".
2. Se incorporaron los resúmenes para sustituir las transcripciones excesivas y en su lugar se incluyó un subtítulo denominado "cuestiones necesarias para resolver el asunto".
3. Se eliminó la información procesal que no fuera necesaria para resolver el caso y se dio centralidad a los hechos de los que se derivó el amparo y el recurso correspondiente.
4. Se incorporó el uso de descriptores de los apartados (regularmente luego de algún número) para dar información material al lector sobre lo que va a leer en el mismo, por ejemplo: I. Trámite; II. Procedencia, etcétera.
5. Se incorporaron las notas al pie de página para citar jurisprudencia, legislación u otro tipo de información que se considera, a juicio del proyectista, perteneciente a un segundo plano del discurso.
6. Se eliminaron los apartados "VISTOS", "CONSIDERANDOS" y "RESULTANDOS" y se sustituyeron con números romanos, básicamente con los apartados referidos el siguiente cuadro:

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

CUADRO 2. Estructura de las sentencias en la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz

<i>Tipo de asunto</i>	<i>Tipo de tratamiento</i>	<i>Título</i>	<i>Apartados</i>
Amparo directo en revisión	Desechamiento	Sentencia	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia <ul style="list-style-type: none"> • Oportunidad (en un párrafo, sin subtítulo) IV. Procedencia V. Decisión
Amparo directo en revisión	Estudio de fondo	Sentencia	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia IV. Procedencia V. Consideraciones y fundamentos <ol style="list-style-type: none"> 1. Problemática a resolver 2. Cuestiones necesarias para resolver el asunto 3. Estudio de fondo VI. Decisión
Amparo en revisión	Indistinto	Sentencia	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia <ul style="list-style-type: none"> • Oportunidad (en un párrafo, sin subtítulo) IV. Procedencia V. Consideraciones y fundamentos <ol style="list-style-type: none"> 1. Problemática a resolver 2. Cuestiones necesarias para resolver el asunto 3. Estudio de fondo VI. Decisión

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

<i>Tipo de asunto</i>	<i>Tipo de tratamiento</i>	<i>Título</i>	<i>Apartados</i>
Contradicción de tesis	Improcedente	Resolución	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia IV. Procedencia V. Decisión
Contradicción de tesis	Inexistente	Resolución	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia IV. Existencia V. Decisión
Contradicción de tesis	Existente; de fondo	Resolución	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia IV. Existencia de la contradicción V. Criterio que debe prevalecer V. Tesis que resuelve la contradicción
Aclaración de jurisprudencia (ahora modificación)	Improcedente	Resolución	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia IV. Procedencia V. Decisión
Aclaración de jurisprudencia (ahora modificación)	Procedente; de fondo	Resolución	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia IV. Procedencia V. Consideraciones y fundamentos VI. Decisión
Recurso de reclamación	Indistinto	Resolución	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia <ul style="list-style-type: none"> • Oportunidad (en un párrafo, sin subtítulo)

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

<i>Tipo de asunto</i>	<i>Tipo de tratamiento</i>	<i>Título</i>	<i>Apartados</i>
Recurso de reclamación	Indistinto	Resolución	IV. Consideraciones y fundamentos 1. Acuerdo impugnado 2. Agravios 3. Estudio de fondo V. Decisión
Inconformidad	Indistinto	Resolución	I. Antecedentes II. Trámite III. Competencia • Oportunidad (en un párrafo, sin subtítulo) IV. Consideraciones y fundamentos 1. Cuestiones necesarias para resolver el asunto a) Efectos de la concesión de amparo b) Consideraciones de la resolución de cumplimiento c) Motivos de inconformidad 2. Estudio de fondo V. Decisión

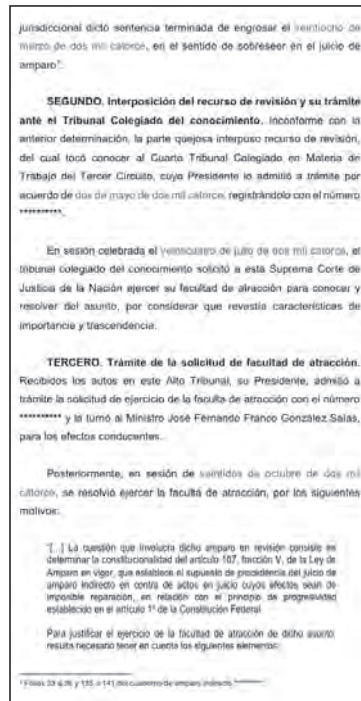
FUENTE: elaboración propia.

Uno de los avances más significativos dentro de este último rubro relacionado con las divisiones fue el de incorporar el relativo a la “DECISIÓN”, también traído de las sentencias colombianas. En este apartado se expone brevemente el resultado del proceso argumentativo, es decir, el punto de llegada de las líneas argumentales de la sentencia. Los puntos resolutivos se mantienen como la parte vinculante del fallo, pero el apartado relativo a la decisión constituye una sana práctica en materia de argumentación que dota de mayor claridad al fallo, porque con un lenguaje sencillo el lector puede enterarse de qué fue lo que se resolvió en concreto en ese caso.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Estos fueron los primeros cambios introducidos que en un primer momento no fueron aceptados por el resto de las ponencias. Recuerdo con cierto regodeo que incluso cuando otros secretarios utilizaban como base para sus proyectos las sentencias producidas por la ponencia del ministro Cossío —una práctica por lo demás generalizada como vergonzosa, de la que echan mano algunos secretarios de todas las ponencias—, se daban a la tarea de convertir o revertir la forma de las sentencias para regresar al formato anterior. Sería la inercia o el hartazgo de estar cambiando formatos lo que finalmente terminaría por generalizar el uso del nuevo formato, al menos en la Primera Sala.

Conviene señalar que en la Segunda Sala el nuevo formato permeó a medias: ha continuado con los “RESULTANDOS” y “CONSIDERANDOS”, pero incorporaron los descriptores de cada uno de los números ordinales escritos en letra a los que me referí antes. Asimismo, se incorporaron las notas al pie de página. Ellos, por otra parte, no incorporaron el encabezado de “sentencia”. Aquí un ejemplo de la Segunda Sala:



La sentencia mexicana en proceso de transformación...

5. CONSOLIDACIÓN Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA SENTENCIA

El ministro Cossío pidió todavía más avances en la estructura de las sentencias, así que nos dimos a la tarea de buscar otro tipo de ajustes. Consideramos que los manuales o las reglas estrictas no estaban funcionando porque muchos compañeros y compañeras se encontraban con casos que presentaban incidencias y que, por tanto, no se ajustaban al “formato” previsto. Por ejemplo, en un amparo en revisión en el que no tuviera que analizarse la oportunidad, porque de ella ya se había hecho cargo el tribunal colegiado, no resultaba necesario “rellenar” ningún rubro. De este modo, pensamos que era tiempo de pasar de las reglas a los principios. Se trata de los siguientes:

5.1. Principio de precisión de los hechos

Un primer principio sería presentar sucintamente una narrativa de los hechos mediante la cual se precisara claramente la base fáctica del problema. Aunque parezca extraño, a menudo encontramos en nuestro país sentencias en las que no se sabe a ciencia cierta qué ocurrió en la realidad empírica que desencadenó el problema a resolver. El inmenso mar de tecnicismos procesales oculta esos hechos y, por lo regular, no se draga el fondo para hacerlos emerger. Por ello, considero sumamente importante que el juez haga un breve relato de los hechos que constan como probados en el expediente para que el lector sepa de qué va a tratar la sentencia. A fin de cuentas, los problemas que resuelven los jueces (casi) siempre se refieren a la prueba de los hechos o la calificación jurídica de los mismos, por lo que conviene que en la sentencia siempre quede claro de qué hechos se trata.

Desde mi punto de vista, este apartado podría quedar integrado por dos partes: una en la que se recoja de manera sencilla y sintética lo que sucedió antes de que, por ejemplo, se solicitara el amparo y una segunda en la que se narren exclusivamente los datos procesales necesariamente útiles para pasar al discurso

argumentativo del fallo. La suma de estas dos partes nos daría como resultado el *aspecto narrativo* de la sentencia.

5.2. Principio de delimitación

Aunque parezca obvio, la desgracia de muchas malas sentencias comienza con el incumplimiento del deber de fijar cuidadosamente la cuestión. Es sumamente importante que los jueces estudien con seriedad las constancias y hagan un esfuerzo interpretativo para entender, primero, y plantear, después, el problema que va a resolverse. Tómese en cuenta que los abogados muchas de las veces no son muy claros en los escritos que elaboran, así como tampoco lo son ciertas autoridades. Sin embargo, la carga de entender y exponer la “cuestión efectivamente planteada” corre exclusivamente a cargo del juez, quien no podrá acusar de falta de claridad a las partes o a las autoridades; en todo caso puede indagar o solicitar las aclaraciones pertinentes a fin de alcanzar la comprensión del problema que va a resolver.

Como se dijo, este punto se compone por dos partes: 1) entender el problema, y 2) saber plantearlo. La segunda parte es la que suele quedar oculta en las sentencias, quizá por la falta del hábito correspondiente. Una forma de mejorar los planteamientos es utilizar la pregunta expresa. Así, un subapartado de la sentencia podría iniciar perfectamente con preguntas como: ¿el tribunal colegiado realmente omitió el estudio de los conceptos de violación? ¿El artículo 34 de la Ley X introduce una distinción injustificada entre dos grupos de contribuyentes? ¿Los agravios están dirigidos a contradecir la sentencia recurrida?

5.3. Principio de economía de las sentencias

Como tercer principio, deberá cuidarse que la presentación final de la sentencia contenga todo —y solo— lo necesario para

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

la construcción de los argumentos. No es extraño para —casi— nadie en el ámbito de la práctica judicial mexicana que las sentencias se hayan convertido en enormes documentos que contienen una gran cantidad de información que es lógicamente innecesaria y prácticamente inútil. Las transcripciones de los antecedentes procesales, la demanda, la sentencia recurrida, los recursos, la relación de medios de prueba, etc., bien podrían eliminarse. En lugar de plasmar toda esa información, sería mucho mejor hacer una criba para seleccionar la información estrictamente necesaria para la sentencia. Y con ello me refiero tanto a los documentos mismos (demanda, sentencia, recurso, etc.) como a los argumentos o datos que quedan en ellos contenidos. Por ejemplo, en la revisión de un amparo indirecto podría no tomarse en cuenta la demanda de amparo si quien redacta la sentencia se da cuenta de que el problema a resolver se agota en el fallo recurrido y en el recurso correspondiente. Todavía más, si dentro de la sentencia existen 12 argumentos, de los cuales solo cuatro van a formar parte del problema a resolver, se puede prescindir del resto.

Muchos funcionarios judiciales suponen falsamente que si no se da cuenta de todo un documento se está faltando al principio de exhaustividad. Esto no es así. Es necesario “perder ese miedo” y, desde luego, también que quienes deciden “acepten” que este tipo de recortes no altera en modo alguno ningún principio legal. Los problemas en una sentencia se resuelven a partir de los elementos que los componen, es decir, con una serie finita de enunciados (normativos o fácticos) a partir de los cuales se desplegará el razonamiento. Aunque estos pertenezcan a un universo determinado de enunciados, ello no significa que debamos incorporarlos todos en la sentencia. Así, el deber del funcionario judicial (letrado, secretario de estudio y cuenta, magistrado auxiliar o como se llame) es hacer buenas síntesis de los documentos a fin de extraer los argumentos realmente relevantes.

No pasan inadvertidas innumerables voces conservadoras que se rehúsan a pasar de la transcripción a la buena síntesis. Los motivos deben ser múltiples: van desde la mundana pereza,

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

pasan por los malos hábitos de trabajo y terminan en la tozudez más ramplona. Uno de los argumentos más usados (y al mismo tiempo más falaces) en contra de este tipo de propuestas es el relativo a que es mejor la transcripción, porque así se evita que una mala síntesis deje fuera del argumento cierta información relevante. Desde luego, la sugerencia que aquí se presenta presupone que los funcionarios van a presentar *buenas síntesis*. La pendiente resbaladiza que sobresale en los detractores no demuestra que la síntesis sea una mala idea. Asimismo, la transcripción no se traduce en una especie de vacuna de la infalibilidad, pues quien deja información fuera del discurso puede hacerlo igual con transcripción que con síntesis.

5.4. Principio de coherencia interna

Se sugiere que la estructura de la sentencia siga una línea conductora sencilla y ordenada que permita al lector entender básicamente tres partes: 1) el planteamiento del problema; 2) el desarrollo argumentativo (razones a favor y en contra de cada una de las pretensiones), y 3) la solución final del conflicto con su motivación correspondiente. Para que esto se logre es necesario que los apartados de la sentencia sean excluyentes, esto es, debe vigilarse que no se repita la información de un apartado en otro, pues eso oscurece la presentación. En este sentido, es muy importante ensayar, en la medida de lo posible, diferentes modos de presentación para elegir el más adecuado de acuerdo con el problema.

En esta misma línea, los reenvíos que se hacen de una a otra parte de la sentencia deben quedar claros, especialmente a la hora de redactar los puntos resolutivos. Es más conveniente especificar el qué, por qué y para qué se decidió en un determinado sentido que extraviar al lector para que encuentre por sí mismo el significado último del resolutivo. A veces no se entiende por qué después de haber repetido cierta información en la misma

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

sentencia se termina con un mensaje laconico, por no decir críp-tico, en los puntos resolutivos.

5.5. Principio de claridad

Debe utilizarse un lenguaje sencillo, procurando evitar barroquismos y otros vicios como la circularidad de los argumentos y, en general, todo tipo de falacias. En este sentido, como dice Manuel Atienza, no debemos confundir la profundidad con la oscuridad: hay argumentos sencillos y profundos; lo oscuro regularmente no refleja profundidad en el pensamiento, sino desorden y caos.

Estos cinco principios empezaron a ser aplicados por los integrantes de la ponencia del ministro Cossío, y a partir de su puesta en práctica surgieron los últimos cambios entre 2013 y 2014. Se trata de los siguientes:

En primer lugar, se incorporó un primer párrafo titulado “SUMARIO”, que contiene una reseña de los antecedentes más importantes de la sentencia, iniciando con los hechos que dieron lugar al asunto, continuando con los datos procesales relevantes y terminando con una referencia concreta sobre lo que va a resolverse. El sumario finaliza anunciando el siguiente apartado de la sentencia.

Ese último apartado constituye el segundo cambio. Se trata de un “CUESTIONARIO” mediante el cual se plantean los problemas a resolver en la sentencia, lo cual constituye la litis. Cada una de las preguntas integrará un subapartado dentro del apartado “CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS”, al que antes me referí. Estas preguntas refieren temas específicos que serán analizados y resueltos en la sentencia. Cada una será una línea argumental.

Un último cambio introducido fue la numeración de cada uno de los párrafos de la sentencia, de la misma forma que lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo cual se facilita la cita de los argumentos contenidos en el fallo. A continuación muestro un ejemplo de estos últimos cambios:

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2153/2014.
QUEJOSOS: DANIEL RODRÍGUEZ
HERNÁNDEZ O CARLOS ABRAHAM
RAMÍREZ SERRANO.

PONENTE: MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ.
SECRETARIO: ROBERTO LARA CHAGOYÁN.

SUMARIO

El 1° de septiembre de 2009, aproximadamente a las 00:15 horas, Carlos Abraham Ramírez Serrano y otros se apoderaron ilícitamente de un vehículo que conducían Patricio Torres Domínguez y María Aguilera Delgado. Como consecuencia de los hechos anteriores, se integró la Averiguación Previa correspondiente, que derivó en la Causa Penal 275/2009 de la cual conoció el Juez Primero Penal del Distrito Federal. El juez penal dictó sentencia condenatoria en contra de los imputados, por considerálos responsables en la comisión de delito de robo calificado. El defensor particular de Carlos Abraham Ramírez Serrano interpuso un recurso de apelación, del cual conoció la Tercera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el loca penal 1726/2009. El 9 de noviembre de 2009, la Sala modificó la sentencia recurrida. El sentenciado promovió un juicio de amparo directo en contra de esa sentencia, el 20 de enero de 2014. El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito resolvió el juicio de amparo (expediente 85/2014), mediante la sentencia dictada el 24 de abril de 2014. En ella, determinó negar el amparo solicitado por el quejoso. El presente asunto viene sobre el recurso de revisión interpuesto en contra de dicha sentencia. En ella del presente asunto queda determinada mediante el cuestionario que se emite a continuación.

CUESTIONARIO

Tema 1. Flagrancia equiparada. ¿El artículo 267, párrafo segundo, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que establece la figura de flagrancia equiparada, es constitucional como afirma el Tribunal Colegiado o, por el contrario, inconstitucional, como lo afirma el recurrente?

Tema 2. Defensa adecuada (acreditación del defensor público). ¿Los argumentos del recurrente logran desvirtuar la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado respecto al derecho de defensa adecuada en relación con la acreditación del defensor de oficio?

Tema 3. Defensa adecuada (identificación en Cámara de Sesión). ¿Son fundados los argumentos relacionados con la falta de informar en la diligencia de identificación del imputado en Cámara de Sesión?

Tema 4. Legalidad. ¿Cómo deben calificarse los agravios cuarto y sexto mencionados, por un lado, con respecto de las pruebas y, por otro, con la individualización de la pena?

México, Distrito Federal, La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión correspondiente al día _____ emite la siguiente:

SENTENCIA

Mediante la que se resuelven los autos relativos al amparo directo en revisión 2153/2014, promovido por Carlos Abraham Ramírez Serrano en contra de la sentencia dictada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el 24 de abril de 2014, en el juicio de amparo directo D.P. 85/2014.

I. ANTECEDENTES

1. El 1° de septiembre de 2009, aproximadamente a las 00:15 horas, Patricio Torres Domínguez y María Aguilera Delgado llegaron a su domicilio a bordo de una camioneta Mitsubishi, Outlander XLS, placas 960WGS, cuando tres sujetos se acercaron para despojarlos de sus pertenencias y del vehículo.
2. Posteriormente, alrededor de las 14:30 horas, los policías Francisco Javier Otguín González y Refugio Trinidad García Martínez circulaban a bordo de la patrulla 2852, por la calle Platino esquina con Zimapan en la colonia Valle Gómez de la Delegación Venustiano Carranza, cuando observaron que tres sujetos, entre ellos Carlos Abraham Ramírez Serrano, se encontraban dentro de una camioneta blanca que estaba estacionada. Ante tal situación, los policías se dirigieron a quien se ostentó como dueño para que exhibiera la documentación correspondiente, mientras que de manera simultánea recibían vía radio información acerca de que el vehículo contaba con un reporte de robo.
3. Los policías detuvieron a los sujetos y los pusieron a disposición del agente del Ministerio Público, quien integró dos averiguaciones previas, registradas bajo los números FGSAM/GAM-BT/1942/09-09 y FGSAM/GAM-BT/1942/09-09. Posteriormente, dicha autoridad ejerció acción penal en contra de Carlos Abraham Ramírez Serrano y otros, por el delito de robo agravado, el 3 de septiembre de 2009.
4. El mismo día, el juez Primero Penal del Distrito Federal radicó la causa con detenido en el expediente 275/2009, al considerar que existió flagrancia equiparada. El juez decretó el auto de formal prisión.

En resumen, podemos contabilizar nueve cambios sustantivos que conforman lo que llamo “modelo Cossío” de las sentencias de la SCJN:

1. Encabezado de “sentencia”.
2. Sustitución de transcripciones excesivas por resúmenes (“cuestiones necesarias para resolver el asunto”).
3. Eliminación de la información procesal irrelevante.
4. Incorporación de descriptores de los apartados.
5. Incorporación de notas al pie de página.
6. Sustitución de los “VISTOS”, “CONSIDERANDOS” y “RESULTANDOS”, por números romanos con temáticas específicas, de acuerdo con cada tipo de asunto.
7. Incorporación de un sumario al inicio de la sentencia.

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

8. Incorporación de un cuestionario.
9. Enumeración de cada párrafo.

6. EL IMPACTO DEL MODELO EN LAS SENTENCIAS DE LA SCJN

El modelo Cossío, como demostraré a continuación, no ha sido atendido en su integridad por los ministros y ministras de la SCJN; sin embargo, es posible afirmar con propiedad que las sentencias que actualmente se producen en el Alto Tribunal han cambiado su cara con respecto a la que tenían hasta antes de 2004. Me he dado a la tarea de revisar una muestra aleatoria de 121 sentencias (11 por cada ponencia), en las cuales se buscó abarcar prácticamente la totalidad de los secretarios y secretarías de estudio y cuenta, y un espacio de tiempo de 6 años, que va de 2013 a 2018. Se revisaron sentencias de los ministros que conforman la SCJN en esta segunda mitad de 2018, por lo cual se incluyen ministros y ministras que están por concluir su periodo hasta los que llevan poco más de dos años. Los más longevos son José Ramón Cossío Díaz (2003-2018) y Margarita Beatriz Luna Ramos (2004-2019), que, a la fecha de elaboración de este trabajo, rozan los 15 años; les siguen: Fernando Franco González Salas (2006-2021), que lleva 12; Luis María Aguilar Morales y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (2009-2024), con nueve; Jorge Mario Pardo Rebolledo (2011-2026), con siete; Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Alberto Pérez Dayán (2012-2027), con seis; y finalmente, Norma Lucía Piña Hernández y Javier Laynez Potisek (2015-2030), con tres. La elección de sentencias, como señalé, fue aleatoria y el resultado es una muestra que, aunque no es estadísticamente representativa, fue integrada sin sesgo de ningún tipo.

A partir de la muestra de sentencias fue elaborada una base de datos. Con ello se analizaron las sentencias mediante los nueve rasgos del modelo Cossío detallados en el punto anterior. Sencillamente se observó si cada una de las 121 sentencias analizadas contenía alguno o algunos de los rasgos del modelo. Los resultados son los siguientes:

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

CUADRO 3. Medición de las variables del modelo Cossío por ponencia.

Ministro	Criterio										Total	%
	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX			
Cossío Díaz	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	99	100.0
Gutiérrez O. M.	11	11	11	11	11	11	11	-	11	11	88	88.9
Piña Hernández	2	10	10	11	11	3	-	-	10	10	57	57.6
Zaldívar	5	11	11	11	11	5	2	-	-	-	56	56.6
Layne	5	10	10	8	10	4	-	-	9	9	56	56.6
Pardo	2	11	11	11	11	-	-	-	-	-	46	46.5
Pérez Dayán	1	11	11	11	9	1	-	-	-	-	44	44.4
Aguilar Morales	-	4	5	8	5	-	2	-	11	11	35	35.4
Medina Mora	2	5	4	5	10	2	-	-	5	5	33	33.3
Franco	-	4	5	6	9	-	-	-	-	-	24	24.2
Luna Ramos	-	-	1	7	5	-	-	-	-	-	13	13.1
Total	39	88	90	100	103	37	26	11	57	57	551	50.6
%	32.2	72.7	74.4	82.6	85.1	30.6	21.5	9.1	47.1	47.1	50.6	

FUENTE: elaboración propia.

Criterios: I. Encabezado "sentencia"; II. Sustitución de transcripciones excesivas por resúmenes ("cuestiones necesarias para resolver el asunto"); III. Eliminación de la información procesal irrelevante; IV. Incorporación de descriptores de los apartados; V. Incorporación de notas al pie de página; VI. Sustitución de los "VISTOS", "CONSIDERANDOS" y "RESULTANDOS"; por números romanos con temáticas específicas, de acuerdo con cada tipo de asunto; VII. Incorporación de un sumario al inicio de la sentencia; VIII. Incorporación de un cuestionario al inicio, y IX. Enumeración de cada párrafo.

La sentencia mexicana en proceso de transformación...

Como puede observarse en el cuadro anterior, la aceptación del modelo ha sido heterogénea y esta heterogeneidad ha ocurrido no solo en función de las ponencias, sino también de los propios criterios. En cuanto a las primeras, es destacable que en general las correspondientes a los ministros que integraron la Primera Sala se apegan más al modelo. De manera acumulada, las sentencias de los ministros pertenecientes a la Primera Sala presentaron un seguimiento de 70% de los criterios evaluados, en cambio, en las elaboradas por ministros de la Segunda Sala esta cifra fue de solo 35%. De hecho, además de la del ministro Cossío Díaz, cuyas sentencias siguen puntualmente el modelo, las ponencias de los ministros Gutiérrez Ortiz Mena (88.9%), Piña Hernández (57.6%), Zaldívar Lelo de Larrea (56.6%) y Pardo Rebolledo (46.5%) son las que presentaron mayores niveles de aceptación. La única excepción es la ponencia del ministro Laynez Potisek, quien, pese a formar parte de la Segunda Sala, presenta niveles semejantes a los de sus pares de la Primera.

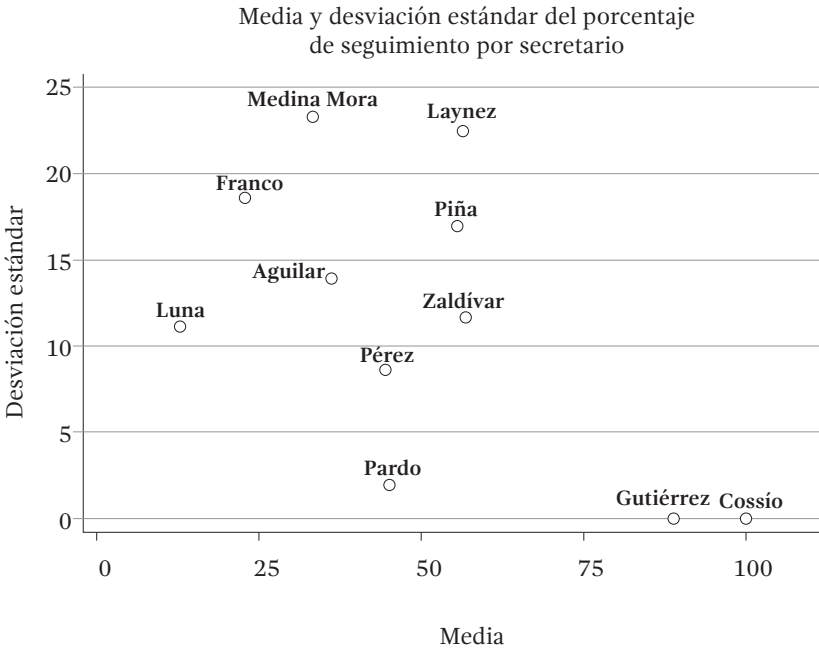
Por lo que se refiere a los criterios, es visible que los números IV (incorporación de descriptores de los apartados) y V (incorporación de notas al pie de página) son los más aceptados y puestos en práctica, con 82.6% y 85.1% de aplicación, respectivamente. En contraste, los menos aceptados son el VII (incorporación del sumario) y el VIII (incorporación del cuestionario). Estos dos últimos fueron sugeridos hasta 2014, junto con el IX, (numeración de párrafos) que es aceptado en un 50%.

La información obtenida indica también la voluntad de los ministros y secretarios de llevar a cabo los cambios necesarios en la presentación y la fuerza comunicativa de las sentencias. La siguiente gráfica muestra que los secretarios de una misma ponencia utilizan de forma diferente el modelo. La gráfica compara, por ponencia, la media y la desviación estándar del porcentaje de seguimiento de los criterios del modelo Cossío en función del secretario o secretarios que redactaron la sentencia. Como es natural, la media indica qué tanto siguen los secretarios dicho modelo y la desviación estándar la heterogeneidad al interior de cada ponencia. De este modo, a medida que se alejen del eje vertical (Y), mayor es el seguimiento promedio; y a medida que se acercan al eje horizontal (X), mayor es la similitud en el comportamiento de los secretarios.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

En la gráfica se observa nuevamente que las ponencias de los ministros Cossío Díaz y Gutiérrez Ortiz Mena presentan los niveles más altos de seguimiento, pero además, que en ella el comportamiento de los secretarios es consistente (la desviación estándar es cero). El caso de la ponencia del ministro Pardo Rebolledo es relativamente semejante, pues aunque sus secretarios no tienen en conjunto niveles altos de seguimiento, estos presentan menores diferencias que las del resto de los ministros. De esta forma, con base en estos datos, no es posible afirmar que el comportamiento dentro de cada ponencia sea homogéneo (ver también Anexo):

GRÁFICA 1. Seguimiento del modelo Cossío por ponencia



La sentencia mexicana en proceso de transformación...

¿Qué significa lo anterior? A mi juicio, dos cosas: 1) que son pocas las ponencias que se preocupan por la consistencia en la forma de sus sentencias, lo cual es indicador de una falta de cuidado, y 2) que los secretarios y secretarías de estudio y cuenta no necesariamente demuestran un “espíritu de cuerpo” con relación a la ponencia en la que trabajan. Los únicos casos en los que se nota una consistencia son los de las ponencias de Cossío Díaz y Luna Ramos.

Finalmente, lo que explica las divergencias dentro de las ponencias es el “tráfico de proyectos” mediante la cultura del “machote”, es decir, de tomar una sentencia previamente aprobada por alguna Sala o el Pleno, y sobre ella escribir un nuevo proyecto en el que se resolvería, en teoría, un caso similar. Más allá de las cuestiones éticas, el riesgo de la cultura del machote tiene que ver con la argumentación jurídica. No es lo mismo utilizar un argumento de autoridad o invocar una línea jurisprudencial en un nuevo problema que traslapar en el esqueleto de una sentencia un nuevo proyecto. Con todo, como mencioné en el apartado 2, la conversión de asuntos (tráfico o uso del machote) paradójicamente contribuyó a la propagación del modelo Cossío en otras ponencias.

7. CONCLUSIONES

Los cambios logrados son sin duda significativos y suponen un avance indiscutible, pero aún insuficiente. Con todo, es posible advertir que prácticamente todos los ministros y ministras han incorporado al menos una de las propuestas del modelo, sin saber quizás que el precursor fue Cossío. A fin de cuentas, lo que se busca es mejorar —y seguir mejorando— la estructura y fuerza comunicativa de las sentencias.

Naturalmente hay cuentas pendientes en el largo camino que falta por recorrer en la modernización de nuestras sentencias mexicanas. Me voy a referir a tres: 1) el cambio no debe reducirse a meras cuestiones de forma; 2) el modelo no debe verse como una puerta abierta a la anarquía de modelos, y 3) el modelo debe resistir adecuadamente la incorporación del derecho

internacional de los derechos humanos. Estas tres cuestiones demuestran que lo que en el fondo falta por asumir es el respeto de los principios metodológicos referidos en el punto anterior (supra, apdo. 6).

7.1. La forma es fondo

“En política, la forma es fondo”. Esta afirmación, atribuida a Jesús Reyes Heróles, lleva un mensaje que puede extenderse a terrenos distintos a la política. Tal como la entiendo, significa que la forma es tan importante como el fondo y que, en consecuencia, no debe descuidarse, porque quien descuida la forma es probable que descuide también el fondo. En las sentencias pasa lo mismo: la forma es fondo. Más de algún detractor del modelo Cossío de sentencias minimizó la empresa considerando que las cosas no cambiarían si simplemente se cambiaban las formas de presentación de la sentencia. Esos detractores tenían razón, pues si el producto sigue siendo el mismo, da igual cambiar el empaque.

Nosotros quisimos —queremos— cambiar el producto y en consecuencia el empaque, y no a la inversa. A mi juicio, el logro es significativo pero incompleto, porque muchas sentencias mexicanas cambiaron algunas de sus etiquetas pero siguen siendo kilométricas (violación al principio de economía de las sentencias, apdo. 5.3); en otras tantas no se sabe cuál es el o los problemas a resolver (violación al principio de delimitación, apdo. 5.2); varias sentencias siguen escondiendo el capítulo fáctico (violación al principio de precisión de los hechos, apdo. 5.1); otras más repiten la misma información en varias ocasiones y no presentan un orden lógico en sus líneas de argumentación (violación al principio de coherencia interna, apdo. 5.4) y, finalmente, la mayoría de ellas siguen empleando un lenguaje arcaico, barroco, sobretecnificado y, en suma, poco claro (violación al principio de claridad, apdo. 5.5).

Respetar el fondo del modelo significa respetar también la forma. Por eso, cuando una sentencia padece alguno o varios de estos vicios, sigue siendo premoderna, aunque tenga algún maquillaje que disimula su mala factura.

7.2. La anarquía de modelos

Si uno revisa las sentencias colombianas (o las estadounidenses o las argentinas) encuentra que son básicamente homogéneas, es decir, aunque naturalmente varían en tamaño y contenido, guardan ciertos rasgos de familia que las identifican. Esa fue una de las pretensiones del modelo Cossío que no se logró. El hecho de que la modificación no sea institucional es de suyo grave, porque permite que cada quien intente imponer un modelo distinto y, al mismo tiempo, ninguno. Lo que advierto en la actualidad es una mezcla de modelos que va del modelo antiguo, al nuevo con elementos distintos, tal y como lo mostré en el apartado anterior.

Uno de los temas pendientes es la unificación de un modelo. No pretendo que el referido sea el modelo imperante, pero en México, o al menos en la SCJN, deberíamos unificar la forma de hacer sentencias, porque a final de cuentas los productos no son de un ministro o ministra, sino de una institución. El ciudadano tiene derecho a ser juzgado de forma profesional, por jueces independientes, imparciales y que motiven adecuadamente sus decisiones. Parte de ese profesionalismo tiene que ver sin duda con la calidad de las sentencias, y la calidad de las sentencias tiene que ver a su vez con la claridad; y la claridad tiene que ver con la unificación de un modelo.

7.3. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos

Cuando parece que la modernidad llega con la reestructuración de las sentencias, llega felizmente la obligación de utilizar la jurisprudencia convencional y, en general, los instrumentos internacionales. Debe evitarse el alargamiento inútil de las sentencias mediante la cita irreflexiva de gran cantidad de tratados internacionales y jurisprudencia interamericana. La incorporación, en su caso, debe ser ordenada mediante el uso de argumentos de autoridad, pero utilizando con precisión la parte del instrumento o la jurisprudencia invocada. Lo que resulta inadmisibles es la cita de enormes extractos de información sin que realmente se argumente con ella. Citar no es argumentar.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, “Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, núm. 3, octubre de 1995.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón y LARA CHAGOYÁN, Roberto, “En el país de las sentencias institucionales”, *Nexos*, México, 1 de junio de 2012.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, México, Porrúa, 2011.
- PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, *Manual de redacción jurisdiccional para la Primera Sala*, México, SCJN, 2007.

Anexo. Seguimiento de criterios por secretario y ponencia.

Secretario de estudio y cuenta	Cossío	Gutiérrez	Pardo	Piña	Zaldívar	Aguilar	Franco	Layne	Luna	Medina Mora	Pérez
Cid Cabello	100.0										
González Santos	100.0										
Lara Chagoyán	100.0										
Montes de Oca	100.0										
Orozco y Villa	100.0										
Rocha Mercado	100.0										
Sena Velázquez	100.0										
Vite Torres	100.0										
Zaratain Barret	100.0										
Armengol Alonso		88.9									
Barbosa Portillo		88.9									
Cortés Araujo		88.9									
Del Arenal Urueta		88.9									
García Saribu		88.9									
Niñez Valadez		88.9									
Quintana Osuna		88.9									

Secretario de estudio y cuenta	Cossío	Gutiérrez	Pardo	Piña	Zaldívar	Aguilar	Franco	Laynez	Luna	Medina Mora	Pérez
Quintana Osuna y Fajardo Morales		88.9									
Quintana Osuna y García Sarubbi		88.9									
Argüelles Paz y Puente			44.4								
Díaz de León Cruz			44.4								
Montesinos Solano			44.4								
Rojas Vertiz			44.4								
Silva Díaz			44.4								
Trenado Ríos			44.4								
Vargas Becerra			44.4								
Penagos Robles			50.0								
Aranda Martínez				22.2							
Meraz Ortiz				55.6							
Rangel Argüelles				55.6							
Reyes Heróles <i>et al.</i>				55.6							
Román Silva				55.6							
Monterrosas Castorena				66.7							
González Piña				77.8							

Secretario de estudio y cuenta	Cossío	Gutiérrez	Pardo	Piña	Zaldívar	Aguilar	Franco	Laynez	Luna	Medina Mora	Pérez
Rodríguez Maldonado							11.1				
Ortiz Flores							22.2				
Fraga Jiménez							38.9				
García Velasco							44.4				
Poblete Ríos							44.4				
Varela Domínguez et al.							44.4				
Villareal Reyes								11.1			
Escudero Contreras								33.3			
Tort Sanromán								33.3			
Balderas Fernández								55.6			
Carrillo Salgado								55.6			
Miranda Flores								55.6			
Carrasco Soulé								66.7			
Cruz Ramírez								77.8			
Hernández Salgado								77.8			
Martínez Estrada								77.8			
Santos Pérez								77.8			
García Villegas									0.0		

Secretario de estudio y cuenta	Cossío	Gutiérrez	Pardo	Piña	Zaldívar	Aguilar	Franco	Laynez	Luna	Medina Mora	Pérez
Lizárraga delgado											33.3
Muñoz Acevedo											33.3
Ferrer Mac-Gregor											44.4
García Galicia											44.4
Gómez rodríguez											44.4
Hernández Jiménez											44.4
Lazo de la Vega											44.4
Varela Domínguez											44.4
Vázquez Moreno											44.4
Victoria Pérez											44.4
Jiménez Jiménez											66.7

Las sentencias reparatoras de derechos humanos como sanciones

1. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común afirmar que las declaraciones o catálogos de derechos humanos, contenidos en constituciones y tratados internacionales, poco o de nada sirven si no se cuenta con instituciones que garanticen su efectividad. Esta se traduce en que los derechos humanos no sean vulnerados o que, siéndolo, las personas que sufren la vulneración sean *adecuadamente* resarcidas. Para lograr esa efectividad, los Estados constitucionales cuentan con instituciones de diverso tipo que abarcan las tres ramas del poder público: políticas públicas y programas de gobierno, legislación y jurisdicción. Lo que el Estado de derecho persigue precisamente es que las declaraciones, cartas y catálogos de derechos humanos sean realmente eficaces.

Existen al menos tres formas mediante las que se puede medir el nivel de éxito de un Estado de derecho: 1) calcular el porcentaje de casos en los que los derechos humanos violados se han resarcido debidamente mediante una sentencia, con relación al número total de violaciones; 2) medir la efectividad de las políticas públicas que promueven el bienestar de las personas, y 3) medir el nivel de aceptación de la legislación (obediencia) por parte de los destinatarios. Naturalmente, las anteriores mediciones demandan estudios de carácter empírico que reservaremos para los científicos sociales. Con todo, el sentido común nos in-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

dica que en países como México el resultado de tales mediciones no es muy halagüeño. En este capítulo me referiré a un aspecto concreto relacionado con el primer punto, y que puede ser formulado mediante la siguiente pregunta: ¿por qué las sentencias constitucionales mediante las que se resuelven violaciones a los derechos humanos no son propiamente concebidas como instrumentos de reparación?

Me propongo, por un lado, denunciar este déficit en la conceptualización de las sentencias y, por el otro, ofrecer algunos elementos que puedan ayudar a los operadores jurídicos a entender el enorme potencial que puede tener una sentencia reparadora cuando su concepción y confección son adecuadas.

Para poder llevar a cabo lo anterior, utilizaré el concepto de sanción, ineludiblemente unido al de norma jurídica de carácter obligatorio, para postular un paralelismo entre las normas de ese tipo y las sentencias reparadoras. Haré uso de un doble enfoque de análisis: el estructural y el funcional, que utilicé hace algún tiempo en una obra sobre el concepto de sanción.¹ Con ello, por un lado, pretendo mostrar que los aspectos reparadores constituyen o deberían constituir, desde el punto de vista estructural, una condición necesaria, aunque no suficiente, de las sentencias que emiten los tribunales que llevan a cabo el control constitucional. Por otro lado, que desde el punto de vista funcional, las reparaciones tienen un doble objeto: conminar a las autoridades a reparar las violaciones de derechos e incentivarlas para que en el futuro no repitan dichas conductas.

La estrategia expositiva que seguiré será la siguiente: en el apartado 2, veremos que el concepto de sanción cumple un importantísimo papel, tanto a nivel interno como externo, en el orden jurídico. En el primero, la sanción es entendida como uno de los elementos centrales o primarios de la estructura de las normas jurídicas, mientras que en el segundo, es el elemento que permite compeler a la obediencia en caso de incumplimiento, así como el que forma con el paso del tiempo el hábito de obediencia. En este apartado, la apuesta es utilizar ese doble enfoque para trasladar

¹ Véase Lara Chagoyán, Roberto, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, México, Fontamara, 2004.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

el respaldo coactivo que la sanción brinda a las normas jurídicas al terreno de las sentencias reparadoras de derechos humanos.

En el siguiente apartado (3.), traeré a colación la conocida categorización de las sentencias como normas jurídicas individualizadas. Una vez asumido lo anterior, desarrollaré en los siguientes epígrafes (4. y 5.) los aspectos estructural y funcional de las sentencias reparadoras, respectivamente. Para ello, partiré del argumento según el cual, si las sentencias son un tipo especial de normas, entonces debe aceptarse que aquellas cuentan con un aspecto sancionador, equivalente a la sanción de las normas jurídicas de carácter obligatorio. Asimismo, analizaré qué parte de las sentencias constituye el aspecto sancionador, dependiendo del fallo de que se trate. En cuanto al aspecto funcional, exploraré algunas razones que pueden explicar por qué los jueces constitucionales no dan la importancia debida a las cláusulas sancionadoras de las sentencias.

Posteriormente (6.), resaltaré las particularidades de las sentencias reparadoras de derechos humanos, con lo cual pretendo justificar la necesidad de que todas ellas contengan un capítulo sancionador/reparador. En otras palabras, las sentencias reparadoras no pueden quedarse en una mera declaración o reconocimiento de los derechos violados, sino que deben estar diseñadas de tal modo que su aspecto funcional destaque, es decir, en ellas tendrían que desarrollarse detalladamente la serie de acciones que la autoridad responsable deberá desplegar a fin de que la reparación sea efectiva. Finalmente, a modo de conclusión (7.), presentaré algunos argumentos a favor de la hipótesis de que la coacción estatal, adecuadamente utilizada, puede ser entendida también como *la* garantía de las reparaciones.

2. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA SANCIÓN JURÍDICA

La palabra sanción es ambigua, ya que tiene al menos los siguientes significados: cárcel, multas, fusilamientos, azotes, etc., pero también la promulgación de una ley, la coacción estatal, la característica definitoria del derecho o, en general, una consecuen-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

cia jurídica. En la teoría contemporánea del derecho, la sanción es considerada un concepto básico, cuyas notas características (connotación) varían según la concepción de que se trate. En este sentido, existen algunas aproximaciones al concepto que ofrecen un doble enfoque: uno de ellos, el *estructural*, trata a la sanción como elemento interno de la norma jurídica o como pilar del ordenamiento, mientras que el otro, *funcional*, trata de justificar la existencia de castigos o premios por servir de motivaciones efectivas de la conducta.²

Desde un enfoque estructural, para Kelsen, las propiedades necesarias y suficientes del concepto de sanción son las siguientes: *a)* se trata de un acto coercitivo, esto es, de un acto de fuerza efectiva o latente; *b)* tiene por objeto la privación de un bien; *c)* quien la ejerce debe estar autorizado por una norma válida, y *d)* debe ser la consecuencia de la conducta de algún individuo.³ En la obra de este autor encontramos dos sentidos más del término sanción: uno amplio y uno amplísimo. Sanción en *sentido amplio* se refiere a aquellos actos coactivos que son reacciones contra hechos socialmente indeseables y que, al no configurar una conducta humana, no pueden ser considerados como prohibidos; estos actos tampoco están conectados con el concepto de ilicitud. Se trata de figuras afines a la sanción, como la reclusión de enfermos contagiosos o peligrosos; la expropiación coactiva de bienes por utilidad pública, y la destrucción coactiva de bienes o animales ante el peligro que representan o el riesgo que generan. Por otro lado, el sentido *amplísimo* de sanción abarca tanto a aquellas propiamente jurídicas como a sus figuras afines, dado que se refiere a la *totalidad de actos coactivos estatales*.

Por otra parte, es posible advertir en la obra de Kelsen un guiño funcionalista en cuanto al concepto de sanción. La cita es de Norberto Bobbio:

Cuando Kelsen dice que “las sanciones están dispuestas en el ordenamiento jurídico para obtener un determinado comportamiento

² *Ibidem*, p. 13.

³ *Ibidem*, pp. 137 y ss. En ese libro presento un análisis sobre el concepto de sanción en Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen y Norberto Bobbio. Buena parte de este análisis se basa en el mismo.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

humano que el legislador considera deseable”, no nos hace saber ya cuál es la estructura normativa de la sanción, sino para qué sirve. Naturalmente, las sanciones de que se vale un ordenamiento coactivo, esto es, un ordenamiento que trata de alcanzar su finalidad recurriendo a la fuerza para inducir a los súbditos a hacer o dejar de hacer algo, esas sanciones son, y no pueden menos de ser, sanciones negativas.⁴

Jeremy Bentham considera, desde un punto de vista estructural, que el concepto de sanción está necesariamente asociado a las normas de carácter obligatorio (en donde se incluyen tanto las que obligan como las que prohíben realizar una determinada acción); más concretamente, considera que en ese tipo de normas puede distinguirse una parte directiva (*provision*) que es la expresión completa de la voluntad del legislador, y una parte iniciativa o sancionadora que expresa una predicción de lo que ocurrirá al destinatario que no cumpla con lo ordenado (sanción conminativa), o a quien sí lo haga (sanción *invitativa* o premio).⁵

Sin embargo, este ilustre autor inglés también ofrece un enfoque funcional de las sanciones cuando señala que estas se traducen en motivos para la acción; es decir, en motivos que necesita el destinatario de las normas para cumplirlas, los cuales pueden representar un mal o un bien. En el primer caso se llaman coerciones y se traducen en castigos. En el segundo, se trata de motivos “seductores” que se traducen en recompensas o premios.⁶ La razón de fondo que Bentham señala como fundamento de las sanciones jurídicas es la eficacia, o sea, la efectiva observancia de las normas. El dolor y el placer son entonces, para Bentham, los únicos motivos por los cuales el ciudadano actúa. Además, tomando en cuenta la fuente donde

⁴ Bobbio, Norberto, “Hacia una teoría funcional del derecho”, trad. de Genaro R. Carrió, en AA.VV., *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, p. 16. Véase el apdo. 2.5 del cap. III.

⁵ Cfr. Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, edición de H.L.A. Hart, Londres, Universidad de Londres-The Anthole Press, 1970 (es una nueva edición revisada de *The Limits of Jurisprudence Defined*, edición de Charles W. Everett, Nueva York, Columbia University Press, 1945), pp. 134-137.

⁶ *Ibidem*, p. 133.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

se originan, Bentham clasifica las sanciones en físicas (la naturaleza), políticas (el Estado, el derecho), morales (la comunidad, la moral social) y religiosas (Dios o una similar voluntad sobrenatural).

John Austin también muestra tanto la aproximación estructural como la funcional del concepto de sanción. De acuerdo con la primera, la sanción se ubica en el nivel de las normas de mandato y es uno de los elementos necesarios de toda norma; mientras que desde el punto de vista funcional lo que se analiza es el aspecto externo, material o motivacional de la sanción: la compulsión a la obediencia y la formación de un hábito de comportamiento conforme.⁷ En cuanto al aspecto estructural, las sanciones, junto con el deseo del soberano de que los destinatarios de la norma realicen una determinada conducta, forman parte de una norma de mandato. El concepto de mandato (de norma jurídica completa) es correlativo al de deber: solo se tiene un deber si existe un mandato, y viceversa.⁸ Las sanciones jurídicas son definidas por Austin como: “El daño que será probablemente aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido o (para usar una expresión equivalente) en caso de que un deber sea incumplido, se llama usualmente sanción, o compulsión a obedecer [*enforcement of obedience*]”.⁹

Para Austin, las sanciones tienen, en su aspecto funcional, un objeto directo y otro indirecto. El primero, también llamado próximo, se refiere a la compulsión a la obediencia puesta en práctica en aquellos casos en los que una persona no muestra el sentimiento provechoso o utilitario propio de la obediencia. Dado que este sentimiento puede estar ausente o ser anormal en algunos sujetos, la sanción sirve como un factor de corrección. Las sanciones operan provocando un proceso gradual de asociación entre deseos y consecuencias en el destinatario de la norma; un proceso que regularmente da como resultado el cumplimiento de las normas porque coincide con el deseo más fuerte que los in-

⁷ Lara Chagoyán, Roberto, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

⁸ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, edición de Wilfrid E. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 22.

⁹ *Idem*.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

dividuos tienen: escapar del mal o de las consecuencias negativas de las sanciones.¹⁰

El objeto indirecto o pedagógico de la sanción es el de la formación del hábito de obediencia en los destinatarios de las normas. Gracias a las sanciones, los sujetos van eliminando gradualmente los llamados “deseos siniestros”, es decir, contrarios al derecho, para sustituirlos por otros conforme a la utilidad general. Mediante este proceso educativo de las sanciones, los sujetos llegan a cumplir las normas de forma espontánea, llegan a tener una predisposición hacia la justicia. Este objeto indirecto de las sanciones es empleado por Austin para demostrar que los destinatarios de las normas no cumplen con lo ordenado por estas, simple y exclusivamente por el temor a las consecuencias negativas de la sanción correspondiente, ya que eso significaría que los destinatarios no están adheridos a la idea de justicia; la sanciones, además de operar —mediante su objeto directo— como refuerzos para el cumplimiento de los deberes, digamos a corto plazo, también sirven indirectamente como auxiliares a largo plazo en la guía de la conducta.¹¹

Finalmente, para Norberto Bobbio, desde el punto de vista estructural, “[l]a acción que se cumple sobre la conducta no conforme para anularla o, por lo menos, para eliminar sus consecuencias dañosas es, precisamente, lo que se denomina *sanción*. La sanción puede ser definida, desde este punto de vista, como el medio a través del cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias [...] Podemos definir más brevemente la sanción como la *respuesta a la violación*”.¹² Desde un punto de vista funcional, la sanción consiste “[...] en el reforzamiento de la observancia de la norma a través del mecanismo de la respuesta o de la reacción que el mismo sistema normativo instituye a favor del observante y en perjuicio del inobservante. Es decir, [la sanción es] una modali-

¹⁰ Cfr. Austin, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, compendio de la edición de Robert Campbell, edición original de John Murray, Londres, 1913, Michigan, Scholarly Press, 1977, p. 218.

¹¹ *Ibidem*, pp. 220 y ss.

¹² Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 119.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

dad específica [y] no exclusiva, de la función general de la conservación del sistema”.¹³ Así pues, podemos decir que por *sanción jurídica* Bobbio entiende el conjunto de medidas dispuestas por un ordenamiento jurídico para reforzar la observancia y para poner remedio a la inobservancia de las propias normas, siendo la finalidad de estas medidas la conservación del sistema.

3. LA SENTENCIA COMO NORMA JURÍDICA INDIVIDUALIZADA

Es bien conocida la tesis de Kelsen según la cual, en un sistema escalonado de normas, toda norma es al mismo tiempo un acto de creación y un acto de aplicación. Cuando una norma jurídica es individualizada, es decir, cuando es aplicada a un caso concreto, una vez que un sujeto ha cometido el acto ilícito, que es la condición de la sanción, el juez de la causa realiza al mismo tiempo dos tipos de actividad: por un lado aplica la norma general, y por el otro lleva a cabo un acto de creación normativa al emitir la sentencia correspondiente.

En efecto, en la teoría pura del derecho, Kelsen sostiene categóricamente —a diferencia de lo que muchos afirman— que la jurisdicción tiene un carácter netamente constitutivo y no declarativo, ya que la individualización de una norma general en un caso concreto es “[...] un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella [a la jurisdicción] se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción”.¹⁴

Así las cosas, queda claro que el acto de aplicación de la norma general es, al mismo tiempo, un acto de creación de la norma individual; sin embargo, este acto de creación (la sentencia) no consiste en una mera repetición del contenido de la norma general, sino que tiene un contenido normativo adicional con relación

¹³ Bobbio, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Analisi e Diritto, Turín, Giappichelli, 1994, p. 326.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Ediciones Peña Hermanos, 2001, p. 182.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

a la norma que lo fundamenta.¹⁵ Lo que el juez adiciona está relacionado con el mayor o menor grado de indeterminación de la norma general. En efecto, antes de ser individualizada en el caso concreto, esta última puede ofrecer varias posibilidades interpretativas; cuando el juzgador, tomando en cuenta las circunstancias específicas del caso y después de un proceso de deliberación elige la que considera más adecuada, entonces podemos decir que ha nacido una nueva norma. Para Thomas Bustamante, este proceso es así:

Sin embargo, la norma general (superior) conduce el proceso de creación de la norma individual (inferior) y anticipa sus posibles sentidos. La relación entre la norma general (establecida por el legislador) y la norma individual (establecida por una sentencia judicial) es una relación de fundamentación (ya que la sentencia se fundamenta en la ley), pero que no desfigura la interpretación como proceso creativo o constructivo: el juez crea una norma individual al aplicar la norma legal que le sirve de fundamento.¹⁶

El instrumento por excelencia con el que cuentan los tribunales para ejercer la jurisdicción se llama *sentencia*. Las sentencias tienen una doble dimensión: por una parte, son resultados institucionales y, por otra, documentos normativos,¹⁷ siendo actos jurídicos que presuponen una regla que confiere poder a los jueces (a la sazón, autoridades jurídicas) para producirlos. De este modo, cuando un juez utiliza ese poder conferido de forma intencional en un determinado sentido, entonces se produce un resultado de tipo institucional. Por otro lado, las sentencias son también documentos normativos mediante los cuales se lleva a cabo la especificación de la norma general en el caso concreto; es aquella nueva norma a la que se refiere Kelsen. En otras palabras, la sentencia no es más que el proceso de creación de esa nueva norma.

¹⁵ Cfr. Bustamante, Thomas, “La creación del derecho por la jurisprudencia: notas sobre la aplicación del derecho y la epistemología en la teoría pura del derecho”, en A.A. V.V., *Hans Kelsen. Una teoría pura del derecho*, Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010, p. 210.

¹⁶ *Ibidem*, p. 209.

¹⁷ Aguiló Regla, Josep, “Fuentes del derecho y normas de origen judicial”, *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, núm. 3, 2009, p. 156.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Como documentos normativos, las sentencias se dividen en dos partes fundamentales: el fallo y la fundamentación del fallo.¹⁸ El primero es lo que constituye la nueva norma que ha sido creada con base en el caso específico. Contiene de forma concreta el *resultado normativo* de lo argumentado a lo largo de la fundamentación. Las palabras utilizadas para expresar el fallo pueden variar, pero esencialmente se trata de un mensaje revestido de la modalidad deóntica de “obligatorio”, referido a su objeto concreto. En México se denominan “PUNTOS RESOLUTIVOS”; en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia se utiliza la palabra: “RESUELVE”; en las del Tribunal Constitucional español, la frase “HA DECIDIDO”, y las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos terminan siempre con la frase “IT IS SO ORDERED”.

No está de más señalar que en la tradición del *common law* no existe discusión acerca de que las sentencias emitidas por los tribunales constituyen una fuente del derecho, pues en forma de *precedente* las normas jurídicas individualizadas se incorporan de forma inmediata al derecho objetivo. No ocurre lo mismo en el *civil law*, en donde una sentencia (norma jurídica en el sentido kelseniano) no se incorpora al derecho objetivo por el mero hecho de haber sido emitida, sino hasta que, como en el caso mexicano, se convierte en *jurisprudencia obligatoria*, ya sea por reiteración o por contradicción. En la terminología de Josep Aguiló, dicho de forma muy general, el precedente puede ser considerado como una *fuentes-acto* (la sentencia es un acto jurídico que crea la norma individualizada, de forma deliberada mediante una prescripción que obliga de inmediato a los demás tribunales), mientras que la jurisprudencia puede ser considerada como una *fuentes-hecho*, más parecida a una “costumbre judicial” (la creación de la jurisprudencia suele ser espontánea, el derecho que produce es recibido y no delegado, y no suele haber, como tal, una prescripción).¹⁹

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ La clasificación no está exenta de problemas de los que no voy a ocuparme aquí. En general, la clasificación funciona para los propósitos de este trabajo. Para profundizar en esos matices, véase Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho*, Barcelona, Ariel, 2000.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

En todo caso, ya sea como *precedente* o como *jurisprudencia obligatoria*, es posible hablar con toda propiedad de normas de origen judicial que se incorporan al derecho objetivo. De este modo, y con independencia de la formalidad que se requiera para que alcancen ese estatus, cada sentencia constituye una unidad normativa orientada al caso concreto. En este sentido, los destinatarios de la sentencia (autoridades o particulares) quedan jurídicamente vinculados a cumplir lo ordenado por el fallo, so pena de padecer las consecuencias correspondientes debidamente res-paldadas por la coacción del Estado.

4. LA ESTRUCTURA DE LAS SENTENCIAS REPARADORAS EN MÉXICO: IDENTIFICANDO LAS CLÁUSULAS SANCIONADORAS

Retomo la analogía entre norma obligatoria y sentencia reparadora para plantear el siguiente razonamiento:

- i) las normas jurídicas de carácter obligatorio tienen una cláusula directiva y una sancionadora;
- ii) las sentencias son normas jurídicas individualizadas de carácter obligatorio. Por tanto,
- iii) las sentencias tienen también una cláusula directiva y una sancionadora.

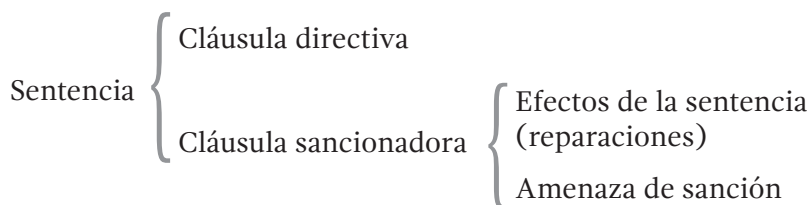
El universo de las sentencias reparadoras abarcaría, desde mi punto de vista, a todas aquellas mediante las cuales una autoridad jurisdiccional competente para ejercer el control de constitucionalidad dicta medidas de reparación, esto es, acciones concretas dirigidas a las autoridades responsables de la violación de algún derecho fundamental en perjuicio de una persona. Básicamente, me referiré a las sentencias de amparo en México, con particular atención a las que dicta en última instancia la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Estipulemos, para los efectos de este trabajo, llamar a la parte de la sentencia que resulta vinculante “*cláusula directiva de la sentencia*”, en alusión a Bentham. Esta cláusula debería representar el mandato del tribunal o del juez, es decir, la orden revestida de autoridad (con respaldo institucional) que tendrá un determina-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

do carácter deóntico: obligatorio, prohibido o permitido. Asimismo, llamemos “*cláusula sancionadora de la sentencia*” a la parte de la sentencia mediante la cual el tribunal debería, por un lado, delimitar con el mayor detalle posible las acciones concretas (reparaciones) que los destinatarios de la sentencia deberán llevar a cabo para que esta se cumpla y, por el otro, debería hacer explícitas las consecuencias que se generarían en caso de incumplimiento, es decir, la “amenaza” de la sanción propiamente dicha (medidas cautelares, medios de apremio, multas, separación del cargo, consignación al ministerio público, etcétera).

El siguiente gráfico resume esta propuesta de división:



Al revisar la Ley de Amparo en México encontramos una correspondencia entre algunas de las disposiciones que rigen la sentencia de amparo con esta propuesta basada en la teoría de la sanción: así, el artículo 74, fracción VI, establece la cláusula directiva, al señalar:

Artículo 74. La sentencia deberá contener:

[...]

VI. Los puntos resolutivos en los que se exprese el acto, norma u omisión por el que se conceda, niegue o sobresea el amparo y, cuando sea el caso, los efectos de la concesión en congruencia con la parte considerativa.

[...].

Por su parte, la cláusula sancionadora queda establecida, por lo que respecta a los efectos, en la fracción V del propio artículo 74:

V. Los efectos o medidas en que se traduce la concesión del amparo, y en caso de amparos directos, el pronunciamiento respecto

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas que, cuando proceda, el órgano jurisdiccional advierta en suplencia de la queja, además de los términos precisos en que deba pronunciarse la nueva resolución.

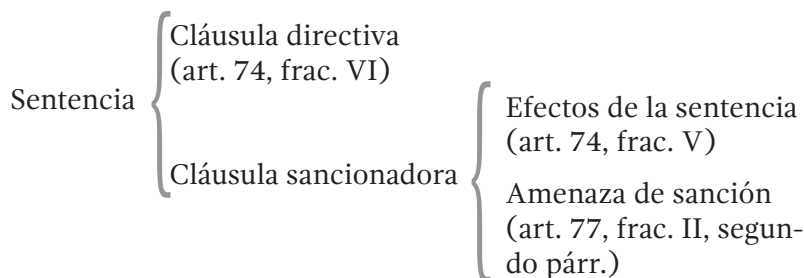
Finalmente, la amenaza de sanción se ubica en el artículo 77, fracción II, segundo párrafo:

Artículo 77. Los efectos de la concesión del amparo serán:

[...]

En el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho.

El esquema, con las respectivas correspondencias, podría quedar así:



A continuación presento un cuadro que intenta mostrar algunas sentencias reparadoras de derechos humanos con sus correspondientes cláusulas sancionadoras:²⁰

²⁰ Véase Quintana Osuna, Karla I., “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano”, en AA. VV., *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día? Estudios del desarrollo interpretativo de los derechos*, México, SCJN, 2016.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

CUADRO 1. *Cláusulas sancionadoras en las sentencias reparadoras en México*

<i>Datos de identificación</i>	<i>Materia del asunto</i>	<i>Cláusulas sancionadoras</i>
AR 476/2014 22 de abril de 2015. Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena	Acceso a la salud	Se estableció un concepto robusto de reparación: <i>restitutio in integrum</i> : que abarca la <i>restitución</i> (restablecer la situación que existía antes de la violación); <i>rehabilitación</i> (garantizar la salud de la víctima); <i>satisfacción</i> (reparar a la víctima con medidas tendentes a la memoria, verdad y justicia) y las <i>garantías de no repetición</i> (asegurar la no repetición de una práctica violatoria, incluyendo ordenar acciones que afectan las instituciones sociales, legales y políticas, así como las políticas públicas). Asimismo, se determinó que la obligación del Estado de proporcionar un medio judicial de protección de los derechos fundamentales no se agota con la mera existencia de tribunales y procedimientos formales, ni con la posibilidad de acudir ante estos (acceso formal a la justicia), sino que además se debe garantizar que dichos medios den resultados o respuestas efectivas frente a las violaciones a los derechos humanos (acceso a la justicia material).
ADR 3236/2015 4 de mayo de 2016 Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena	Indemnización por daño moral en un caso de libertad de expresión	
ADR 2488/2015 10 de febrero de 2016 Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena	Acceso a la justicia en un caso de violencia intrafamiliar	
AR 992/2014 12 de noviembre de 2014 Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	Discriminación por razón de la edad	Se establecieron “medidas reparatorias de carácter disuasorio”, las cuales pretenden “inhibir futuras conductas o prácticas discriminatorias” (garantías de no repetición) que pretenden que violaciones a los derechos humanos no vuelvan a ocurrir. En concreto:

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

<i>Datos de identificación</i>	<i>Materia del asunto</i>	<i>Cláusulas sancionadoras</i>
		<p><i>i)</i> la declaración de nulidad del acto discriminatorio; <i>ii)</i> la indemnización de los daños causados; <i>iii)</i> la imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio (disculpa pública), y <i>iv)</i> en caso de que la legislación aplicable lo prevea, el establecimiento de sanciones penales.</p>
<p>AR 554/2013 25 de marzo de 2015 Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena</p>	<p>Violencia contra la mujer en un presunto feminicidio de Mariana Lima Buendía</p>	<p>Se ordenó: <i>i)</i> una investigación con perspectiva de género; <i>ii)</i> el esclarecimiento de las irregularidades y la sanción a los responsables; <i>iii)</i> la medida de satisfacción a favor de Irinea Buendía (madre de la víctima), en el contexto del derecho a la verdad, consistente en el señalamiento de las falencias, negligencias y obstrucciones en la justicia por parte del órgano investigador, así como la determinación del contexto de violencia de género en el que se encontraba inmersa; <i>iv)</i> la garantía de no repetición consistente en la reparación del daño e impulsar un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores; <i>v)</i> el acceso a las reparaciones administrativas a través de la Ley General de Víctimas, y <i>vi)</i> la medida de satisfacción consistente en la publicación de la sentencia con el nombre de Mariana Lima Buendía y su madre Irinea Buendía.</p>

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

<i>Datos de identificación</i>	<i>Materia del asunto</i>	<i>Cláusulas sancionadoras</i>
AR 152/2013 23 de abril de 2014. Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena	Matrimonio igualitario	Medidas de satisfacción para los homosexuales históricamente excluidos del acceso al matrimonio.
AR 159/2013 16 de octubre de 2013 Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	Discriminación a personas con discapacidad (caso <i>Asperger</i>)	Se ordenó un formato de lectura fácil de la sentencia, a través del cual las personas con discapacidades funcionales intelectuales puedan comprender lo resuelto en un caso que afecte su esfera jurídica.
AR 237/2014 4 de noviembre de 2015 Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	Libre desarrollo de la personalidad (caso <i>Marihuana lúdica</i>)	Se ordenó al director ejecutivo de Regulación de Estupefacientes, Psicotrópicos y Sustancias Químicas de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios otorgar a los quejosos la autorización a que hacen referencia los artículos 235 y 247 de la Ley General de Salud.
AR 378/2014 15 de octubre de 2014 Ponente: ministro Alberto Pérez Dayán	Acceso a la salud (caso <i>Pabellón 13</i>)	Se ordenó una garantía de no repetición, consistente en tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano a la salud de personas con VIH y dar a los quejosos tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de otros pacientes. Agregó que las autoridades debían remodelar las instalaciones o construir un nuevo pabellón y destacó que, en caso de no ser posible alguna de las opciones, se debía gestionar que los quejosos fueran atendidos en otro hospital.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

<i>Datos de identificación</i>	<i>Materia del asunto</i>	<i>Cláusulas sancionadoras</i>
<p>ADR 5267/2014</p> <p>9 de marzo de 2016</p> <p>Ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz</p>	<p>Tipificación del feminicidio</p>	<p>Se exhortó al Congreso del Estado de Chihuahua a fin de que tomara las medidas que estimara necesarias para adecuar formalmente la legislación orientada a combatir la violencia por razón de género a los estándares contenidos en la condena de la que fue objeto nuestro país en el caso <i>González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México</i>.</p>

FUENTE: Elaboración propia, a partir de la información proporcionada por Quintana Osuna, Karla I., *op. cit.*

Hasta aquí la propuesta estructural de clasificación e identificación de las sentencias reparadoras de derechos humanos, con sus cláusulas sancionadoras. Se me preguntará por qué considero ventajosa esta propuesta. A mi juicio, la fuerza comunicativa de las sentencias aumentaría considerablemente si en ellas pudiera distinguirse bien la parte *directiva* de la *sancionadora*, pues tanto el destinatario inmediato de la sentencia (las partes) como las instituciones involucradas en su cumplimiento, además de la academia interesada en su análisis, podrían entender y comprender los alcances y extremos del fallo, y actuar en consecuencia.

En el caso del juicio de amparo (medio de defensa y reparación de los derechos humanos por excelencia en México), la parte *directiva* podría traducirse en la determinación de si se concede o se niega el amparo, mientras que la *sancionadora* en los efectos de esa decisión. En el caso de otro tipo de sentencias, tales como las derivadas de las acciones de constitucionalidad y las controversias constitucionales, la parte *directiva* será el pronunciamiento sobre la validez de la norma o acto impugnados, mientras que la parte sancionatoria estará constituida por los efectos del fallo.

En cualquier caso, si la sentencia es reparadora de derechos, la parte sancionatoria estaría compuesta, como afirmé, por los lineamientos más o menos específicos (positivos o negativos)

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

que la autoridad jurisdiccional ordena llevar a cabo a las autoridades emisoras del acto violatorio de derechos humanos, así como un mensaje sobre las consecuencias que podrían generarse por el incumplimiento, de conformidad con la ley. Naturalmente, los efectos varían en cada caso y de acuerdo con cada tipo de juicio.

5. EL ASPECTO FUNCIONAL DE LAS SENTENCIAS REPARADORAS: LAS RAZONES DE UN RECHAZO

Vayamos ahora a los aspectos funcionales orientados ya no a las ventajas que nos puede ofrecer un modelo teórico en la práctica, sino al comportamiento efectivo de los operadores jurídicos con relación a esta división.

No es muy difícil advertir que las sentencias mexicanas, especialmente las que emite la SCJN, no suelen desarrollar debidamente lo que he llamado aquí *cláusula sancionadora*. Muchas veces ni siquiera incluyen un capítulo de efectos de la sentencia. Lo cierto es que, en la mayoría de los casos, los puntos resolutivos suelen ser la parte final de las sentencias y, a menudo, estos remiten sin mucha precisión a la parte de los fundamentos para que sea el lector quien identifique los efectos: una tarea no siempre sencilla. De este modo, la falta de un apartado claro y explícito de los efectos de la sentencia genera una enorme oscuridad y, consecuentemente, una pobre calidad comunicativa.

¿Qué razones explican esta situación? A mi juicio, básicamente las siguientes: *a)* la inercia de los operadores jurídicos a seguir la Ley de Amparo abrogada, que no contaba con reglas precisas con relación a los efectos; *b)* el exceso regulatorio en cuanto al mecanismo de cumplimiento de las sentencias, y *c)* el complejo concepto de reparación. Veamos esto más detenidamente.

a) Inercia de los operadores con la Ley de Amparo abrogada

La Ley de Amparo vigente fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013 y, como se sabe, sustituyó a la anterior que databa de 10 de enero de 1936. En cuanto al

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

capítulo de las sentencias, ambas leyes muestran algunas diferencias importantes, especialmente por lo que respecta a lo que aquí he llamado la cláusula sancionadora. Puede decirse que en la ley abrogada esta cláusula no existía como tal, lo cual podría explicar que muchos operadores jurídicos, especialmente letrados y letradas de la Corte, siguieran elaborando las sentencias de conformidad con la ley abrogada, es decir, sin tomarse muy en serio las nuevas reglas sobre los efectos de la sentencia. Sin afán de generalizar, dado que existen algunos pocos casos en los que el desarrollo de los efectos es robusto, la Corte hoy sigue emitiendo sentencias sin precisar o desarrollar debidamente los efectos, tal y como lo marca la Ley de Amparo vigente.²¹

A continuación presento un cuadro comparativo entre la Ley de Amparo abrogada y la vigente, en cuanto a la regulación de la confección de las sentencias de amparo. Como se verá, existen pocas coincidencias y varias diferencias, algunas de las cuales (las más importantes) tienen que ver con los efectos, aunque ciertamente, la práctica parece no responder de forma adecuada a los mismos.

²¹ Para muestra un botón: a la fecha en que escribo este trabajo (marzo de 2019) he consultado el sitio web de la SCJN y he ingresado al apartado de comunicados, donde se suelen publicar las sentencias más relevantes del momento. Seleccioné al azar estas tres: 1) AR 1368/2015, que trata sobre la inconstitucionalidad de un estado de interdicción en un caso de discapacidad intelectual; 2) ADR 2387/2018, sobre un problema de discriminación que sufre una persona con discapacidad, y 3) AD 43/2018, sobre un caso de discriminación a cargo del IMSS, por establecer, como requisito para la contratación del personal médico, la aplicación de exámenes de VIH/sida. Pues bien, a pesar de lo relevante de los casos, ninguno de ellos cuenta con un desarrollo apropiado de efectos; vamos, ni siquiera se dedica un apartado especial para tal efecto. Por otro lado, en descargo de la Corte, en este mismo ejercicio me encontré con estos dos casos en los que, aunque mínimo, sí existe un apartado de efectos: 1) AR 1005/2018, en el que se ordenó al fiscal general de Veracruz desbloquear la cuenta de un periodista en la red social Twitter, y 2) el ADR 6175/2018, un caso de libertad de expresión en el que se dio la razón a la periodista Carmen Aristegui en el conflicto de censura que tuvo con la empresa MVS durante el sexenio de Enrique Peña Nieto. Me atrevo a sostener que son más los casos sin apartado de efectos que los que sí cuentan con él, aunque, poco a poco, esta proporción se va revirtiendo.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

CUADRO 2. *Semejanzas y diferencias en el capítulo de las sentencias en la Ley de Amparo*

Núm.	Elementos normativos	Ley de vigente	Ley abrogada
1.	Obligación de atender la Fórmula Otero: la sentencia solo tiene efectos para quien haya solicitado el amparo.	Sí (art. 73)	Sí (art. 76)
2.	Deber de publicar los proyectos de resolución que traten sobre constitucionalidad de normas generales o convencionalidad de tratados internacionales.	Sí (art. 73)	No
3.	Deber de calificar los conceptos de violación en los ADR, solo en la parte de los fundamentos.	Sí (art. 73)	No
4.	Obligación de fijar el acto reclamado.	Sí (art. 74, frac. I)	Sí (art. 77, frac. I)
5.	Obligación de realizar un análisis sistemático de conceptos de violación o agravios.	Sí (art. 74, frac. II)	No
6.	Obligación de valorar las pruebas.	Sí (art. 74, frac. III)	No
7.	Obligación de expresar las consideraciones y los fundamentos.	Sí (art. 74, frac. IV)	Sí (art. 77, frac. II)
8.	Obligación de establecer los efectos de la sentencia.	Sí (art. 74, frac. V)	No
9.	Obligación de expresar los puntos resolutivos.	Sí (art. 74, frac. VI)	Sí (art. 77, frac. III)
10.	Definición de los efectos.	Sí (art. 77, frac. I y II)	Sí (art. 80)

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

Núm.	Elementos normativos	Ley de vigente	Ley abrogada
11.	Obligación de precisar los efectos.	Sí (art. 77, frac. II)	No
12.	Obligación de multar al quejoso por retrasar deliberadamente la resolución.	No	Sí (art. 81)
13.	Obligación de determinar si la norma general, en su caso, es o no constitucional.	Sí (art. 78)	No
14.	Obligación de extender la invalidez de una norma a otras disposiciones cuya validez dependa de ella.	Sí (art. 78, párr. segundo)	No
15.	Obligación de establecer reparaciones adicionales.	Sí (art. 78, párr. tercero)	No
16.	Obligación de suplir la deficiencia de conceptos de violación y agravios.	Sí (art. 79)	Sí (arts. 76 bis y 227)

FUENTE: *Elaboración propia.*

En los números 8, 10, 11, 14 y 15 se encuentran las diferencias más relevantes entre una y otra ley en cuanto a los efectos de la sentencia, excepto por lo que hace a la definición de estos (núm. 10), que sigue siendo la misma, muy limitada y formal: en actos positivos, “restituir al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación”, y para actos negativos, “obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija” (art. 77).

Así, en relación con los efectos, considero que varios operadores jurídicos en la Suprema Corte siguen redactando las sentencias con la laxitud de la ley abrogada, como consecuencia de la inercia del pasado y de la consabida mala práctica de utilizar

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

el “machote”, es decir, tomar una sentencia aprobada con anterioridad como base para sustituir los datos del nuevo caso. Por lo demás, sigue siendo frecuente encontrar una desconexión entre los puntos resolutivos y las consideraciones y fundamentos del fallo, por no mencionar graves incongruencias.

b) El exceso regulatorio en el mecanismo de cumplimiento de las sentencias

Por lo que respecta a la segunda parte de la cláusula sancionadora, relativa a las sanciones y consecuencias jurídicas en general (núm. 11), es posible afirmar con toda propiedad que la misma brilla por su ausencia, al menos por lo que respecta a las sentencias de la Suprema Corte. También para esto existe, según creo, una explicación.

La Ley de Amparo vigente —de la misma forma que la ley abrogada— dispone de varios y sofisticados procedimientos dirigidos a forzar el cumplimiento de las sentencias que suelen ser sumamente complicados, tardados y, sobre todo, independientes del fallo reparador, dado que se trata de una vía incidental.

En efecto, el título tercero, capítulo I, denominado “Cumplimiento e Inejecución”, de la referida ley establece, entre otras medidas: la notificación a la autoridad, el requerimiento, el plazo de tres días para el cumplimiento y el apercibimiento de que la autoridad responsable podría quedar separada de su puesto y ser consignada ante el ministerio público (art. 192); el inicio del procedimiento de incumplimiento, que incluye la valoración misma del cumplimiento, la determinación del posible retraso justificado, la formación de un expediente especial y la remisión del mismo a la Suprema Corte con un proyecto de destitución del funcionario responsable (art. 193); la responsabilidad del superior jerárquico (art. 194); la determinación de si existe un cumplimiento extemporáneo y la responsabilidad correspondiente (art. 195); la valoración de si el cumplimiento ha sido defectuoso o excesivo (art. 196) y, finalmente, el procedimiento que se sigue para desahogar y resolver el incidente de inejecución de sentencia ante la SCJN, que incluye nuevas notificaciones, plazos, apercibimientos y valoraciones sobre la justificación o no del incumplimiento y que, como se dijo, podría terminar en la destitución y consignación del funcionario.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

Así, dado que el procedimiento de sanciones por incumplimiento es tan farragoso, en las sentencias reparadoras de derechos no suelen expresarse como advertencia la serie de posibles consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento.

c) El (complejo) concepto de reparación

Para los propósitos perseguidos en este trabajo, conviene preguntarnos también por el “tamaño” o la “profundidad” de la cláusula sancionadora, lo cual está directamente relacionado con el concepto de reparación. Las preguntas que conviene plantear, según creo, son las siguientes: ¿cuál debe ser el tamaño o alcance de la reparación? ¿cuál debe ser el parámetro a seguir, especialmente a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de 10 de junio de 2011?

En el seno de la Suprema Corte de Justicia se ha desatado una polémica sobre estas cuestiones. Todo comenzó cuando, de forma más o menos inadvertida, algunos ministros empezaron a introducir en sus sentencias algunos efectos reparadores, superando la concepción clásica de las reparaciones por la vía del juicio de amparo, que se reducía a entender las reparaciones como el “restablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes de la violación” o a “obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija”.

En esas primeras sentencias se notó la impronta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuya rica y progresiva doctrina en materia de reparaciones integrales ha impactado tanto en la academia como en varias cortes constitucionales de la región, sin que México sea la excepción. Como se sabe, en un principio, el referido tribunal internacional interpretó el párrafo primero del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el sentido de considerar como reparaciones solamente medidas pecuniarias como la indemnización o el pago de gastos y costas. Posteriormente, el catálogo se fue ampliando hasta llegar a cuatro categorías de reparaciones no pecuniarias, a saber: restitución del derecho violado; satisfacción (reparación de daños inmateriales); rehabilitación (resarcimiento de las secuelas que produjo la violación de derechos), y garantías de no repetición (medidas

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

administrativas, legislativas o judiciales para prevenir que en el futuro ocurran violaciones similares).

Pues bien, volviendo a México, existe un caso que generó una interesante polémica y que fue resuelto en la Primera Sala de la SCJN (AR 706/2015, de 1 de junio de 2016, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar) en el que se llevó a cabo un análisis de la jurisprudencia interamericana en materia de reparaciones, en relación con el juicio de amparo. En torno a esta sentencia podemos ubicar tres criterios distintos sostenidos por tres ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, como ponente, se decantó por un criterio más bien restrictivo de reparaciones vía juicio de amparo y apartado de los criterios interamericanos; Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, por el contrario, optó por un modelo más cercano a los parámetros impuestos por el Tribunal de Costa Rica y, finalmente, José Ramón Cossío Díaz mantuvo una postura intermedia, según la cual no puede mantenerse un concepto tan restrictivo como el del juicio de amparo tradicional, ni tampoco uno idéntico al de la Corte Interamericana.

En el asunto se resolvió un recurso de revisión interpuesto por dos mujeres contra la sentencia de un juez de distrito, que les había concedido el amparo en contra de la negativa del Registro Civil del Estado de Chihuahua de unirles legalmente en matrimonio. Entre otros agravios, las recurrentes expresaron que en la sentencia recurrida no se había aplicado la doctrina de la Corte IDH en materia de reparaciones. De acuerdo con la sentencia de la Corte mexicana, la pregunta que debía resolverse era “[...] si los jueces de amparo pueden decretar medidas que vayan más allá de la *restitución* del quejoso en el derecho violado, como indemnizaciones, medidas de satisfacción o garantías de no repetición” (cursivas añadidas, p. 40). La respuesta contenida en la resolución fue negativa, sobre la base de que “[...] las violaciones a derechos humanos que conocen los tribunales del Poder Judicial de la Federación con motivo de juicios de amparo en términos generales no guardan ninguna similitud con los casos analizados por la Corte Interamericana”. Específicamente, la sentencia remarca estas diferencias en las siguientes razones:

- a) “[L]a *compensación económica* es una medida de reparación subsidiaria que en el juicio de amparo solo puede decretarse

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

- en el marco del incidente de cumplimiento sustituto una vez que se ha establecido la ‘imposibilidad’ de restituir el derecho violado” (cursivas añadidas, p. 60).
- b) “[N]o existe ninguna disposición en la Ley de Amparo que permita a los jueces [...] decretar *medidas de satisfacción* como disculpas públicas a cargo de las autoridades responsables, la publicación de las sentencias de amparo, la celebración de actos públicos en los que se reconozca la responsabilidad de las autoridades, la realización de medidas o actos en conmemoración de las víctimas, la realización de obras de infraestructura con efecto comunitario o monumentos, etc.” (p. 61).
- c) “[T]ampoco existe ningún fundamento legal para que los jueces de amparo puedan decretar *garantías de no repetición* similares a las que se encuentran en la doctrina interamericana, tales la orden de realizar reformas legislativas o constitucionales, tipificar de delitos o su adecuación a estándares internacionales, adoptar medidas administrativas como el establecimiento de programas de formación y/o capacitación de funcionarios, campañas de concientización y sensibilización dirigidas al público en general, elaboración de políticas públicas, etc.” (p. 61).

Con todo, en la sentencia se afirma que algunos mecanismos que sí contempla la Ley de Amparo podrían ser “reinterpretados” para cumplir los fines de las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, a saber: la obligación de los jueces de dar vista a las autoridades competentes si advierten hechos delictuosos; las responsabilidades administrativas y penales de los servidores públicos en caso de incumplimiento de las sentencias de amparo; la desaplicación de una norma inconstitucional en el futuro, y una eventual declaratoria general de inconstitucionalidad.

Por su parte, el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, al emitir un voto concurrente, contradujo el argumento de la diferencia entre los casos de la Corte Interamericana y los de la mexicana, con un alud de casos resueltos por esta última que son similares a los resueltos por la primera. Asimismo, negó que los asuntos conocidos por la Corte IDH se limitaran a violaciones graves, sistemáticas o contextuales, así como que los tribunales constitucionales locales no conocieran de tales asuntos. El voto termina con una contundente manifestación en el sentido de que el juicio de amparo sí puede (y, sobre todo, debe) ser visto como

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

el medio adecuado para otorgar medidas de reparación diversas a la restitución de los hechos al estado anterior a la violación, pues solo de esta forma el amparo puede ser calificado como “recurso efectivo”, que por lo demás es acorde con el espíritu de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011.²²

El ministro Cossío planteó en su voto concurrente que no compartía el criterio adoptado por la mayoría de la Sala, según el cual, las reparaciones en el juicio de amparo deberían restringirse a la mera restitución, porque con ello se cierra a los jueces de amparo la posibilidad de ordenar reparaciones más amplias de conformidad con los fines que persiguen tanto la nueva Ley de Amparo como la propia Constitución federal. De acuerdo con esta nueva realidad, los jueces constitucionales —señala el ministro— han dejado de ser meros legisladores negativos y cuentan ahora con atribuciones propias de un auténtico tribunal constitucional, encargado de la más amplia protección de la Constitución y, por ende, de los derechos humanos en el marco de sus competencias. Además, le preocupa el tono de confrontación de la sentencia con el lenguaje interamericano, cuando lo más importante para él es determinar el núcleo y los alcances del derecho a la *reparación integral* en cada caso concreto y, para los jueces federales, siempre en el marco de la legislación de amparo.²³

Hasta aquí las voces discordantes de la Primera Sala de la Suprema Corte, derivadas del AR 706/2015, sobre el concepto y alcance de las reparaciones. La conclusión que podemos obtener del caso es que, como sucede siempre que se interpreta un grupo de disposiciones jurídicas, el desacuerdo es una consecuencia casi obvia entre los jueces constitucionales, y en el caso que nos ocupa arroja las siguientes posturas:

- a) *Restrictiva*: las reparaciones a las violaciones de derechos humanos, en México vía juicio de amparo, deben constreñirse a la idea de *restitución*, que abarca, por un lado, el “restablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes de la violación” y, por otro, “obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cum-

²² Voto concurrente del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, AR 706/2015.

²³ Voto concurrente del ministro José Ramón Cossío Díaz, AR 706/2015.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

plir lo que el mismo exija”. De acuerdo con esta postura, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición en la Ley de Amparo son: dar vista a las autoridades sobre hechos delictuosos; fincar responsabilidades de los servidores públicos; inaplicación de normas inconstitucionales, y declaratoria general de inconstitucionalidad.

- b) *Robusta*: la reparación debe ser integral (*restitutio in integrum*), para lo cual es indispensable abarcar cuatro aspectos: i) la restitución (restablecer la situación que existía antes de la violación); ii) la rehabilitación (garantizar la salud de la víctima); iii) la satisfacción (reparar a la víctima con medidas tendentes a la memoria, verdad y justicia), y iv) las garantías de no repetición (asegurar la no repetición de una práctica violatoria, incluyendo ordenar acciones que afectan las instituciones sociales, legales y políticas, así como las políticas públicas).
- c) *Crítica*: la reparación debe tender a la integralidad, sin que ello signifique necesariamente ceñirse de forma irreflexiva a la clasificación propuesta en la jurisprudencia interamericana, a menos que existan buenas razones para ello (p. ej., que deba aplicarse un precedente o que el caso sea tan grave que demande determinadas medidas).

Desde mi punto de vista, es discutible la forma y la clasificación de reparaciones que se elija, pero lo que no entra en el terreno de la duda es el concepto sustantivo de reparación, que no puede no entenderse como integral, a la luz del artículo 1 constitucional y de un concepto verdaderamente normativo —y no simplemente político— de Constitución. Por lo demás, no puede negarse que la legislación mexicana de amparo es restrictiva, pero ello no puede considerarse un obstáculo insalvable para las reparaciones integrales, ya que para mitigar la restricción contamos con el recurso de la interpretación constitucional. Los jueces constitucionales están debidamente habilitados mediante normas que confieren poderes para llevar a cabo esas interpretaciones extensivas, pero, sobre todo, están constitucionalmente obligados a hacerlo.

Puede discutirse la forma. Entiendo que muchos ven con recelo que se use la terminología interamericana (“satisfacción”,

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

“garantías de no repetición”, etc.), pero no se puede soslayar que, ante una precaria legislación nacional, no solo es posible, sino necesario, acudir lícitamente a aquellas fuentes que puedan mejorar el arsenal normativo a fin de cumplir con los fines constitucionales; una estrategia que, por cierto, es y ha sido usada por la Suprema Corte mexicana en innumerables ocasiones.

Por lo anterior, no considero que los jueces que han hecho uso de la doctrina jurisprudencial interamericana hayan extralimitado sus competencias constitucionales, puesto que el artículo 1 constitucional contiene cláusulas habilitantes que les permite perfectamente meter la mano en el saco de la jurisprudencia internacional.

Por otra parte, es importante subrayar que los operadores jurídicos deben atender a las necesidades de cada caso y, en ese sentido, utilizar las fuentes nacionales o internacionales que, con prudencia y asertividad, se estimen necesarias. El tipo de problema que ha de resolverse (su gravedad, el daño causado, los bienes jurídicos afectados, etc.) es el mejor indicador para pensar en el tamaño que tendrá la reparación. Y el buen uso del arbitrio judicial y de la argumentación jurídica serán las mejores herramientas que tendrá a la mano el juez para establecer una buena cláusula sancionatoria en la sentencia. De esta forma pueden evitarse los excesos en el uso de la doctrina interamericana que en modo alguno debe ser vista como una especie de “nuevo derecho natural”.

Desde mi punto de vista, si continuamos con el paralelismo entre sanción y sentencia reparadora podríamos retomar la tesis de John Austin, según la cual, las sanciones tienen un *objeto directo* —la compulsión a la obediencia— y un *objeto indirecto* —el efecto pedagógico dirigido a construir el hábito de obediencia— (supra, apdo. 2). Trasladado al terreno de las sentencias, el objeto directo quedaría ubicado en la cláusula sancionadora de cada resolución, mientras que el indirecto en los precedentes o jurisprudencia obligatoria.

Ya sea con inspiración del Sistema Interamericano o con conceptos originales, lo cierto es que en México necesitamos fortalecer el objeto indirecto de nuestras sentencias reparadoras mediante la construcción inteligente y, sobre todo, coherente de nuestros propios precedentes, tomando en cuenta nuestro contexto histórico, político y social. Ni la cerrazón ni la sacralización

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

del juicio de amparo, por un lado, ni la abyección ante los criterios internacionales, por el otro, pueden ser caminos adecuados para la construcción o el fortalecimiento de un auténtico Estado de derecho.

&&&

Así, la inercia de la legislación anterior y falta de interiorización de los nuevos mandatos de la Ley de Amparo en el tema de reparaciones; la complejidad y sobrerregulación en la materia, y la complejidad intrínseca del concepto de reparación son, como dije, los factores que a mi juicio explican por qué no se da la importancia debida a las cláusulas sancionadoras de las sentencias reparadoras. Tendría que ser materia de otro análisis reflexionar sobre cómo superarlos.

6. LAS PARTICULARIDADES DE LAS SENTENCIAS REPARADORAS DE DERECHOS HUMANOS

Al hacer nuevamente uso del doble enfoque estructural y funcional, es posible afirmar que las sentencias reparadoras de derechos humanos y las sentencias ordinarias comparten una misma estructura: se trata de normas individualizadas —según se precisó en el apartado anterior— y, por ende, es posible distinguir en todas ellas entre una cláusula *directiva* y otra *sancionadora*. En este sentido, las diferencias entre una sentencia ordinaria y una constitucional no son cuestiones cualitativas, sino de tipo institucional.²⁴

Desde el punto de vista funcional, sin embargo, existen importantes diferencias entre uno y otro tipo de sentencias. Ciertamente no es lo mismo una que resuelve un conflicto de carácter privado y contractual (pensemos en una permuta) que una que resuelve un conflicto entre el Estado y un ciudadano, cuando el primero ha violado los principios del debido proceso en agravio del segundo (p. ej., un caso de tortura). En este tipo de sentencias, al “decir el derecho” (jurisdicción), los tribunales “defienden

²⁴ Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en Aguiló Regla, Josep *et al.*, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 168 y 169.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

den la Constitución” (infra, nota 26) o, en otras palabras, hacen evidentes los límites constitucionales y/o convencionales del poder político. Por ello, con este tipo de sentencias (constitucionales, como se les conoce en la teoría) está en juego algo más que el dominio de determinada área de la dogmática: la regularidad constitucional; se juega, en fin, la garantía de los derechos humanos de las personas. Este tipo de sentencias constituyen, pues, el baluarte del Estado de derecho.

En lo que sigue esbozaré cinco características distintivas de las sentencias reparadoras de derechos humanos, algunas de las cuales tienen que ver con la estructura y otras con la función: *a)* tipo de autoridad que las emite; *b)* tipo de problemas que resuelven; *c)* valores en juego; *d)* obligaciones de los jueces derivadas del orden internacional, y *e)* cláusulas sancionadoras específicas.

- a) Tipo de autoridad que las emite.* Esta es una característica de carácter estructural. Las sentencias reparadoras (constitucionales) son generalmente emitidas, por los órganos encargados del control constitucional (cortes supremas con ese tipo de competencias o tribunales constitucionales). Un órgano de este tipo es, por un lado, el intérprete supremo de la Constitución y, por el otro, el facultado para ejercer el poder contramayoritario, es decir, para declarar la inconstitucionalidad de una ley general y eventualmente expulsarla del ordenamiento jurídico, a la manera de un “legislador negativo”, como lo indicó en su momento Hans Kelsen. Estas facultades se justifican por el principio de supremacía constitucional, según el cual, la Constitución es la auténtica *Lex superior* del orden jurídico, por lo que el resto de las fuentes del derecho han de concordar con los contenidos de aquella. Toda vez que la referida concordancia (o “regularidad constitucional”, en palabras de Kelsen) no es una cuestión que venga “dada” —debido a numerosos factores que no me detendré a exponer—, se vuelve necesaria la existencia de un órgano con facultades para llevar a cabo los ajustes necesarios, a fin de preservar la supremacía de la Constitución.
- b) Tipo de problemas que resuelven.* Esta característica está relacionada con el enfoque funcional. En términos argu-

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

mentativos, los problemas que se resuelven en las sentencias reparadoras son problemas de constitucionalidad (en oposición a legalidad). En general, estos problemas se refieren, por un lado, a casos derivados de la interpretación directa de algún artículo de la Constitución (o de algún instrumento internacional de derechos humanos con fuerza normativa que resulte aplicable al caso) y, por el otro, a la contradicción entre una norma general y una norma constitucional (o tratado internacional en materia de derechos humanos aplicable). En este tipo de casos, los materiales jurídicos utilizados pueden ser reglas o principios constitucionales, y el tipo de razonamiento puede variar e incluir, además de la subsunción, la adecuación y la ponderación.²⁵

- c) *Valores en juego*. Esta nota característica también se relaciona con el enfoque funcional. Los problemas que se resuelven en las sentencias reparadoras están relacionados, en general, con lo que se conoce como la “defensa de la Constitución”.²⁶ Esta actividad, según el maestro Fix-

²⁵ La *adecuación* o razonamiento finalista sigue el modelo del razonamiento anterior, con la diferencia de que la primera premisa no es una norma de acción, sino de fin. El esquema sería el siguiente: 1. *En las circunstancias X, es obligatorio procurar alcanzar F*. 2. *Si no se realiza la acción M, no se alcanzará F*. 3. *En este caso concreto se dan las circunstancias X*. Por tanto, 4. *Es obligatorio realizar la acción M*. La *ponderación* es la forma argumental diseñada para aplicar los principios y así resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos cuando juegan en sentido contrario. El esquema es: “En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 —que tienen condiciones de aplicación abiertas— establecen exigencias normativas contrapuestas (p. ej., permitido q y prohibido q). En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (p. ej., P2 sobre P1). Por tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido q”. Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 165-171.

²⁶ Como se sabe, Carl Schmitt acuña el concepto “La defensa de la Constitución”, en la obra *Der Hüter der Verfassung* (“el protector de la Constitución”, según la traducción de Fix-Zamudio), publicada en Alemania en 1931. Existe una traducción castellana de Manuel Sánchez Sarto, con un lúcido prólogo de Pedro de Vega: Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Zamudio, no solo supone la conservación de la normativa constitucional, sino también la prevención de su violación, la represión de su desconocimiento y el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales,²⁷ esto es, la preservación e implementación en la realidad empírica de los valores constitucionales, dentro de los que destacan los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la vida, a la libertad religiosa, a la no discriminación, a la salud, al trabajo o los derechos políticos representan “lo defendible” a cargo de la justicia constitucional.

- d) *Obligaciones de los jueces, derivadas del orden internacional.* Es una característica propia del enfoque estructural. Los jueces no solo tienen la obligación de cumplir con lo dispuesto en las fuentes de carácter doméstico, sino además con el contenido de las fuentes propias del derecho internacional. Esta obligación se deriva de un principio básico respaldado por la jurisprudencia internacional del derecho sobre la responsabilidad del Estado de cumplir el tratado internacional de buena fe, llamado *pacta sunt servanda*.²⁸ Al respecto, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (ratificada por México el 5 de julio de 1974 por el presidente Luis Echeve-

²⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Serie Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 12, 1998, p. 24.

²⁸ Cfr. Corte IDH, OC- 14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva de 9 de diciembre de 1994. Serie A, núm. 14, párr. 35, y *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de septiembre de 2012, cdo. cuarto. Lo anterior ha sido recogido en “Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del Informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr. 1)] 56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr. 1 y 2). Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 59.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

ría Álvarez),²⁹ en su artículo 26 establece que: “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” Por otra parte, el artículo 27 de la misma establece que los Estados no pueden “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”. Así, las obligaciones de los Estados parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.³⁰

- e) *Cláusulas sancionadoras específicas*. Esta característica también es de carácter estructural. Por lo general, las sentencias reparadoras cuentan con un aparato legal dispuesto a forzar el cumplimiento y, a diferencia de las sentencias ordinarias, contienen reglas cuyos destinatarios son los titulares del poder público del Estado: las autoridades responsables. En el caso mexicano, como señalé, la Ley de Amparo establece una rica serie de reglas dirigidas a tal propósito en el “Título Tercero: Cumplimiento y Ejecución” (arts. 192-198). Sin embargo, el procedimiento de cumplimiento en la práctica es, por decir lo menos, engorroso y complicado, ya que se compone de procedimientos específicos que contemplan una serie de comunicados entre las autoridades responsables y los jueces (en diferentes niveles), así como una serie de valoraciones a cargo de estos últimos (supra, apdo. 5, inciso b).

& & &

Las sentencias reparadoras son una condición necesaria, aunque no suficiente, para la manutención o la construcción del Estado de derecho, ya que es una de las vías mediante la que puede garantizarse al menos uno de sus cuatro elementos, según la tesis de

²⁹ Conviene tener presente que la Cámara de Senadores aprobó la Convención de Viena el 29 de diciembre de 1972 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1975.

³⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, *cit.* párr. 59; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999, cdo. cuarto, y *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia, *cit.*, cdo. cuarto.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Elías Díaz: “a) Imperio de la ley [...]; b) División de poderes [...]; c) Fiscalización de la Administración [...]; y d) *Derechos y libertades fundamentales* [y] *garantías jurídicas* (cursivas añadidas).”³¹

¿Qué mejor forma de hacer efectivos los derechos humanos que una sentencia reparadora? Este tipo de sentencias representan la respuesta institucional prevista por la Constitución ante los problemas derivados del ejercicio ilícito del poder en cualquiera de sus dimensiones, a saber: una norma jurídica sustantivamente inválida, un acto administrativo violatorio de derechos humanos, una sentencia ordinaria que altera la regularidad constitucional o, en general, cualquier acto que ponga en entredicho el equilibrio predeterminado por la Constitución mediante las competencias constitucionales. Para decirlo en lenguaje llano, las sentencias reparadoras de derechos humanos suponen el regreso de las aguas a su cauce, con el valor agregado de que se ha hecho justicia.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA COACCIÓN ESTATAL COMO “GARANTÍA DE GARANTÍAS” DE REPARACIÓN

En las páginas anteriores he postulado que las sentencias constitucionales que resuelven conflictos relacionados con la violación de derechos humanos son, como todas las sentencias, normas individualizadas; asimismo que van acompañadas de una *cláusula directiva* que establece el resultado del fallo con un determinado carácter (obligatorio, prohibido o permitido) y de una *cláusula sancionadora* a partir de la cual se detallan, por un lado, las acciones concretas que la autoridad responsable habrá de llevar a cabo para acatar el fallo y, por el otro, las posibles consecuencias en caso de no cumplir con los extremos de lo ordenado.

De igual forma he hecho notar que en la mayoría de las sentencias no se encuentra debidamente desarrollado un capítulo sobre sus efectos, especialmente cuando esos tratan sobre reparaciones a derechos humanos. Las razones que, considero, ex-

³¹ Díaz, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, en AA. VV., *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, Puebla, Editorial Cajica, 2002, vol. 1, p. 222.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

plican tal situación son básicamente las siguientes: a) la infraestructura legal existente que provoca un exceso de formalismo; b) la concepción que se tiene del juicio de amparo como “juicio de garantías”, y c) la concepción misma de “reparación”, que resulta problemática, ya que no hay un acuerdo sobre el alcance de este concepto, de conformidad con el régimen de competencias del juicio de amparo y con los fines de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Por otra parte, justifiqué por qué considero que las sentencias reparadoras son cualitativamente distintas a otro tipo de sentencias, así como el hecho de que las diferencias radican en el tipo de autoridad que las emite; el tipo de problemas que resuelven; los valores en juego; las obligaciones de los jueces —derivadas del orden internacional— y las cláusulas sancionadoras específicas que algunos sistemas jurídicos prevén.

Como corolario, estimo oportuno reflexionar sobre el concepto de *coacción estatal* que, me parece, sufre de cierto sesgo y es soslayado por quienes defienden apasionadamente el discurso de los derechos humanos, entendidos como límites al poder del Estado. No es que no comparta esa concepción de los derechos humanos, pues ciertamente las principales teorías que buscan su fundamentación nacieron históricamente después de criminales excesos en el ejercicio del poder público. Más bien, lo que no comparto es que se incurra en una “falsa oposición” al enfrentar los conceptos “coacción estatal” y “derechos humanos”. En efecto, mi desacuerdo podría ser explicado mediante una de las variantes de la falacia de la falsa oposición: confundir lo opuesto con lo complementario.³² Esto porque del hecho de que los derechos humanos se conciban como instrumentos limitadores de la actuación del poder no se sigue que los mismos se opongan, en sentido fuerte, al poder. Dicho de otro modo: la vocación de los derechos humanos no puede ser la aniquilación del poder, ni viceversa. Ello es así porque los derechos humanos, sin el respaldo del poder estatal (coacción), difícilmente podrían protegerse y/o asegurarse.³³ Entonces, más que enfrentar los conceptos de po-

³² Vaz Ferreira, Carlos, *Lógica viva*, Lima, Palestra, 2016, p. 35.

³³ Los derechos fundamentales (derechos humanos, según nuestra Constitución) son, como se sabe, figuras eminentemente jurídicas, y no solo pretensiones o exigencias morales legítimas. Lo anterior supone que los de-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

der (coacción estatal) y derechos humanos, lo conveniente sería presentarlos como complementarios: los derechos humanos funcionan como límites al ejercicio del poder cuando es arbitrario, pero al mismo tiempo se sirven de él para imponerse frente a la arbitrariedad que intenta cerrarles el paso.

Por lo anterior, considero oportuno traer a colación algunas reflexiones extraídas de la teoría del derecho sobre este interesante concepto de coacción estatal. Como punto de partida tenemos en cuenta que este concepto no siempre ha sido bien enfocado por la teoría del derecho, pues en casos extremos la coacción ha sido considerada como el concepto que centralmente explica la fuente de las obligaciones, mientras que, para otros, nada tiene que ver con ello. En efecto, la coacción estatal ha sido considerada como la nota definitoria de la juridicidad y, por ende, como la fuente de las obligaciones jurídicas (Kelsen es uno de los autores más representativos de esta tendencia)³⁴. Sin embargo, existen posturas que ven a la coacción como algo más bien contingente, como las de Joseph Raz o Neil MacCormick.³⁵

rechos humanos pertenecen a un sistema jurídico fundado, en última instancia, en la aceptación de una norma “jurídicamente última”, que puede traducirse en la kelseniana norma fundamental, o bien en la hartiana regla de reconocimiento. Cfr. Ruiz Manero, Juan, *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Ricardo Guastini*, Lima, Palestra, 2014, pp. 86 y ss. En cualquier caso, todas las normas —entre ellas las de derechos humanos— pertenecientes a un determinado orden jurídico requieren de la coacción estatal para ser efectivamente aplicadas, en caso de que sus destinatarios incurran en la conducta contraria a la prescrita por ellas. La sanción, como hemos visto, es la consecuencia jurídica institucionalizada típica del orden jurídico. Sin esta nota, la obediencia al derecho se dejaría al libre arbitrio del destinatario y, por tanto, no sería jurídicamente obligatoria. La obligatoriedad, entonces, deriva tanto de la aceptación misma del orden jurídico válido, como de la posibilidad real de la sanción.

³⁴ Desde los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911, hasta la póstuma *Teoría general de las normas*, de 1979 (pasando las diferentes ediciones de su célebre *Teoría pura del derecho*), la sanción fue considerada por Kelsen como el elemento definitorio por excelencia de la juridicidad. Cfr. Lara Chagoyán, Roberto, *op. cit.*, p. 135.

³⁵ Véase Atienza, Manuel, “Tres visiones sobre la relación entre el Derecho y la fuerza”, <https://dfddip.ua.es/es/documentos/blog-atienza/tres-visiones-sobre-la-relacion-entre-el-derecho-y-la-fuerza.pdf?noCache=1551785647807>

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

Desde mi punto de vista, ninguno de estos extremos acierta al dimensionar adecuadamente el carácter coactivo del derecho, pues ni es tan central como lo estableció Kelsen, ni tampoco puede sostenerse que no juegue ningún papel en la obligatoriedad de las normas jurídicas. Lo más adecuado, según creo, es no perder de vista que la justificación de la obligatoriedad del derecho implica al mismo tiempo poder y valores jurídicos, *potestas* y *auctoritas*, soberanía y justificación. Para decirlo en palabras de Perfecto Andrés Ibáñez, “[...] el sistema de normas es en sí mismo ambiguo —tiene algo de garantía de espacios frente al poder, pero es fundamental instrumento de poder—, este ahora acude *al derecho* para evadirse del derecho”.³⁶

De vuelta a nuestras sentencias reparadoras, es posible sostener que así como en las normas (y en los sistemas jurídicos) la coacción es una condición necesaria, aunque no suficiente, en las sentencias reparadoras también lo es. Si lo que un Estado de derecho “desea” es, en el sentido adecuado, alcanzar la justicia del caso concreto mediante la aplicación del orden jurídico vigente, entonces no puede prescindir del aparato coactivo. Cuando hablamos de sentencias reparadoras de derechos humanos nos colocamos en ese territorio intermedio entre la coacción y la justicia, sin que podamos arrinconarnos en ninguno de los dos extremos. De ahí se sigue que las cláusulas sancionatorias de dichas sentencias deban ser tomadas en cuenta (esto es, debidamente destacadas, explicitadas y clarificadas) por los operadores jurídicos, no solo por razones estructurales (que permiten consolidar la sentencia reparadora como una auténtica norma jurídica individualizada) sino también funcionales (que posibilitarán el doble efecto de una sanción: la compulsión a la obediencia y el efecto pedagógico).

En este sentido, podemos construir el siguiente argumento como cierre: si las reparaciones son una garantía para el cumplimiento de las obligaciones estatales correlativas a los derechos humanos violados en un caso concreto, y si la coacción estatal garantiza las reparaciones, entonces la coacción estatal es *la* garantía de esas garantías.

³⁶ Andrés Ibáñez, Perfecto, “El Estado y las bandas de ladrones”, *El País*, 15 de julio de 1988, https://elpais.com/diario/1988/07/15/espana/584920803_850215.html

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho*, Barcelona, Ariel, 2000.
- , “Fuentes del derecho y normas de origen judicial”, *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, núm. 3, 2009.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- , “Argumentación y Constitución”, en AGUILÓ Regla, Josep *et al.*, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007.
- , “Tres visiones sobre la relación entre el Derecho y la fuerza”, <https://dfddip.ua.es/es/documentos/blog-atienza/tres-visiones-sobre-la-relacion-entre-el-derecho-y-la-fuerza.pdf?noCache=1551785647807>
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, edición de Wilfrid E. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- , *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, compendio de la edición de Robert Campbell, edición original de John Murray, Londres, 1913, Michigan, Scholarly Press, 1977.
- BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General*, edición de H.L.A. Hart, Londres, Universidad de Londres-The Anthole Press, 1970.
- BOBBIO, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Análisi e Diritto, Turín, Giappichelli, 1994.
- , *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991.
- , “Hacia una teoría funcional del derecho”, trad. de Genaro R. Carrió, en AA.VV., *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- BUSTAMANTE, Thomas, “La creación del derecho por la jurisprudencia: notas sobre la aplicación del derecho y la epistemología en la teoría pura del derecho”, en A.A. V.V., *Hans Kelsen. Una teoría pura del derecho*, Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.

Las sentencias reparadoras de derechos humanos como sanciones

- DÍAZ, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, en AA. VV., *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, Puebla, Editorial Cajica, 2002, vol. 1.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Serie Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 12, 1998.
- HART, H.L.A, *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Ediciones Peña Hermanos, 2001.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, México, Fontamara, 2004.
- QUINTANA OSUNA, Karla I., “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano”, en AA. VV., *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día? Estudios del desarrollo interpretativo de los derechos*, México, SCJN, 2016.
- RUIZ MANERO, Juan, *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Ricardo Guastini*, Lima, Palestra, 2014.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- VAZ FERREIRA, Carlos, *Lógica viva*, Lima, Palestra, 2016.

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

1. INTRODUCCIÓN

El 18 de marzo de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) decidió ordenar la libertad inmediata de Alfonso Martín del Campo Dodd, quien había permanecido en prisión durante 23 años acusado de haber cometido un doble homicidio, mediante una confesión obtenida por tortura como única prueba (AR 631/2013). En esa sesión se determinó que uno de los ministros (magistrados) se hiciera cargo del “engrose”, el cual se publicó hasta el 9 de febrero de 2016, es decir, casi 11 meses después. En la Corte mexicana llamamos *engrose* al escrito final de una sentencia que se emite luego de haberse decidido el caso en una sesión pública, mediante la deliberación correspondiente, a partir de un proyecto inicial a cargo del ministro ponente.¹ El proyecto original y el engrose pocas veces coinciden, y los ministros que suscriben tales documentos tampoco suelen ser los mismos. Ello no tendría nada de particular si entre estas tres acciones (proyectar, decidir y engrosar) existiera una línea coherente en la que los posibles cambios reflejaran los avances en la decisión.

¹ El engrose, por lo regular, es el proyecto inicial modificado que acoge las sugerencias surgidas en la discusión que se lleva a cabo el día de la sesión; sin embargo, existen casos en los que prácticamente se elabora un nuevo documento a partir de lo acordado por los ministros.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

En este caso en particular, se discutió un primer proyecto a cargo del ministro José Ramón Cossío Díaz el 2 de julio de 2014, en el cual se proponía conceder el amparo “liso y llano”² al quejoso, con lo cual se habría ordenado su libertad inmediata; sin embargo, el proyecto fue desechado, esencialmente porque la mayoría de los ministros consideró que no convenía “comprometer el criterio”³ de la Sala con relación a la obligatoriedad de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en los cuales se tenía por probada la tortura. Conviene aclarar que la obligatoriedad de esos informes era uno de los temas planteados en el recurso de revisión que la Corte resolvió, esto es, se trataba de un tema cuya resolución no era optativa sino obligatoria.

Siete meses después, el 18 de marzo de 2015, se presentó un segundo proyecto de resolución a cargo del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo a quien, por cuestión de turno, le había correspondido tal encomienda. Esta vez el proyecto no tomó en cuenta los informes de la CIDH y propuso conceder el amparo “para efectos”, es decir, propuso emitir una orden al tribunal de segunda instancia (autoridad responsable) para que analizara algunas pruebas ofrecidas por el quejoso. No obstante, la propuesta no convenció al resto de los integrantes de la Sala por razones de las que luego me ocuparé. Lo cierto es que consideraron que con esa resolución era improbable que el quejoso obtuviera su libertad.

El dilema continuaba en el aire. Sin embargo, habiendo analizado pormenorizadamente todo el expediente de reconocimiento de inocencia y también la causa penal, la mayoría de los ministros quedó convencida de que no había duda alguna de que Alfonso Martín del Campo había sido torturado y que el amparo debía concederse de manera lisa y llana, es decir, como lo había propuesto el ministro José Ramón Cossío Díaz en el primer proyecto, pero sin atender los informes de la CIDH. De este modo, se determinó que el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena quedara

² “Liso y llano” en la jerga judicial significa que el amparo se concede de manera inmediata o directa, sin que tenga que regresar el expediente a la autoridad responsable para que dicte otra resolución en la que cumpla con lo ordenado por el tribunal de amparo. Lo contrario es el “amparo para efectos”.

³ Esta frase se utiliza normalmente para defender una postura silenciosa de la Suprema Corte ante un determinado problema.

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

como encargado de la redacción del engrose y que se ordenara la inmediata libertad de Alfonso Martín del Campo Dodd. Este acuerdo permitió que el caso fuera “decidido” ese 18 de marzo de 2015. Pero lo que la mayoría no acordó fue qué vía o vías argumentativas debían seguirse para alcanzar esa decisión.

En este capítulo haré una crítica al modelo de toma de decisiones en México a partir del caso. Busco responder a la pregunta sobre cuál es el valor de un proyecto de resolución a cargo de una de las ponencias y cuál el de los llamados “engroses”. Desde mi punto de vista, si la Corte decide un caso mediante la deliberación sin considerar *necesariamente* el proyecto y después elabora un engrose sin tomar en cuenta *necesariamente* la decisión, entonces tenemos un problema.

Por lo demás, el caso elegido es uno de los más controvertidos en los últimos años en México, puesto que versa sobre tortura. Dicha práctica es un fenómeno cultural asociado a la administración y procuración de justicia que, por desgracia, desde hace mucho tiempo forma parte del quehacer cotidiano de las autoridades dedicadas a la investigación de los delitos y a la seguridad pública. Pero además, este caso en particular, tiene aristas que lo distinguen de otros casos en la materia, por varias razones:

1. se trata de un asunto relacionado con el homicidio de una pareja, en su propio domicilio, con utensilios de cocina y que, aparentemente, había sido perpetrado por un miembro de la familia: Alfonso Martín del Campo Dodd, hermano de la mujer asesinada (así fue difundido por la autoridad y por los medios de comunicación);
2. la única prueba —como adelanté— que se utilizó para fincar su responsabilidad penal fue una confesión (así lo aceptó el tribunal de segunda instancia);
3. esa confesión fue obtenida —como se comprobó después— mediante el empleo de la tortura;
4. una vez que el caso fue cerrado en México por haberse agotado las instancias jurisdiccionales internas, incluyendo el amparo, se abrió un litigio internacional que debido a circunstancias de competencia temporal no pudo ser resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —los hechos ocurrieron en 1992 y México reconoció la competencia contenciosa de ese organismo hasta 1998—, aunque fue atendido con importantes resultados en la CIDH;

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

5. el caso despertó el interés en el ámbito legislativo del entonces Distrito Federal y del Senado de la República, lo que se tradujo en importantes reformas legales y pronunciamientos políticos;
6. el caso, el litigio y la resolución final estimularon el interés en la academia y la sociedad en general;
7. el caso ha servido como acicate para despertar la polémica en torno al binomio tortura-impunidad, y
8. a la hora de resolver de manera definitiva el problema, la SCJN evadió de forma deliberada una de las cuestiones centrales: la pregunta por la obligatoriedad de los informes de la CIDH.

Este último punto es particularmente delicado, pues a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, el constituyente permanente estableció un mandato según el cual ninguna autoridad podrá desconocer el papel de los instrumentos internacionales en la materia en la resolución de los conflictos sociales y menos que nadie, la Suprema Corte. ¿Qué razones están detrás de esta omisión? ¿Qué sucede en el seno de un Tribunal Constitucional cuando va a resolver un asunto de este tipo?

Procederé de la siguiente forma: en primer lugar narraré la historia del caso (2.); posteriormente distinguiré entre la decisión y el engrose (3.); más adelante exploraré las razones “políticas” que, a mi juicio, están detrás del silencio de la Corte con relación a la obligatoriedad de los informes de la CIDH (4.); enseguida diré por qué y de qué manera pudieron haberse tomado en cuenta tales informes (5.) y, finalmente, presentaré algunas conclusiones (6.).

2. LOS HECHOS DEL CASO Y LA SECUELA PROCESAL

Existen dos versiones de los hechos, como suele ocurrir en todos los asuntos criminales. La del ministerio público es la siguiente: Alfonso Martín del Campo Dodd confesó que asesinó a su hermana y a su cuñado de “forma despiadada”, utilizando guantes de plástico y utensilios de cocina, y que perpetró el ataque mientras estaban dormidos. El ataque habría derivado de una discusión sostenida horas antes entre las víctimas y el victimario por cuestiones de dinero. En la confesión se detalla que Alfonso Martín del Campo huyó a bordo del coche de su cuñado, que se dirigió hacia Cuernavaca, pero que tuvo un accidente en la carretera y regresó a la ciudad de

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

México, donde acudió a la oficina de la entonces Policía Federal de Caminos para informar falsamente que había sido secuestrado en su domicilio por dos personas, y que necesitaba comunicarse con su familia para asegurarse que se encontraban a salvo.

La segunda versión es la de Alfonso Martín del Campo, quien sostuvo que la confesión que firmó, y que fue la única prueba en la que se basó todo el juicio, fue arrancada mediante actos de tortura a cargo de oficiales de la policía judicial. Aseguró que lo que en realidad sucedió el 29 de mayo de 1992 fue lo siguiente: aproximadamente a las 22:30 horas llegó a su domicilio y se dirigió a su habitación, donde poco tiempo después se quedó dormido sin percatarse de la hora a la que llegaron sus familiares. Horas más tarde despertó al oír los gritos de su hermana que lo llamaba, por lo que de inmediato se levantó de la cama y se dirigió hacia donde ella se encontraba. Al abrir la puerta de su habitación se percató de la presencia de un sujeto que tenía la cabeza cubierta por una media, quien, al verlo, se lanzó hacia él, comenzó a golpearlo y lo obligó violentamente a recostarse sobre su cama. Una segunda persona entró a su habitación portando un cuchillo en la mano derecha y entre los dos continuaron golpeándolo. Momentos después lo amordazaron con un pedazo de toalla, lo subieron al maletero del automóvil de su cuñado y condujeron por varios minutos. De pronto escuchó un fuerte golpe y sintió que el vehículo se había detenido. Una vez que se las arregló para abrir la cajuela del coche y, después de pedir auxilio sin resultado alguno, caminó por la carretera hasta que logró encontrar un camión que lo llevó hasta la caseta de cobro, donde llamó a la policía para decirles que lo habían secuestrado. Finalmente, afirmó que durante la diligencia de reconstrucción de los hechos, los agentes de la entonces policía judicial lo corrigieron todo el tiempo y, mediante amenazas, lo obligaron a decir lo que ellos quisieron.

La versión que se tomó en cuenta en el proceso judicial fue la de la autoridad. Así, en la sentencia de primera instancia, dictada el 28 de mayo de 1993, el juez determinó que Alfonso Martín del Campo Dodd era responsable del doble homicidio calificado, por lo que le impuso una pena de 50 años de prisión.⁴

⁴ La sentencia fue dictada por el Juzgado Quincuagésimo Quinto Penal en el Distrito Federal en la causa penal 57/1992.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

El 17 de agosto de 1993, la segunda instancia confirmó la decisión.⁵

En febrero de 1994, luego de una denuncia a cargo de la defensa del sentenciado, la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal formó el procedimiento administrativo de responsabilidad número QC/0011/FEB-94, mediante el que se determinó que el señor Sotero Galván Gutiérrez, agente de la Policía Judicial del Distrito Federal, era administrativamente responsable por la detención arbitraria, incomunicación y tortura en contra de Alfonso Martín del Campo Dodd. Este procedimiento administrativo; sin embargo, no tuvo ninguna injerencia en el juicio; sería hasta 1999 cuando el interesado ofrecería esta resolución como prueba en un primer reconocimiento de inocencia.

Volviendo a la determinación de la segunda instancia, el sentenciado promovió un juicio de amparo directo contra la misma, que fue resuelto por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el 2 de diciembre de 1997, en el sentido de negar el amparo.⁶ Esta determinación fue recurrida por el quejoso ante la Primera Sala de la SCJN, la cual desechó el recurso por improcedente, el 9 de febrero de 1998, al considerar que no existía planteamiento de constitucionalidad.

Tendrían que transcurrir 13 años⁷ para que el caso volviera a la SCJN. La vía fue un segundo incidente de reconocimiento de inocencia (RI-5/2010) que fue resuelto por la Séptima Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el 25 de octubre de 2011, en sentido igualmente desfavorable para Alfonso Martín del Campo.⁸ Esta resolución fue utilizada como

⁵ El recurso de apelación interpuesto por el sentenciado fue resuelto por la Octava Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

⁶ Se trata del juicio de amparo directo número 2004/97-475.

⁷ El caso siguió durante todo ese tiempo otros caminos derivados, precisamente, de la forma en la que Martín del Campo había sido condenado: litigio internacional ante el SIDH, recomendaciones de organismos de derechos humanos, intervenciones procedentes del ámbito legislativo, entre otras.

⁸ Anteriormente, Alfonso Martín del Campo había intentado un primer reconocimiento de inocencia: el RI-1/99, resuelto por la Décima Séptima Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el 29 de abril de 1999 en forma adversa, aun cuando había presentado como prueba la men-

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

acto reclamado de un juicio de amparo (exp. 1183/2011), que fue resuelto por el juez sexto de distrito de amparo en materia penal en el Distrito Federal, el 30 de abril de 2013, en el sentido de conceder el amparo, por falta de motivación, para el efecto de que se volviera a dictar el reconocimiento de inocencia.⁹

A pesar de ese resultado, tanto el quejoso (en un recurso principal y otro adhesivo) como el ministerio público impugnaron la sentencia. El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito integró el expediente 109/2013 para resolver todos los recursos; pero sería la Primera Sala de la SCJN quien terminaría haciéndolo vía el ejercicio de la facultad de atracción (SEFA-189/2013), mediante la intercesión del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Como adelanté, la Primera Sala de la SCJN resolvió el caso en la sesión celebrada el 18 de marzo de 2015 mediante una sentencia que concedió el amparo y, por ende, la libertad inmediata del quejoso. El engrose se cerró hasta el 9 de febrero de 2016 y se publicó al día siguiente, casi 11 meses después.

A continuación se presentan dos esquemas: el primero contiene las principales etapas procesales por las que atravesó el caso (cuadro 1). En la primera columna se nombra la etapa correspondiente, en la segunda su contenido y en la tercera una línea de tiempo con el nombre de la autoridad que emitió el acto. El segundo esquema (cuadro 2) representa las etapas procesales posteriores al cierre del procedimiento ordinario y al correspondiente juicio de amparo, con las mismas variables: nombre, contenido, línea de tiempo y autoridades. El propósito de dividir en dos grandes partes el esquema es mostrar que lo que sucedió en la segunda parte del proceso es lo que se relaciona con las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y que, por tanto, la Corte habría podido resolver el caso sencillamente, atendiendo al reconocimiento de inocencia sin necesidad de complicar más la resolución.

cionada resolución del procedimiento administrativo de responsabilidad número QC/0011/FEB-94, en el que se determinó que el policía judicial Sotero Galván Gutiérrez era administrativamente responsable por la detención arbitraria, incomunicación y tortura del señor Martín del Campo.

⁹ Cuaderno del juicio de amparo 1183/2011, pp. 971-991.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

CUADRO 1. *Principales etapas procesales del caso.*

<i>Etapas</i>	<i>Contenido</i>	<i>Línea del tiempo</i>
Hechos:	Hechos violentos en el domicilio, huida y captura del presunto responsable.	29 de mayo de 1992.
Investigación:	Confiesa (bajo tortura) como única prueba.	
Causa penal:	Calificación normativa de los hechos: doble homicidio; responsable: Alfonso Martín del Campo Dodd. Condena: 50 años de prisión.	Juzgado Quincuagésimo Quinto Penal. D.F. Causa penal 57/1992. Sentencia 28 de mayo de 1993.
Segunda instancia:	Recurso de apelación: confirmación de la sentencia de primera instancia: se afirma que la confesión es la única prueba en la que se basa la condena.	Octava Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del D.F. Sentencia: 17 de agosto de 1993.
Primer juicio de amparo:	Primer juicio de amparo directo: se revisa la constitucionalidad de la sentencia de segunda instancia, y se niega el amparo.	Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Sentencia: 2 de diciembre de 1997. Expediente 2004/97-475.
Recurso de revisión:	Se revisa la procedencia y se determina que el recurso no procede porque no existe un planteamiento de constitucionalidad.	Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia: 19 de febrero de 1998.

Fin del proceso ordinario interno

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

CUADRO 2. *Etapas posteriores al cierre del procedimiento ordinario y juicio de amparo.*

<i>Etapas</i>	<i>Contenido</i>	<i>Línea del tiempo</i>
Primer incidente de reconocimiento de inocencia	Se presentó como prueba el expediente QC/0011/FEB-94, por la cual se determinó que el señor Sotero Galván Gutiérrez, agente de la entonces Policía Judicial del Distrito Federal, era administrativamente responsable por la detención arbitraria, incomunicación y tortura en su contra.	RI-1/99. Décima Séptima Sala Penal del TSJDF. 29 de abril de 1999.
Segundo incidente de reconocimiento de inocencia	Se presentó como prueba el expediente QC/0011/FEB-94, por la cual se determinó que el señor Sotero Galván Gutiérrez, agente de la entonces Policía Judicial del Distrito Federal, era administrativamente responsable por la detención arbitraria, incomunicación y tortura en su contra.	RI-5/2010. Séptima Sala Penal del TSJDF. 25 de octubre de 2011.
Juicio de amparo	Se concede el juicio de amparo, pero para efectos.	Amparo indirecto 1183/2011. Juez Sexto de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal, el 30 de abril de 2013.
Recurso de Revisión:	Se admite el recurso pero no es resuelto por el Tribunal colegiado.	AR-109/2013, 4º Tribunal Colegiado en Material Penal del 1er. Circuito
Facultad de atracción:	Se determina atraer el recurso.	SEFA 189/2013. 1a. Sala SCJN Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
Sentencia final (engrose);	Se concede el amparo liso y llano, que se traduce en la libertad inmediata de Alfonso Martín del Campo Dodd.	AR-631/2013, 18 de marzo de 2015, 1a. Sala SCJN Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

3. DECISIÓN ACTO Y DECISIÓN DOCUMENTO

3.1. La decisión-acto

En este caso —como en muchos otros— primero se toma la decisión colegiada y posteriormente se busca su justificación mediante un proceso de argumentación que satisfaga, en primer lugar, a quienes la tomaron y, en segundo lugar, al resto del mundo. Así, es posible distinguir entre la decisión-acto y la decisión-documento. La primera constituye un acuerdo (algunas veces de tipo político), donde la retórica y la dialéctica determinan el resultado, mientras que la segunda es un proceso de justificación en el que la lógica deductiva juega un papel fundamental, aunque no decisivo. Sin embargo, ambas acciones se encuentran estrechamente vinculadas porque la primera determina la segunda, lo cual no tiene nada de particular. El problema viene cuando la decisión del caso implica la evasión de una cuestión políticamente controvertida —como el no pronunciarse por la obligatoriedad de un informe de la CIDH— que constituye uno de los cuestionamientos centrales de una de las partes. Cuando esto sucede, la elaboración de la sentencia suele ser más difícil, porque se hace necesario maquillar esa omisión mediante procesos argumentativos dirigidos a justificar o validar la omisión. Una vez que emitido el engrose es posible develar el maquillaje porque el proceso argumentativo permite entrever algunas huellas de la omisión.

¿Qué y cómo se decidió el caso en la Primera Sala? Como señalé, la primera discusión se llevó a cabo el 2 de julio de 2014, a partir de un proyecto de resolución presentado por el ministro José Ramón Cossío Díaz, en el que se proponía conceder el amparo liso y llano, tomando en cuenta el valor probatorio y normativo de los informes 33/09 y 117/09 de la CIDH. La propuesta se traducían en la libertad inmediata de Alfonso Martín del Campo y agotaba completamente todos los temas planteados en el recurso. Ese día, sin embargo, no solo se desechó el proyecto de resolución, sino que también se tomó conciencia de la envergadura del problema y se plantearon los extremos y los riesgos del mismo. Se trataba de un verdadero dilema: o se daba algún tipo de valor a los informes de la CIDH o se buscaban pruebas de la tortura en el expediente.

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

En el primer caso se presentaba la “desventaja” de dar valor a los informes de fondo de la Comisión, lo que supondría que en casos futuros tendría que otorgárseles ese mismo valor; en el segundo caso, es decir, si se buscaban pruebas de la tortura, la Corte se enfrentaba ante el problema de no encontrar pruebas “fehacientes” de la misma,¹⁰ tal y como se había concluido ya por la primera y segunda instancia y por los tribunales de amparo cuando resolvieron el doble homicidio. Pero los ministros ya no estaban ante el caso de homicidio, sino ante un incidente de reconocimiento de inocencia; más concretamente, un amparo concedido para efectos y dos recursos de revisión (uno del quejoso y otro del ministerio público) que, por distintas razones, cuestionaban esa concesión de amparo (el primero buscaba un amparo liso y llano, mientras que el segundo pedía que se negara). Consecuentemente, la Corte tenía que decidirse por alguna de estas dos alternativas y hacerse cargo de las consecuencias. Los ministros se decantaron por buscar pruebas de tortura en la causa penal.

En este punto conviene preguntarnos: ¿la Corte iba a buscar pruebas de tortura en un caso en el que los tribunales del entonces Distrito Federal y de la Federación en su momento concluyeron que Alfonso Martín del Campo era responsable del homicidio? ¿Encontrar pruebas de tortura en donde nunca se admitió siquiera la posibilidad de consignar a los policías acusados de llevarla a cabo? ¿Pruebas de tortura ante un caso cerrado en el que la propia Corte había intervenido confirmando las determinaciones judi-

¹⁰ Hasta ese momento, el único medio de prueba de la tortura legalmente admisible habría sido una sentencia en la que se condenara a alguien por la comisión de ese delito; no fue sino hasta el 6 de noviembre de 2013, que la Primera Sala de la SCJN determinó que, para actuar en consecuencia ante una denuncia de tortura, no era necesario contar con una sentencia condenatoria. *Cfr.* Amparo en revisión 703/2012. 6 de noviembre de 2013. Cinco votos por la concesión del amparo de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Mayoría de tres votos por el amparo liso y llano de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Encargado del engrose: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: José Alberto Mosqueda Velázquez.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

ciales ordinarias? ¿No habría sido más fácil atenerse al expediente relativo al reconocimiento de inocencia, donde los informes de la CIDH podían ser tomados como pruebas de tortura?

Como señalé, la *decisión-acto* se llevó a cabo en la sesión celebrada el 18 de marzo de 2015 sin tomar en cuenta ni el proyecto del ministro Cossío ni tampoco el del ministro Pardo. No hubo, pues, un tercer proyecto. De este modo, los ministros llegaron a un acuerdo por mayoría de votos, según el cual: 1) debía concederse el amparo liso y llano y, en consecuencia, ordenar la libertad inmediata de Martín del Campo, y 2) las pruebas de tortura debían recogerse no del expediente de reconocimiento de inocencia (donde estaban integrados los informes de la CIDH), sino del expediente penal.

La decisión no se basó en un proyecto escrito o en una propuesta concreta. No fueron revisadas líneas de argumentación en positivo, sino que la decisión se tomó a partir del conocimiento de un hecho por todos asumido: el quejoso había sido torturado. Con o sin informes de la CIDH, la mayoría de los ministros asumieron una postura política. La argumentación necesaria para justificarla llegaría 11 meses después y no podría variar el resultado: Martín del Campo estaba fuera de la cárcel.

Ahora bien: ¿cómo quedó la decisión-documento? ¿Se ajustó al acuerdo tomado en la decisión-acto? El expediente era por todos conocido, pero el engrose no. Como veremos, este no respetó del todo el acuerdo tomado en la decisión-acto, pero realmente ya no importaba, porque nadie lo discutiría en serio nunca más.¹¹ ¿Qué relevancia tiene esta variación?

¹¹ Existe una normatividad interna en la Corte según la cual los engroses se circulan por 5 días hábiles a fin de que los ministros que votaron la decisión-acto verifiquen si se tomaron en cuenta o no sus opiniones. La mayoría de las veces no se revisan los engroses, con lo cual es posible “colar” argumentos, datos o pruebas que no estaban en el acuerdo inicial. Alguna vez algún ministro protestó con relación a la variación de los engroses. Ocurrió el 28 de agosto 2008, al resolverse las acciones de inconstitucionalidad 146/2008 y 147/2008. La protesta no tuvo repercusión alguna. La suerte ya estaba echada. Esto muestra que las variaciones entre la decisión-acto y la decisión documento dan cuenta de un problema de no poca importancia en la toma de decisiones.

3.2. La decisión-documento

El engrose está estructurado de tal forma que no se distingue claramente entre la causa penal, los reconocimientos de inocencia y los distintos juicios de amparo; tampoco deja fuera algunas pruebas contenidas en los informes de la CIDH, contrariamente a lo acordado en la decisión-acto. Lo que más llama la atención, sin embargo, es que no existe un adecuado planteamiento de la cuestión a resolver en el recurso de revisión al que obedeció, sino que el caso se resuelve mezclando las distintas cuestiones surgidas en las diferentes etapas procesales.

Así, se empieza haciendo un recuento sobre los distintos y recientes avances jurisprudenciales en materia de tortura, especialmente a partir del caso *Arzate*,¹² a finales de 2013. Enseguida se aclara que, a lo largo de la secuela procesal, las autoridades tuvieron la noticia de los hechos de tortura, y que omitieron los deberes constitucionales y de orden internacional de investigar los hechos denunciados, no solo como delito, sino también como violación de los derechos humanos. Posteriormente se traza la distinción de la tortura como hecho delictivo y como práctica violatoria de derechos humanos y se hace hincapié en que la prohibición de la tortura constituye un derecho absoluto que pertenece al dominio del *ius cogens*. Asimismo, se precisa cuáles son los deberes del Estado que generan ese reconocimiento, tales como la obligación de investigar cuando exista evidencia razonable y otros matices relacionados con el tema.

En otro punto del engrose, la Sala se plantea que lo que debe resolverse es si se acredita o no el supuesto del artículo 614, fracción VI, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Para ello, sin embargo, no opta por analizar las pruebas del expediente del reconocimiento de inocencia, sino las contenidas en la causa penal del homicidio. El resultado de este análisis es que Alfonso Martín del Campo fue detenido arbitrariamente, retenido y torturado y, en consecuencia, se violaron sus derechos de libertad personal; además, que no fue puesto a disposición del ministerio público de forma inmediata y que no se acreditó la flagrancia. A partir de ello, la Sala concluye que todas

¹² Cfr. Amparo en revisión 703/2012.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

las pruebas derivadas de tales violaciones —solo existía la confesión mediante tortura— resultan inválidas, por ser violatorias de la Constitución, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En seguida se concluye que la Séptima Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal —autoridad responsable en el amparo relativo al reconocimiento de inocencia— no debió ignorar las pruebas ofrecidas por el quejoso, entre otras, los informes de la CIDH, que habían sido excluidos en la decisión-acto y que, de conformidad con el acuerdo político al que habían llegado los ministros, no debían ser tomadas en cuenta. La Sala concluye que no existen dudas de que Alfonso Martín del Campo fue torturado.¹³

Finalmente, la Sala regresa a contrastar esta última valoración con las pruebas de cargo del doble homicidio, y determina que ninguna de ellas acredita genuinamente la participación del quejoso en esos hechos, esto es, se concluye que Martín del Campo no cometió el doble homicidio que se le imputó.

Así, luego de todo este serpenteo argumental, la Sala concluye dos cosas: *a)* que, debido a que se acreditó la tortura, quedó desvanecida la única prueba en la que se sustentó la condena de homicidio —la confesión—, y *b)* que debe declararse fundado el incidente de reconocimiento de inocencia.

Con todo, el engrose es omiso en cuanto a la pregunta acerca de la obligatoriedad de los informes de la CIDH. No responde en modo alguno la cuestión, sino que se esfuerza por acreditar la tortura apenas mencionando los referidos informes como pruebas, pero sin señalar con precisión alguna qué papel jugaron en el razonamiento judicial.

3.3. Lo que dicen estas variaciones

¿Qué supone el hecho de variar una decisión-acto a la hora de redactar la decisión-documento? A mi juicio, una falta de seriedad

¹³ *Ibidem*, párrs. 205-207.

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

y una suerte de preferencia por las decisiones-acto. Dado que las variaciones no suelen ser radicales, pareciera que los ministros de la Corte las consienten porque, por un lado, no tienen mucho tiempo para controlarlas y, por el otro, los costos no son graves. Sin embargo, las variaciones demuestran que pesa más la deliberación que el documento que se supone las refleja. Si uno piensa en que la deliberación se lleva a cabo mediante el cumplimiento de ciertas reglas y pautas propias de la argumentación oral en los cuerpos colegiados, entonces el resultado debe ser respetado. Para ello, debería vigilarse muy de cerca el engrose, para que fuera un fiel reflejo de los acuerdos derivados del ejercicio de la deliberación racional; sin embargo, en la Corte mexicana no siempre se hace.

En lo personal considero que este es un signo de politización de la Corte que supone un alejamiento de los argumentos por escrito, lo cual no es un asunto menor, si se piensa en que la decisión-documento será utilizada en el futuro a manera de precedente. La distorsión acaba afectando a la propia Corte cuando los ministros se dan cuenta de que el precedente que se cita no se ajusta a lo que ellos votaron la decisión-acto. La célebre CT-293/2011 es un caso que ejemplifica esta situación, ya que cuando el engrose estuvo listo, nadie, o casi nadie, estaba dispuesto a admitir sus términos.

La forma de resolver esta situación es la emisión de votos particulares y concurrentes que suelen acompañar a las ya de por sí voluminosas sentencias, con lo cual se complica todavía más la imagen (al menos escrita) de la Corte mexicana. Los documentos resultantes acaban siendo ininteligibles, lo cual obedece, muchas veces, a la dificultad de ensamblar cada una de las posiciones de los ministros o magistrados; ingrata tarea que corresponde a los sufridos letrados.

En suma, las variaciones, profundas o superficiales, que se dan entre las decisiones-acto y las decisiones-documento dicen mucho de la Corte Suprema. Hablan de un sistema de decisión que ni es eficiente (se invierte una gran cantidad de energía entre el proyecto inicial y la elaboración del engrose); ni es transparente; ni es fiel con las posiciones genuinas de los ministros, y tampoco permite que los justiciables y el público en general

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

tengan claro cuál es la postura genuina de la Corte en un determinado tema.

4. LAS RAZONES DE UN OLVIDO: SOBRE LA EVASIÓN DE LA CUESTIÓN

¿Por qué la mayoría de los ministros integrantes de la Primera Sala de la SCJN prefirieron no pronunciarse (ni en la decisión-acto ni en la decisión-documento) sobre la obligatoriedad el Informe 117/09 de la CIDH? Bien pudieron argumentar que no es vinculante al no ser una sentencia internacional, o que no es una fuente formal del derecho, o que la Corte no es la destinataria de ese tipo de informes. Sin embargo, optaron por el silencio. En la decisión-documento se hace mención de los informes de forma un tanto subrepticia.

Como sea, la resolución (acto y documento) es incompleta porque, al no responder si los informes de la CIDH son o no obligatorios, el quejoso, en primer lugar, y la comunidad jurídica, en segundo, se quedan esperando la respuesta de la Corte y, con ello, una buena cantidad de implicaciones relevantes, tales como la importancia del trabajo de la CIDH, la utilidad del compromiso internacional del Estado mexicano con relación a la Comisión, las respuestas dadas por México al interactuar con ese órgano y, en general, el valor mismo del derecho internacional de los derechos humanos.

Entiendo que cualquier respuesta conlleva riesgos: si se opta por un sí (los informes sí son obligatorios), entonces en el futuro cualquier informe de la Comisión —que es un organismo cuasijurisdiccional— que mandatare al Poder Judicial de la Federación alterar el curso de un juicio, tendría que ser acatado con el consecuente menoscabo de la autonomía; si se opta por un no (los informes no son obligatorios), entonces podría decirse que esas investigaciones que no terminan en la Corte de San José son papel mojado. Como sea, la pregunta no puede ser evadida sin un razonamiento, tal como se presenta en el engrose. Incluso la vía del no pronunciamiento demandaba la expresión de razones: el silencio no es una razón.

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

¿Cuáles son las razones de fondo? Una primera razón que encuentro es el formalismo jurídico, porque si se hubiera tratado de una sentencia de la Corte IDH no habría habido ningún problema. Es decir, pienso que la Corte supo que lo que decía el informe con respecto a la tortura era cierto desde la decisión-acto, pero no podía atenderse por ser un simple informe. Sin embargo, en el engrose, la Sala parece olvidarse de esta formalidad y lo toma en cuenta aunque de forma casi residual en un *obiter dicta*. En estas condiciones no puede decirse que el informe haya sido realmente integrado al engrose, con lo cual la Primera Sala evadió la cuestión planteada con un costo apenas perceptible para el caso concreto, pero no así para casos futuros. En efecto, esta omisión no representó mayores problemas porque, con todo, se concedió el amparo y Alfonso Martín del Campo Dodd fue liberado, pero para otros casos la pregunta acerca de la relevancia de los pronunciamientos de la CIDH sigue en el aire.

Una segunda razón es de tipo político: hay resquemor por atender los pronunciamientos de la CIDH, quizás porque se trata de un órgano más político que jurídico con una vocación de denuncia y señalamiento de las violaciones a los derechos humanos, y a ningún Estado le gusta que le digan que sus instituciones violan derechos o que sus acciones dirigidas a prevenir o reparar esas violaciones son insuficientes. La SCJN, como parte del Estado, prefiere resolver estas cuestiones de forma doméstica, aunque ello suponga no responder a alguna de las cuestiones planteadas en el juicio de amparo.

Este comportamiento evasivo no es aislado. Existe una marcada resistencia de la SCJN para hacerse cargo en serio del llamado nuevo paradigma.¹⁴ En efecto, el caso *Martín del Campo* se

¹⁴ La expresión “nuevo paradigma” suele aplicarse al cambio de perspectiva surgido en México, a partir de las reformas constitucionales y legales en materia de derechos humanos y juicio de amparo de 2011 y 2013, pero especialmente a partir de la interpretación que la SCJN llevó a cabo al respecto, al resolver el expediente Varios 912/2010 (cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco*), el 12 de julio de 2011. Como se sabe, a partir de esos cambios, se entiende que todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, tienen la obligación

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

olvidará pronto gracias a una sentencia esencialmente satisfactoria, pero al mismo tiempo se suma a otros casos relevantes relacionados con esa falta de apertura: las contradicciones de tesis 21/2011, 293/2011 (en las que se estableció que el parámetro de regularidad constitucional se compone por los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aunque con prevalencia de las restricciones a los derechos contenidas en el texto constitucional); y el expediente varios 1396/2011, caso *Inés y Valentina* (en el que se reiteró el criterio de la contradicción de tesis 293/2011 en el sentido de que las restricciones a los derechos deben prevalecer incluso en contra de una sentencia internacional que condene al Estado mexicano). En todos estos casos, la Corte mexicana no ha estado a la altura de los mandatos de la reforma constitucional de junio de 2011, porque la interpretación del texto constitucional y el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH han dejado mucho que desear.

El mensaje que la Corte envía con este tipo de decisiones es que las normas, pronunciamientos y resoluciones en materia de derechos humanos a cargo de organismos internacionales no tienen la fuerza obligatoria que dicen tener, porque no pueden incidir decisivamente en los casos resueltos por los tribunales nacionales. Consecuentemente, la eliminación de prácticas deleznable como la tortura y, en general, la lucha por los derechos humanos son anhelos de los que parece estar celoso el Poder Judicial de la Federación. En efecto, cuando instancias internacionales actúan en ejercicio de sus competencias y se pro-

de velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos —dijo el Tribunal Pleno— deben interpretarse junto con lo establecido en el artículo 133 constitucional; así, aun cuando existieren disposiciones en contrario, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales; consecuentemente, dejarán de aplicar esas normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia. Cfr. Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2015, pp. 57-59.

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

nuncian sobre violaciones a los derechos humanos, las respuestas de nuestra Corte no son del todo receptivas, quizás porque ve a la esfera de los derechos humanos como un territorio en disputa. La sociedad mexicana es, sin duda, la gran perdedora en este jaloneo.

5. EL INFORME 117/09 DE LA CIDH COMO INGREDIENTE DE LA DECISIÓN

Como se ha visto, nunca se despejaron las dudas sobre si el Informe 117/09 de la CIDH resultaba o no vinculante para el Estado mexicano y, por ende, si podía ser considerado para integrarlo en el razonamiento judicial. Considero que, habría sido adecuado responder esta cuestión distinguiendo entre obligatoriedad del instrumento y utilidad de su contenido, como a continuación mostraré.

5.1. Respondiendo el planteamiento del quejoso

Como se sabe, la obligación de cumplir lo dispuesto en las resoluciones emitidas por órganos internacionales en materia de derechos humanos corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, llamado *pacta sunt servanda*, según el cual los Estados deben cumplir el tratado internacional de buena fe, como vimos en el capítulo anterior de esta obra (apdo. 6).¹⁵

¹⁵ Cfr. Corte IDH. OC- 14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva de 9 de diciembre de 1994. Serie A, núm. 14, párr. 35, y *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de septiembre de 2012, cdo. cuarto. Lo anterior ha sido recogido en “Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del Informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] 56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr.1

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

En específico, en relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de [dicha] Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos [los] derechos y libertades” reconocidos en dicho tratado. Ello podría implicar, dependiendo de la situación concreta, dos cosas: *i*) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que signifiquen una violación a la Convención, o *ii*) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dicho instrumento.¹⁶

Con base en lo anterior podemos concluir que los Estados deben garantizar tanto el cumplimiento de sus obligaciones contraídas al ratificar los diferentes tratados en materia de derechos humanos, como su efecto útil en el plano de sus respectivos derechos internos. Es importante destacar que este principio se aplica tanto a las normas sustantivas de los tratados de derechos huma-

y 2). Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Resolución de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, párr. 59.

¹⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Resolución de cumplimiento de sentencia, *cit.*, párr. 60; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 118; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 83, y *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párr. 85. En relación con ello, la Corte ha afirmado que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*‘principe allant de soi’*). *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*”. Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *cit.*, párr. 117; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 205, y *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 100, párr. 140.

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

nos (las que contienen disposiciones sobre los derechos reconocidos) como a las normas procesales.¹⁷

Conviene precisar que en el SIDH existen diferencias conceptuales entre las *sentencias* emitidas por tribunales internacionales (p. ej., Corte IDH)¹⁸ y las *decisiones* —informes, resoluciones y opiniones— emitidas por otros órganos internacionales de derechos humanos, cuya naturaleza puede variar entre sí (p. ej., CIDH,¹⁹ el Comité de Derechos Humanos de

¹⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Resolución de cumplimiento de sentencia, *cit.*, párr. 63; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 37, y *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia, *cit.*, cdo. quinto.

¹⁸ De conformidad con lo establecido en el art. 67 de la CADH, “[e]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable”, el cual produce los efectos de autoridad de cosa juzgada. Asimismo, el artículo 68.1 de la CADH estipula que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. En el mismo sentido, la SCJN, al resolver el expediente Varios 912/2010, estableció que “[...] las resoluciones pronunciadas por [la Corte IDH] son obligatorias para todos los órganos del Estado mexicano al haber figurado como parte en un litigio concreto”. Véase la Tesis Aislada P. LXV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, diciembre de 2011, p. 556.

¹⁹ CADH, art. 50: “1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, esta redactará un Informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el Informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho Informe su opinión por separado. También se agregarán al Informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48. 2. El Informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. 3. Al transmitir el Informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas”. El art. 51, por su parte, establece: “1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del Informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

las Naciones Unidas,²⁰ los diferentes Grupos de Trabajo de la ONU).²¹

No obstante, es claro que existe la obligación internacional de cumplir de buena fe con los tratados (*pacta sunt servanda*) y que, si bien no todos los instrumentos obligan de la misma forma o con la misma intensidad, ello no implica que aquellos que no son sentencias no tengan ningún valor.

Lo anterior nos lleva a afirmar que unos y otros instrumentos obligan de manera distinta o en distinto grado. Para poder distinguir entre uno y otro tipo de obligaciones, me voy a permitir introducir, de manera estipulativa, la distinción entre “deber” y “obligación”. Al respecto, Juan Carlos Bayón ha señalado que estos términos se han usado la mayoría de las veces como equivalentes, pero que hay quienes han encontrado una diferencia notable entre ellos. Sucintamente, viene a decir que por “deber” habría que entender la modalidad o posición normativa *más elemental*, es decir, una conducta calificada deónticamente como no opcional; “tener un deber” es, simplemente, ser destinatario de una norma de ese tipo. Por “obligación”, en cambio, se podría entender alguna clase de modalidad o posición normativa *compleja* que podría estar determinada por la conexión entre una norma N1 que prescribe una conducta a un agente A1 y otra norma N2 que prescribe a cierto órgano aplicar una sanción a A1 si transgrede N1, de manera que una obligación implicaría la combinación de *dos* “deberes”. Otra manera de entender a la obligación jurídica es verla como “una posición normativa compleja integrada, según los casos, por diferentes combinaciones de ‘deberes’ y —suponiendo que no sean a su vez reductibles a ‘deberes’— si-

le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el periodo fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su Informe”.

²⁰ De conformidad con el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos podrá presentar informes sobre los Estados parte. Véase arts. 28 y ss.

²¹ Existen cuatro tipos: a) grupos de trabajo; b) grupo de trabajo especial; c) grupos de trabajo especial de composición abierta, y d) grupos de trabajo de composición abierta. Véase ONU, Órganos subsidiarios de la Asamblea General, <http://www.un.org/es/ga/about/subsidiary/other.shtml>

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

tuaciones de poder normativo —y correlativa sujeción— o ausencia del mismo”.²²

Pues bien, podemos convenir en que las sentencias internacionales son *obligatorias* en el sentido apuntado, mientras que las decisiones —informes, resoluciones y opiniones— son *debidas*, es decir, no opcionales. La consecuencia de cada una de ellas es distinta: en el primer caso, el Estado mexicano es responsable del incumplimiento y podría ser sancionado internacionalmente por ello; mientras que en el segundo caso, la consecuencia sería simbólica —incluso política— y podría suponer un desprestigio internacional.

Con el objeto de hacer más sencillo el uso de la distinción, podemos convenir en que las sentencias son obligatorias en sentido estricto, mientras que las decisiones son obligaciones en sentido amplio. De este modo, podemos concluir que el Informe 117/09 es obligatorio en sentido amplio, lo cual implica que el Estado mexicano —en este caso la SCJN— no puede obviar su existencia, sino que debe tomarlo en cuenta y *usarlo* de alguna forma que resulte justificada.

5.2. ¿Qué utilidad tiene el Informe 117/09 de la CIDH?

La autoridad responsable del amparo, el juez de distrito y también la Primera Sala de la SCJN fueron conscientes, cada uno en su momento, de que la única prueba por la que se había condenado a Alfonso Martín del Campo era la confesión, porque así lo había reconocido el tribunal de apelación de la causa penal —la Octava Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal— en el expediente toca 454/93, de 17 de agosto de 1993, en cuya página 29 se afirma: “La declaración confesoria aludida, rendida por el ahora procesado, resulta ser el único indicio de prueba relevante en cuanto al esclarecimiento de los derechos que nos ocupa, pues el precitado inculpado es el único que es-

²² Cfr. Bayón, Juan Carlos, “Deber jurídico”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de filosofía. El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 325.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

tablece un panorama respecto a la forma en que acaecieron los hechos”.

Sin embargo, lo que no resultaba claro era que la confesión hubiera sido obtenida mediante actos de tortura, porque desde el punto de vista jurídico la tortura no estaba probada ni en la causa penal, ni en el primer juicio de amparo, ni en el primer reconocimiento de inocencia. Por ello, resultaba imprescindible acreditar la tortura en el reconocimiento de inocencia. Pues bien, el Informe 117/09 de la CIDH habría valido para este propósito. Veamos.

A lo largo de las discusiones de este caso nunca quedó clara cuál era la relevancia de determinar la obligatoriedad del Informe 117/09 de la CIDH. Dicho documento está dirigido al Estado mexicano a través de una serie de recomendaciones que se traducen en el impulso de medidas orientadas a la anulación de la confesión de Alfonso Martín del Campo, así como de todas las pruebas derivadas de la misma; a la revisión de todo el proceso judicial; a su liberación inmediata; a la investigación de los hechos de tortura y sanción de los responsables, y a la reparación de las violaciones.²³

Siendo así ni la autoridad responsable, ni el juez de distrito, ni la Primera Sala de la SCJN eran destinatarias de esas recomendaciones; por ello, ninguna de ellas podría haber ordenado, por ejemplo, la liberación de Alfonso Martín del Campo.

Lo anterior es así porque el reconocimiento de inocencia no es un mecanismo para atender las indicaciones del Informe de fondo, ya que ninguna de las autoridades mencionadas resultaba competente para ello. Así, resulta extraño que el juez de distrito, en una clara desviación de la cuestión, resolviera el juicio de amparo como si se le hubiere preguntado por la soberanía del Estado o por las especificaciones técnicas de un informe de la CIDH frente a una sentencia de la Corte IDH.

El Informe 117/09 debió haberse tomado en cuenta como una prueba, tal como lo ofreció Alfonso Martín del Campo, y que arroja información sobre hechos que no fueron controvertidos por el Estado mexicano, es decir, que este los da por ciertos y que ade-

²³ Cfr. CIDH. Informe 117/09, de 12 de noviembre de 2009. Caso 12.228. Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México, párrs. 129-132.

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

más cuentan con un respaldo probatorio e institucional que así lo demuestra. En efecto, las conclusiones del Informe 117/09 son las siguientes:

IX. CONCLUSIONES

126. Con base en las consideraciones de hecho y de derecho que anteceden, la Comisión Interamericana ratifica su conclusión respecto a que Alfonso Martín del Campo Dodd fue detenido arbitrariamente el 30 de mayo de 1992 y sometido a torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes por policías judiciales de la Ciudad de México, con el objeto de hacerle confesar el homicidio de su hermana Juana Patricia Martín del Campo Dodd, y su cuñado Gerardo Zamudio Aldaba, cometido la noche anterior.

127. Igualmente, la CIDH reitera que no se respetaron las garantías del debido proceso de Alfonso Martín del Campo Dodd, en particular el derecho a la presunción de inocencia, en virtud del valor otorgado por distintos magistrados a su supuesta confesión obtenida bajo tortura. Tampoco se garantizó a la víctima en el presente caso la protección de sus derechos fundamentales.

128. Asimismo, reitera que los hechos establecidos en el presente informe constituyen violaciones de los artículos 5, 7, 8(1), 8(2), 8(3) y 25 de la Convención Americana, así como de los artículos 6, 8, y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; todo ello en violación al deber de respeto y garantía consagrado en el artículo 1(1) de la Convención Americana.

Por lo anterior, si al resolver el recurso de revisión en el juicio de amparo la Primera Sala de la SCJN hubiera atendido la cuestión efectivamente planteada, entonces habría tenido que rectificar la valoración del juez de distrito señalando que el Informe 117/09 de la CIDH resultaba obligatorio en el sentido de “no opcional” (supra, apdo. 5.1) y, en consecuencia, habría podido valorar de primera mano las afirmaciones sobre los hechos de tortura ahí contenidas, sin necesidad de haber complicado tanto las cosas.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Corte mexicana, como cualquier tribunal de máxima instancia, resuelve conflictos mediante una decisión basada en

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

argumentos. La forma de decidir, sin embargo, es peculiar en el caso mexicano porque el acto de decisión no siempre se corresponde con el documento (engrose) que contiene las razones de la decisión. Esta variación es relevante porque impacta al funcionamiento de la Corte y a su legitimidad de cara a la sociedad. He buscado exponer esta situación mediante el análisis de un caso controvertido —*Martín del Campo*—, en el que uno de los temas centrales era pronunciarse sobre la obligatoriedad de los informes de la CIDH. En la decisión-acto se excluyen, pero en la decisión-documento no queda clara la exclusión. Con todo, en ninguna de las dos decisiones se responde realmente un planteamiento central: la obligatoriedad de dichos informes.

Me parece que era perfectamente posible hacerse cargo del tema de la obligatoriedad mediante una adecuada integración de algunos materiales probatorios provenientes del derecho internacional de los derechos humanos al razonamiento judicial. De este modo, la solución del caso habría sido mucho más simple: se habría podido declarar fundado el recurso de revisión del quejoso y, por ende, convertir la concesión del amparo “para efectos” en una concesión “lisa y llana”.

Sin duda, la deliberada evasión de la cuestión relativa a la obligatoriedad del Informe 117/09 de la CIDH es una cuestión preocupante. Pareciera como si un fantasma vagara por el edificio de Pino Suárez número 2, del Centro Histórico de la Ciudad de México (locación del edificio sede de la SCJN) y dejase cierto influjo formalista entre sus muros. Este influjo parece tener un efecto de rechazo hacia los pronunciamientos de la CIDH, quizás por no ser un órgano plenamente jurisdiccional, aunque lo que diga sea cierto. Formalismo y política se funden en ese rechazo. Es una lástima que lo que se rechace sean denuncias y señalamientos de violaciones a los derechos humanos.

El presente caso se suma a otros en los que se nota una suerte de resistencia de la SCJN para hacerse cargo del nuevo paradigma. Se trata, al menos, de las contradicciones de tesis 21/2011, 293/2011 (en las que se estableció que el parámetro de regularidad constitucional se compone por los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aunque

Decidir, argumentar y engrosar: el caso *Martín del Campo*

con prevalencia de las restricciones a los derechos contenidas en el texto constitucional); y el expediente varios 1396/2011 *Inés y Valentina* (en el que se reiteró el criterio de la CT 293/2011 en el sentido de que las restricciones a los derechos deben prevalecer incluso en contra de una sentencia internacional que condene al Estado mexicano). Esta colección de casos muestra que la Corte no parece ir en la dirección marcada por el constituyente en la reforma constitucional de junio de 2011, porque la interpretación llevada a cabo por la Corte no ha estado a la altura de esos mandatos, ya que la balanza se ha inclinado hacia los valores de la autoridad y de la ley y no hacia los derechos humanos y los límites al ejercicio del poder. Por ello, parece que vale más una restricción al ejercicio de un derecho humano que el derecho humano mismo.

Nuestra Corte no parece apreciar y aceptar libremente las normas, pronunciamientos y resoluciones en materia de derechos humanos a cargo de organismos internacionales. No se trata de que los “acepte sin más”, sino de que sepa abrir el razonamiento judicial para incorporar racionalmente algunos contenidos provenientes del derecho internacional. Sin embargo, con sus últimas resoluciones, la Corte parece estar celosa de ese territorio en disputa que constituyen las violaciones a los derechos humanos. Pareciera que quisiera resolverlos sin ayuda del exterior, sin la colaboración de instancias que parece considerar de dudosa autoridad, como el SIDH. Mientras eso sucede, las prácticas deleznable como la tortura y las violaciones a los derechos humanos en general no disminuyen, sino que aumentan de manera preocupante. Ante este panorama desolador, ¿será correcta una actitud antiapertura?

En suma, con este trabajo he buscado mostrar que el proceso argumentativo de una sentencia es tan importante como el producto del mismo. Por ello, la selección de las estrategias metodológicas para abordar un caso como este no es cosa menor. Pensando en ello, he tratado de hacer una evaluación tanto del proceso decisorio como del engrose elaborado. El balance final nos habla de una buena decisión en general, aunque accidentada y complicada en su proceso y con una cuestión no resuelta: la obligatoriedad de los informes de la CIDH.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- LARA CHAGOYÁN, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2015.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Deber jurídico”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de filosofía. El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana en materia de protección a los derechos de los no fumadores

1. PLANTEAMIENTO

Decía Jorge Manrique, en su famosa elegía en forma de copla:

*Recuerde el alma dormida
avive el seso y despierte
contemplando
cómo se pasa la vida
cómo se viene la muerte,
tan callando;
cuán presto se va el placer,
cómo, después de acordado,
da dolor;
cómo, a nuestro parecer,
cualquiera tiempo pasado,
fue mejor.*

¿Realmente todo tiempo pasado fue mejor? La respuesta no puede ser más que un “depende”. Si de fumar hablamos, los de mi generación crecimos con el olor a cigarrillo como parte de nuestra vida cotidiana. Entonces se trataba de un hábito social apenas discutido y criticado por algún sector de la sociedad. Era un hábito tan generalizado entre los adultos, que formaba parte de lo que socialmente puede considerarse como “normal”. Los niños de entonces teníamos curiosidad por el tabaco y sabíamos que era algo

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

que hacían los grandes de manera tan natural como tener bigote o usar corbata; sabíamos que nuestro turno llegaría: solo era cuestión de tiempo. Los anuncios publicitarios de tabaco marcaron nuestra infancia al lado de paisajes campestres, briosos corceles, melodías inolvidables y árboles de navidad. Quienes fumaban en esos anuncios eran personas de todo tipo: trabajadores, empresarios, ricos, pobres, jóvenes, viejos, famosos y no famosos. Fumar era simplemente un pretendido signo de madurez para hombres y mujeres, aunque entonces un poco más vedado para ellas por razones machistas, incluso un signo de estatus social.

Sin embargo, más allá de la publicidad y la aparente normalidad, los hechos reflejaban una realidad: todo el ambiente alrededor del uso del tabaco traía consigo no solo los desagradables efectos inmediatos relacionados con el mal aliento y el mal olor de las personas y del ambiente, sino genuinos daños para la salud tanto de los fumadores activos como de los pasivos. En efecto, el humo del cigarrillo —producto de la combustión del tabaco y sus componentes— se diluye en el aire que todos respiramos y que, de por sí, está ya muy contaminado en las ciudades. El aire cargado de humo de cigarrillo no es, naturalmente, un aire sano para nadie ni agradable para todos.

Volviendo al tiempo pasado, el hábito de fumar traía consigo un mundo gris en el que el llamado “humo de segunda mano” o “humo de tabaco ambiental”¹ formaba parte de la atmósfera misma dentro del hogar, las aulas, las oficinas públicas, el transporte público, incluyendo los aviones, el cine y prácticamente cualquier espacio cerrado. En 2004, cuando entré a trabajar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), estábamos todavía en el pasado en cuanto al hábito de fumar. Me tocó compartir la oficina con alguien que fumaba y, si bien era posible llegar a ciertos acuerdos de convivencia, no existía una razón perentoria —como una ley— para cancelar la discusión sobre si se podía o no fumar dentro de la Corte. Ese mismo año, el 29 de enero, entró en vigor la Ley de Protección a la Salud de los no Fumadores en el Distri-

¹ Niezgodza Jessica, “Kicking Ash(Trays): Smoking Bans in Public Workplaces, Bars, and Restaurants - Current Laws, Constitutional Challenges, and Proposed Federal Regulation”, *Journal of Legislation*, vol. 33, núm. 1, 2007, <http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1117&context=jleg>

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

to Federal (LPSFDF). Al poco tiempo, el hábito de fumar en la Corte —y en cualquier otro espacio cerrado— había cambiado de significación jurídica: pasó de ser permitido a prohibido. A partir de entonces empezamos a ver el tiempo pasado no como algo mejor, sino como algo peor. Naturalmente, podemos imaginar a los fumadores pensando lo contrario: se había terminado —por obra del derecho— un tiempo pasado que para ellos había sido mejor, ya que la hasta entonces desconocida separación de los fumadores y de los no fumadores suponía un acto que, incluso, podría ser considerado por algunos como “discriminatorio”.²

Este sencillo ejemplo nos revela lo relativo de las palabras de Jorge Manrique, o mejor dicho, nos revela lo relativa que ha sido cierta interpretación de su legado, que para algunos se ha convertido en una suerte de melancolía por el pasado. Lo “mejor” o “peor” del pasado es tan relativo como subjetivo; por eso, el derecho legislado, como punto de convergencia que consigna los acuerdos necesarios para la convivencia, nos permite cambiar la dicotomía “mejor/peor” por la de “legal/ilegal” o “permitido/prohibido”. El derecho legislado es, puede decirse, un ámbito de objetividad que clausura *prima facie* nuestras deliberaciones, dentro de un marco de valores democráticos, y que además cuenta con un respaldo institucional, esto es, con el aparato coactivo del Estado.

Así, el derecho vino a erigirse como un valladar entre el tiempo pasado y el presente en cuanto a la actividad de fumar. Los

² El guanajuatense Salvador Rocha Díaz, prominente abogado empresarial, político y exministro de la SCJN, llegó a afirmar: “Discriminar tiene como primer sentido etimológico separar, y eso es lo que se pretende en el combate al consumo del tabaco. Si el gobierno considera que el consumo del tabaco es letal para fumadores y no fumadores, no hay alternativa más que prohibir su consumo, pero de ninguna manera violar los derechos humanos de unos y otros a través de la discriminación. Si armonizamos la libertad y la salud con los derechos humanos, aparece (sic) obvio que la solución es bien simple: el empresario que quiera instalar un café, bar, restaurante, hotel, etcétera, en el que se permita fumar, los que asistan podrán fumar o no fumar y tolerar el humo; si el empresario quiere instalar un café, bar, restaurante, hotel, etcétera, en el que no se permita fumar, los que asistan no podrán fumar, porque así lo desean o porque así lo establezcan las reglas del local”. Véase Rocha Díaz, Salvador, “Fumar y gozar la vida”, *El Universal*, 25 de octubre de 2007, <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion/155345.html>

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

primeros antecedentes legislativos en materia de protección a los no fumadores datan de la década de los noventa del siglo pasado, así como del primer lustro de este siglo. Se trata de algunos reglamentos y leyes locales que, de manera incipiente, intentaron regular la actividad de los fumadores. El lugar y el año de esos primeros intentos son:³ Distrito Federal (1990), Coahuila y Colima (1992), Baja California (1995), Tlaxcala (1997), Sonora (1999), Puebla (2000), Hidalgo, Chiapas y Jalisco (2001), Guanajuato (2002), Durango y Zacatecas (2003). Sin embargo, tales reglamentaciones no llegaron a representar un auténtico debate social y no tenemos noticia de que hayan sido en alguna medida eficaces. Sostengo lo anterior porque, con excepción de la legislación de Baja California, ninguna de esas leyes o reglamentos fueron impugnados. Sería en el otrora Distrito Federal donde se desencadenaría una auténtica efervescencia litigiosa a partir de la emisión de la LPSFDF, de 29 de enero de 2004, a la que ya me referí. Este cambio legislativo enfrentó dos acciones de inconstitucionalidad (AI 167/2007 y AI 119/2008) y una buena cantidad de amparos indirectos —con motivo de una reforma que sufrió dicha ley el 4 de marzo de 2008— que llegaron hasta la SCJN.⁴ Tantos, que el Pleno de la Corte decidió formar la Comisión 34, de secretarios de estudio y cuenta, encabezada por el ministro José Ramón Cossío Díaz —de la cual, cabe aclarar, no formé par-

³ Las regulaciones, en general, fueron muy básicas: se obliga a los propietarios de comercios, bares, restaurantes etc., a disponer de lugares para fumar y para no fumar, sin mayores especificaciones; se establecen listas de lugares donde queda prohibido fumar, como hospitales, cines, teatros, transporte público, oficinas de gobierno, bibliotecas, etc.; se establece la obligación de hacer campañas de concientización; se regulan inspecciones y se establecen sanciones como multas en salarios mínimos.

⁴ Por mi experiencia como secretario proyectista en la SCJN, puedo decir que la forma de selección de casos es de lo más simple: ante una avalancha de amparos (luego de una reforma, la expedición de una nueva ley, una miscelánea fiscal, etc.) se forman comisiones de letrados, comandados por un ministro. En reuniones de trabajo se revisan los expedientes, a fin de detectar temas, y se forma una lista exhaustiva. Una vez hecho lo anterior, se seleccionan aquellos casos que reúnan la mayor cantidad y variedad de temas, buscando formar grupos de cinco, para producir la jurisprudencia obligatoria. El método, podría decirse, es artesanal: no tiene mayor sofisticación. La experiencia de los secretarios es la herramienta más útil en esta empresa.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

te—, que analizaría todos los temas en paquete a fin de sentar jurisprudencia para, entre otras cosas, delegar a los tribunales colegiados los futuros casos. Así, se resolvieron los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009.

El caso de Baja California no llegó a formar un auténtico precedente, porque la SCJN sobreseyó la acción de inconstitucionalidad 23/2004, mediante la cual se impugnó la Ley que Protege los Derechos de los no Fumadores en el Estado de Baja California (LFBC), por falta de legitimación activa de los accionantes: una minoría parlamentaria del Congreso estatal que no alcanzó el 33% exigido por los artículos 105, fracción II, inciso d) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y 62, primer párrafo, de la ley reglamentaria correspondiente. Posteriormente, el 30 de mayo de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* la Ley General para el Control del Tabaco (LGCT), que derogaría y reformaría varias disposiciones de la Ley General de Salud (LGS) relacionadas con la publicidad del tabaco.⁵ Al año siguiente, el 31 de mayo de 2009, se publicó en el *DOF* el Reglamento de la Ley General para el Control del Tabaco (RLGCT), que también sería impugnado, como se verá más adelante. Tanto la LGCT como su reglamento tienen aplicación en todo el territorio nacional: federación, estados, municipios y la Ciudad de México; sin embargo, las legislaciones locales y la general pueden coexistir con cierto tipo de diferencias por virtud de la concurrencia en las competencias legislativas.

Cuando se emitió la LGCT, la suerte ya estaba echada en cuanto a la jurisprudencia de la Corte, ya que las regulaciones de esta nueva ley eran esencialmente las mismas que la Corte refrendó y blindó al analizar la constitucionalidad de la LPSFDF. Con todo, algunos temas escaparon y volvieron a colarse hasta la SCJN. En esta nueva oleada de amparos, tanto el Tribunal Pleno

⁵ En la página 63 del *Diario Oficial de la Federación* de fecha 30 de mayo de 2008, pueden verse los arts. 2 y 3 del decreto correspondiente, en donde se lee: “ARTÍCULO SEGUNDO. Se derogan los artículos 188, 189, 190, 275, 276, 277, 277 bis, 308 bis y 309 bis de la Ley General de Salud, así como todas aquellas disposiciones que se opongan al presente Decreto [...]”. “ARTÍCULO TERCERO. Se reforman los artículos 3º, fracción XIV; 286, 301, 308, penúltimo párrafo, 309 y 4021 de la Ley General de Salud [...]”.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

como las salas de la Corte atendieron esos nuevos temas y generaron nuevos precedentes. Se trató ahora de otros cinco amparos en revisión: 315/2010 (Pleno), 430/2010 (2ª Sala), 2/2012 (1ª Sala), 725/2012 (1ª Sala) y 508/2012 (1ª Sala).

Como decía: para quienes nunca hicieron del fumar un hábito, claramente el tiempo pasado no fue mejor en ese aspecto, pero para un importante sector fue exactamente lo contrario. Sin embargo, ese grupo inconforme, a juzgar por el tipo de quejosos que acudieron al juicio de amparo, no estuvo integrado precisamente por personas físicas fumadoras, sino por establecimientos mercantiles que vieron amenazados sus ingresos, ganancias y negocio; fueron, pues, las fuerzas del mercado —especialmente de la industria gastronómica en general— las que enarbolaron las banderas, no de la libertad individual de los adictos al tabaco, sino las del capital, las ganancias y los dividendos. Para ellos, efectivamente, todo tiempo pasado fue mejor.

En este capítulo pretendo discutir los argumentos que esgrimió la SCJN para justificar las decisiones con las que se resolvieron algunas de esas inconformidades. Mi propósito es doble: por un lado, mostrar cuáles fueron los principales desacuerdos de los quejosos y cómo los respondió la Corte y, por el otro, evaluar la argumentación que soporta esas decisiones. Desde ahora anticipo que aunque la serie de decisiones producida es básicamente coherente, no está exenta de problemas argumentales que vale la pena desvelar.

La estrategia que voy a seguir es la siguiente: primero doy cuenta brevemente de los antecedentes legislativos de nuestro actual marco regulatorio en materia de tabaco (2.); enseguida me refiero a un primer conjunto de casos que se ventilaron en relación con el Distrito Federal (3.); luego analizo los casos vinculados a la derogación de la LGS, la expedición de la LGCT y su reglamento (4.), y finalmente presento algunas conclusiones (5.).

2. LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS NO FUMADORES EN LA HISTORIA DE MÉXICO

Al estar organizado como federación, México cuenta con varios órdenes jurídicos que conviven entre sí, de conformidad con el

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

marco constitucional de competencias; así, tenemos el federal, el local o estatal, el municipal, el de la Ciudad de México y el constitucional. Una de las implicaciones de esta forma de organizar jurídicamente al Estado es la existencia de *facultades concurrentes* a cargo de las distintas entidades legislativas para emitir, reformar o derogar normas en determinadas materias, tales como la educativa, la de *salubridad*, la de asentamientos humanos, la de seguridad pública, la ambiental, la de protección civil y la deportiva.⁶

⁶ Véase Tesis P. XXIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 7, t. I, junio de 2014, p. 167, de rubro: TURISMO. LOS ARTÍCULOS 1, PÁRRAFO SEGUNDO, 2, 3, FRACCIONES I, XVIII Y XX, Y 4 AL 10 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, PREVÉN LAS BASES GENERALES DE COORDINACIÓN DE LAS FACULTADES CONCURRENTES ENTRE LA FEDERACIÓN, LOS ESTADOS, EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS EN ESA MATERIA, POR LO QUE SON ACORDES AL ÁMBITO CONFERIDO AL CONGRESO DE LA UNIÓN EN EL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XXIX-K, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; Tesis P./J. 15/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, lib. X, t. 1, julio de 2012, p. 346, de rubro: PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y PRESERVACIÓN Y RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO. LOS GOBIERNOS FEDERAL, ESTATALES Y MUNICIPALES TIENEN FACULTADES CONCURRENTES EN ESTA MATERIA, EN TÉRMINOS DE LA LEY GENERAL QUE EXPIDA EL ÓRGANO LEGISLATIVO FEDERAL; Tesis: P./J. 38/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, lib. I, t. 1, octubre de 2011, p. 288, de rubro: FACULTADES CONCURRENTES EN MATERIA DE ASENTAMIENTOS HUMANOS Y DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y DE PRESERVACIÓN Y RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO. LOS PROGRAMAS DE DESARROLLO URBANO MUNICIPAL DEBEN SER CONGRUENTES CON LOS DE ORDENAMIENTO ECOLÓGICO FEDERALES Y LOCALES; Tesis: P./J. 18/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 885, de rubro: ASENTAMIENTOS HUMANOS. EL ARTÍCULO 52 DE LA LEY DE DESARROLLO URBANO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, ANALIZADO EN EL CONTEXTO DE LAS FACULTADES CONSTITUCIONALES CONCURRENTES EN ESA MATERIA, ES CONSTITUCIONAL, y Tesis 1a. CXXVI/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 166, de rubro: DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN Y LOS CONGRESOS LOCALES CONTABAN CON FACULTADES CONCURRENTES PARA LEGISLAR EN ESTA MATERIA (CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008).

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

La facultad para legislar sobre los derechos de los no fumadores, al formar parte de la salubridad, es concurrente. Eso explica que existan leyes y reglamentos referidos, ya sea de forma específica o de manera genérica —en leyes de salud—, a la protección de los derechos de los no fumadores.

Las primeras regulaciones relacionadas con el consumo del tabaco no fueron específicas, sino que formaban parte de las distintas legislaciones sobre salud. Las más antiguas datan de 1984. El siguiente cuadro ilustra lo anterior:

CUADRO 1. *Leyes generales de salud que incluyen disposiciones en materia de control del tabaco, por orden cronológico (1984-2008)*

<i>Año de emisión</i>	<i>Entidad</i>	<i>Nombre de la ley</i>	<i>Estatus</i>
1984	Federación	Ley General de Salud	Vigente
	Hidalgo	Ley de Salud Pública	Abrogada
1985	Zacatecas	Ley Estatal de Salud	Abrogada
	Querétaro	Ley de Salud del Estado	Abrogada
1986	Guanajuato	Ley de Salud del Estado	Vigente
	Jalisco	Ley Estatal de Salud	Vigente
1987	Durango	Ley de Salud del Estado	Abrogada
	Chihuahua	Ley Estatal de Salud	Abrogada
	Sinaloa	Ley de Salud del Estado	Abrogada
	Campeche	Ley de Salud del Estado	Abrogada
1988	Veracruz	Ley 113 de Salud del Estado	Vigente
	Nuevo León	Ley Estatal de Salud	Vigente
1992	Yucatán	Ley de Salud del Estado	Vigente
	Sonora	Ley Estatal de Salud	Vigente
1993	Coahuila	Ley Estatal de Salud	Vigente
1994	Oaxaca	Ley Estatal de Salud	Vigente
	Nayarit	Ley de Salud para el Estado	Vigente
	Michoacán	Ley de Salud del Estado	Vigente
	Puebla	Ley Estatal de Salud	Vigente
	Quintana Roo	Ley de Salud del Estado	Vigente

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

<i>Año de emisión</i>	<i>Entidad</i>	<i>Nombre de la ley</i>	<i>Estatus</i>
1995	Tabasco	Ley de Salud del Estado	Abrogada
	Guerrero	Ley 159 de Salud del Estado	Vigente
	San Luis Potosí	Ley Estatal de Salud	Abrogada
1998	Chiapas	Ley de Salud del Estado	Vigente
1999	Aguascalientes	Ley de Salud del Estado	Vigente
	Baja California Sur	Ley de Salud para el Estado	Abrogada
2000	Morelos	Ley de Salud del Estado	Abrogada
	San Luis Potosí	Ley Estatal de Salud	Abrogada
	Tlaxcala	Ley de Salud para el Estado	Vigente
	Colima	Ley de Salud del Estado	Vigente
2001	Baja California	Ley de Salud Pública para el Estado	Vigente
	Tamaulipas	Ley de Salud para el Estado	Vigente
2002	Durango	Ley de Salud del Estado	Vigente
2003	Querétaro	Ley de Salud del Estado	Abrogada
2004	Sinaloa	Ley de Salud del Estado	Vigente
	San Luis Potosí	Ley Estatal de Salud	Vigente
	Baja California Sur	Ley de Salud para el Estado	Vigente
2005	Morelos	Ley de Salud para el Estado de Morelos	Vigente
2008	Campeche	Ley de Salud del Estado	Vigente

Por otra parte, la legislación específica dirigida a la protección de los no fumadores empezó a promulgarse hacia la última década del siglo xx. Al día de hoy, prácticamente todas las entidades federativas cuentan con la suya. El cuadro 2 muestra, en orden cronológico, la aparición de estas leyes en cada entidad, incluyendo las del orden federal:

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

CUADRO 2. *Leyes específicas de protección a los no fumadores por entidad*

<i>Fecha de publicación</i>	<i>Entidad</i>	<i>Legislación</i>	<i>Última modificación</i>	<i>Estatus</i>
30/10/2006	Aguascalientes	Ley para la protección de los no fumadores	15/06/2015	Vigente
20/09/2013	Baja California	Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco	21/10/2016	Vigente
30/06/2014	Baja California Sur	Ley de protección a la exposición del humo de tabaco del estado de Baja California Sur	21/10/2016	Vigente
16/07/2009	Campeche	Ley de protección a la salud de los no fumadores	Sin modificación	Vigente
16/11/2015	Chiapas	Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco del estado de Chiapas	Sin modificación	Vigente
08/06/2005	Chihuahua	Ley de equilibrio ecológico y protección al ambiente	22/02/2017	Vigente
07/11/2009		Ley de protección a la salud de los no fumadores	22/02/2017	Vigente
29/01/2004	Ciudad de México	Ley de protección a la salud de los no fumadores	28/11/2014	Vigente
01/06/2007	Coahuila	Ley para la protección de los no fumadores	09/08/2016	Vigente
03/05/2008	Colima	Ley estatal de protección a la salud de los no fumadores	22/11/2016	Vigente
29/06/2006	Durango	Ley de protección a los no fumadores	19/03/2017	Vigente
31/08/2012	Estado de México	Ley de prevención del tabaquismo y protección ante la exposición al humo de tabaco	20/12/2016	Vigente
30/05/2008	Federación	Ley general para el control del tabaco	06/01/2010	Vigente
31/05/2009		Reglamento de la LGCT	09/10/2012	Vigente

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

<i>Fecha de publicación</i>	<i>Entidad</i>	<i>Legislación</i>	<i>Última modificación</i>	<i>Estatus</i>
28/05/2002	Guanajuato	Reglamento sobre el consumo del tabaco	07/05/2004	Vigente
02/01/2004	Guerrero	Ley núm. 101 para la protección de los no fumadores	Sin modificación	Vigente
07/06/2010	Hidalgo	Ley de protección contra los efectos nocivos del tabaco	31/12/2016	Vigente
17/11/2012	Jalisco	Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco	11/10/2016	Vigente
07/11/2008	Michoacán	Ley de protección a los no fumadores	29/12/2016	Vigente
14/12/2011	Morelos	Ley de protección contra la exposición frente al humo de tabaco del Estado de Morelos	04/05/2016	Vigente
	Nayarit	* No hay legislación		
14/06/2013	Nuevo León	Ley de protección contra la exposición al humo del tabaco	Sin modificación	Vigente
23/01/2015	Oaxaca	Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco	Sin modificación	Vigente
26/01/2005	Puebla	Ley de protección a los no fumadores	20/01/2010	Vigente
07/08/2007	Quintana Roo	Ley de protección a la salud de los no fumadores	Sin modificación	Vigente
28/03/2009	San Luis Potosí	Ley estatal de protección a la salud de las personas no fumadoras	20/12/2016	Vigente
11/02/2008	Sinaloa	Ley que protege la salud y los derechos de los no fumadores	28/12/2016	Vigente
06/03/2006	Sonora	Ley de protección ciudadana contra los efectos nocivos del tabaco	16/12/2013	Vigente
	Tabasco	* No hay ley específica		

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

<i>Fecha de publicación</i>	<i>Entidad</i>	<i>Legislación</i>	<i>Última modificación</i>	<i>Estatus</i>
06/09/2006	Tamaulipas	Ley de protección para los no fumadores	21/12/2016	Vigente
30/07/1997	Tlaxcala	Ley de protección para los no fumadores	23/04/2008	Vigente
11/01/2012	Veracruz	Ley número 327 para la protección de los no fumadores	Sin modificación	Vigente
08/06/2007	Yucatán	Ley de prevención de las adicciones y el consumo abusivo de bebidas alcohólicas y tabaco	28/12/2016	Vigente
05/10/2011	Zacatecas	Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco, antes ley de protección de la salud de los no fumadores	25/08/2012	Vigente

Solamente los estados de Nayarit y Tabasco carecen de legislación específica, y el estado de Guanajuato tiene un reglamento que desarrolla en detalle el artículo 160 bis de la ley de salud del estado.

En suma, la línea del tiempo de la historia de la legislación en materia de control del tabaco, que resulta relevante para este trabajo, podría resumirse de la siguiente manera:

CUADRO 3. *Historia de la legislación sobre control de tabaco en México*

<i>1984</i>	<i>2004</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2015</i>
LGS y Ley de Salud Pública del Estado de Morelos, emiten las primeras regulaciones generales.	D.F. y Guerrero, los primeros en emitir una legislación específica	LGCT	RLGCT	Chiapas es el Estado con la legislación específica más reciente.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE LA LEGISLACIÓN DEL ENTONCES DISTRITO FEDERAL

Analizaré aquí dos acciones de inconstitucionalidad y cinco amparos. ¿Qué argumentos se advierten, tanto por parte de los quejosos o accionantes como por parte de la SCJN?

3.1 Acción de inconstitucionalidad 167/2007

La Segunda Sala de la SCJN resolvió este caso el 9 de abril de 2008, bajo la ponencia de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, por unanimidad de cinco votos. El 3 de diciembre de 2007, el entonces procurador general de la República, Eduardo Tomás Medina-Mora Icaza, presentó la acción de inconstitucionalidad para impugnar la constitucionalidad de los artículos 12 bis y 32 de la LPSFDF, cuya reforma había sido publicada en la *Gaceta Oficial* de la entidad el 1 de noviembre de ese mismo año. En el primero de ellos se prescribía que quedaba prohibido para la industria tabacalera la promoción o patrocinio de eventos deportivos, culturales y sociales o actividades relacionadas con los mismos; mientras que en el segundo se establecía una multa (30 días de salario mínimo) al titular de la concesión o permiso de transportación pública de pasajeros que no fijara las señalizaciones o tolerara la realización de las conductas prohibidas a que se refería dicha ley. En cuanto al primero de los artículos impugnados, el procurador argumentó que se trataba de una facultad reservada al Gobierno federal, por lo que, a su juicio, violaba la distribución de competencias. Referente al artículo 32, señaló que la multa establecida era fija, lo cual era violatorio del artículo 22 constitucional.

La Segunda Sala de la SCJN no atendió los argumentos de fondo, porque se actualizó la causal de improcedencia prevista en el artículo 19, fracción V, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II, del Artículo 105⁷, ya que cesaron los efectos de la norma impugnada; lo anterior debido a que el 4 de marzo de 2008 se

⁷ Art. 19. Las controversias constitucionales son improcedentes: [...] V. Cuando hayan cesado los efectos de la norma general o acto materia de la controversia.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

emitió un decreto de reforma mediante el cual se derogó el artículo 12 bis de la norma impugnada y se reformó el 32 de la misma, para determinar, en el caso de este último, que la multa que se impondría sería de entre 30 y 100 días de salario mínimo.

Al respecto, conviene recordar que la acción de inconstitucionalidad fue interpuesta el 3 de diciembre de 2007 y resuelta el 9 de abril de 2008, es decir, apenas cuatro meses después. Este tipo de casos suelen considerarse como fáciles, puesto que sencillamente se trata de un “sobreseimiento de trámite”, en tanto que el motivo de impugnación desapareció de la legislación vigente: uno de los artículos fue derogado y el otro modificado en su contenido. En el caso de haber procedido la acción, es decir, si los artículos no se hubieran reformado, muy probablemente se habría determinado que el artículo 12 bis resultaba constitucionalmente válido, dado que la salubridad general es una facultad concurrente, por lo que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal bien podía legislar en materia de control de tabaco. Por su parte, el artículo 32 habría podido ser declarado como inconstitucional, en atención a la abundante jurisprudencia que interpreta el artículo 22 constitucional en el sentido de que de él emana la prohibición de establecer multas fijas.

3.2. Acción de inconstitucionalidad 119/2008

El Tribunal Pleno de la SCJN resolvió este caso el 3 de septiembre de 2009; el ponente fue el ministro Genaro David Góngora Pimentel.⁸ Algunos diputados de la Cuarta Legislatura de la

⁸ La votación fue un tanto controvertida; de hecho, hubo varias votaciones: 1) por mayoría de seis votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Silva Meza y del presidente Ortiz Mayagoitia, se determinó que Ley General para el Control del Tabaco sí es una ley general; los ministros Cossío Díaz, Gudiño Pelayo y Sánchez Cordero votaron en contra; 2) por mayoría de ocho votos de los ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Franco González, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Ortiz Mayagoitia, se determinó que en el caso concreto sí es posible analizar las violaciones indirectas que se hacen valer respecto de la Ley General para el Control del Tabaco; la ministra Luna Ramos votó en contra, y 3)

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

Asamblea Legislativa del Distrito Federal —parte actora en esta causa— impugnaron dos decretos de reforma: uno de 4 de marzo de 2008 y otro emitido el 3 de octubre de 2008; ambos de la LPSFDF. En cuanto al primer decreto, la impugnación fue considerada extemporánea, pues se llevó a cabo el 3 de noviembre de 2008, excediendo los 30 días previstos por el artículo 60 de la Ley Orgánica de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional.⁹ La impugnación del segundo decreto fue resuelta de fondo, a partir del siguiente argumento central planteado por la parte actora: la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es incompetente para expedir la ley impugnada, porque en términos del artículo 3, fracción XXII, de la LGS, el programa contra el tabaquismo es materia de salubridad general reservada constitucionalmente al Congreso de la Unión. A lo sumo —continúa el argumento—, las entidades federativas tienen facultades operativas —y no legislativas— en relación con el programa contra el tabaquismo. La parte actora también señaló que cuando se expidiera la LGCT —que se promulgaría con posterioridad a la presentación de la demanda— se produciría incertidumbre, porque habría contradicciones entre esta y la ley impugnada. Finalmente, señaló que esta última iba más allá de lo establecido en la LGS, ya que de conformidad con su artículo 31, quienes violasen dicha ley serían sancionados en los términos de la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal.

El Tribunal Pleno de la Corte advirtió, en primer lugar, que la impugnación no estaba directamente planteada contra la Constitución, sino contra la LGS, por lo que, en todo caso, se trataba de una violación indirecta. En este tipo de casos —se afirma en la sentencia—, de la interpretación literal del artículo 105, frac-

por unanimidad de nueve votos de los ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Peñayo, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Ortiz Mayagoitia, se aprobó el proyecto final. Los ministros Azuela Güitrón y Valls Hernández no asistieron a la sesión.

⁹ Art. 60. El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

ción II, de la CPEUM, se sigue que, por regla general, la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto el contraste entre una norma general y la Constitución, por lo que no podría proceder una impugnación indirecta; sin embargo, cuando se trata de normas de “especial relevancia constitucional” que tienen por objeto servir como parámetro de validez de otras normas, como las leyes generales o las leyes orgánicas, entonces es posible admitir una impugnación indirecta, como la planteada. Las leyes generales establecen las competencias concurrentes, es decir, determinan qué aspecto específico de la materia de que se trate debe legislar el Congreso de la Unión o los órganos legislativos locales, lo cual no puede hacer la Constitución. En ese sentido, dichas leyes generales pueden servir —señala la sentencia— como parámetro de control constitucional.

En segundo lugar, la Corte determinó que la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal (D.F., hoy Ciudad de México) sí tiene facultades para legislar en materia de protección a la salud de los no fumadores, ya que esta materia es un aspecto de salubridad general que debe ser considerada concurrente en términos de los artículos 4 y 73, fracción XVI, de la CPEUM. Consecuentemente, tanto la LGS como la LGCT (expedida, como se señaló, el 30 de mayo de 2008) solo establecen bases mínimas para que la federación, los estados o el D.F. desarrollen la distribución de competencias para legislar en esa materia. Dichas bases se encuentran en la LGS, de cuyos artículos 3, fracción XIV y 13, apartado B, fracción I, se advierte que los programas de prevención, orientación, control y vigilancia en materia de enfermedades atribuibles al tabaquismo corresponden a las entidades federativas, dentro de las que se encuentra el Distrito Federal. Por lo anterior, la Asamblea Legislativa de esa entidad puede legislar en materia de protección a la salud de los no fumadores, conforme al artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso i), constitucional, que faculta expresamente a dicho órgano a normar los aspectos de salubridad general que le competen.

Finalmente, para la Corte quedó claro que el hecho de que la legislación impugnada no coincidiera exactamente con los preceptos de la LGS no suponía necesariamente una violación constitucional, puesto que entre las leyes expedidas por la Asamblea y las que emite el Congreso de la Unión no existe relación

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

alguna de supra o subordinación, sino estrictamente de igualdad y yuxtaposición. Se trata —continúa la Corte— de un concepto dinámico de federalismo, en el que las líneas divisorias de las actividades de la Unión y de las entidades federativas son móviles y flexibles, en un necesario ambiente de cooperación y coordinación. De este modo, la relación competencial entre la federación y el Distrito Federal ha obedecido a dos criterios: uno de división vertical, según el cual las facultades para legislar en lo relativo al D.F. han recaído en el Congreso de la Unión —con excepción de lo expresamente concedido a la Asamblea Legislativa— y otro de tipo cooperativo, conforme al cual se establece un reparto de competencias entre la federación y el D.F. atendiendo a la distribución de competencias que se haga mediante las leyes generales. Consecuentemente, dice la Corte, la Asamblea Legislativa del D.F. estaba en condiciones de aumentar esas obligaciones y prohibiciones; lo que no podía era reducirlas, porque ello habría hecho nugatoria la ley general. Entonces, concluyó que el hecho de que el artículo 31 de la LPSFDF previera que los empresarios que incumplieran las disposiciones de la ley serían sancionados conforme a la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal, no resultaba violatorio del parámetro de regularidad constitucional, sino que, por el contrario, la legislación local ampliaba la protección mínima garantizada por la ley marco.¹⁰

Con relación a este caso, conviene señalar dos cosas:

- 1) Llama la atención el criterio porque constituye una declaración firme de la Suprema Corte en el sentido de que

¹⁰ La Corte emitió dos tesis de jurisprudencia: 1) la número 166, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Apéndice de 2011, t. I, Constitucional, 1. Distribución de Funciones entre las Entidades Políticas del Estado Mexicano Primera Parte -SCJN Tercera Sección- Esfera del Distrito Federal, Novena Época p. 216, de rubro: ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. ESTÁ FACULTADA PARA LEGISLAR EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES, y 2) Tesis P./J. 7/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2313, de rubro: ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. NO ESTÁ OBLIGADA A REGULAR LAS ÁREAS LIBRES DE HUMO DE TABACO EN LOS MISMOS TÉRMINOS QUE LOS DE LA LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

el parámetro de control de la regularidad constitucional no solo se extiende “hacia afuera”, es decir, hacia el derecho internacional de los derechos humanos, como lo señala el artículo 1 constitucional, sino también “hacia adentro”, a través de las leyes generales y las leyes orgánicas. Esta modalidad de impugnación prácticamente no se estila por los abogados, quienes suelen optar por la impugnación directa de normas generales con relación al texto constitucional. Con este criterio, la Corte admite que el bloque de constitucionalidad (llamado por la SCJN “parámetro de control de regularidad constitucional”) es claramente más amplio que el que regularmente se piensa, e invita a los litigantes y operadores jurídicos a mirar a las leyes generales y orgánicas en el mismo plano que los tratados internacionales. Esto supone que el principio pro persona, tan aclamado en la actualidad, tiene también movimiento hacia dentro del sistema, con lo cual podría eventualmente encontrarse en ese ámbito una mejor y mayor protección de derechos. ¿Qué pasaría si un juez o abogado argumentara en un determinado caso que la mayor protección se encuentra en alguna ley general y no en la Constitución, ni en un tratado internacional ni en la jurisprudencia de la Corte Interamericana? ¿El no argumentar de esta manera constituiría un caso de “malinchismo judicial”?¹¹

- 2) Este caso representa un esfuerzo de la Corte por fortalecer el federalismo, al distinguir entre los criterios de división vertical y división cooperativa en aquellas materias que son consideradas como concurrentes por la Constitución federal. La concepción de un federalismo dinámico constituye una muestra de clarificación de nuestro intrincado sistema de distribución de competencias. Es significativo el argumento de la Corte según el cual, si la Asamblea Legislativa no pudiera ir más allá de las bases mínimas de la LGS, entonces no tendría ningún sentido la facultad legislativa concurrente. Por lo demás, el verdadero sentido de

¹¹ En México, el “malinchista” es aquel que prefiere lo extranjero sobre lo nacional, en alusión a Marina (*La Malinche*), la supuesta amante y aliada de Cortés, que contribuyó a favor de los españoles durante la Conquista.

una facultad concurrente —queda claro en la sentencia— es permitir el desarrollo de la legislación local de conformidad con las necesidades sociales del lugar. Por ejemplo, la complejidad de una ciudad como la capital del país no puede compararse con la de un pequeño municipio del interior de la República; por ello, se antoja racional que a partir de las bases generales cada entidad determine los detalles de la regulación en materia de protección de la salud de los no fumadores.

3.3. Amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009

Como se señaló líneas arriba, la Corte seleccionó este grupo de expedientes de entre un número muy grande de asuntos similares para ser resueltos por la Comisión 34, integrada por secretarios de estudio y cuenta de la SCJN, y teniendo como ponente y coordinador al ministro José Ramón Cossío Díaz.¹² Los expedientes fueron resueltos el 15 de marzo de 2011 por el Tribunal Pleno de la SCJN, por unanimidad de 11 votos.¹³ Con estos cinco casos se logró abarcar la totalidad de los temas planteados en el conjunto mayor, y así emitir la jurisprudencia obligatoria que permitiría sentar precedentes para resolver casos futuros y poder delegar a los tribunales colegiados el resto de los casos.

¹² Prácticamente todos los quejosos fueron personas morales dedicadas a la industria de los servicios de alimentación. Los cinco casos seleccionados fueron los amparos en revisión: 1) AR 96/2009 Técnica Alimenticia con Sabor, S.A. de C.V.; 2) AR 97/2009 Grupo Posadas, S.A. de C.V.; 3) AR 123/2009 Gastronomía Carranza, S.A. de C.V.; 4) AR 160/2009 Coordinadora Mexicana de Restaurantes, S.A. de C.V. y Restaurantes Especializados, S.A., y 5) AR 234/2009 Club de Industriales, A.C.

¹³ El amparo en revisión 96/2009 tuvo dos votaciones diferenciadas: 1) la votación general fue por unanimidad de 11 votos, y 2) por mayoría de seis votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia, se determinó que no debería hacerse referencia a un “núcleo esencial”, en el considerando séptimo. Los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Sánchez Cordero de García Villegas y el presidente Silva Meza votaron en contra.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Los planteamientos de los quejosos fueron tan imaginativos como sugerentes: se consideró que la legislación violaba la libertad de comercio, el principio de igualdad y no discriminación, el derecho de propiedad; que las restricciones de la ley se traducían en penas inusitadas y trascendentes; que las prohibiciones descansaban en un paternalismo injustificado que violaba derechos humanos, y que se violaban los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Antes de profundizar en estas líneas argumentativas, conviene señalar que la base argumental que utilizó la SCJN para responder los argumentos concretos fue un test de proporcionalidad de escrutinio no estricto, ya que no estaba involucrada alguna categoría sospechosa¹⁴ (tesis P./J. 28/2011 y P./J. 29/2011).¹⁵ El test es el siguiente:

¹⁴ La doctrina de los niveles de escrutinio proviene de la tradición estadounidense, concretamente del caso *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). En este caso se analizó la constitucionalidad de una ley federal que prohibía el comercio interestatal de leche entera. Lo más relevante de este caso fue la famosa *Footnote Four*, en la que la Suprema Corte de los Estados Unidos introdujo la idea de crear diferentes niveles de escrutinio o revisión judicial sobre la inconstitucionalidad de algunas leyes, en relación con la importancia de los derechos que afectan. Con el tiempo, se desarrollarían los estándares de escrutinio leve, medio y estricto. El escrutinio estricto está directamente relacionado con las “categorías sospechosas”, es decir, contenidos o temas sociales de gran relevancia como la raza, el origen nacional, la religión y, en algunos casos, el nacimiento, en los Estados Unidos. Se considera que el primer caso en el que realmente fue aplicado el escrutinio estricto fue en *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), en el que se validó una orden ejecutiva que detuvo a los japoneses estadounidenses en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, sin importar su ciudadanía. Véase Hernández Martínez, Fredy Antonio, “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: un análisis a las constituciones de los 50 estados”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 84, núm. 2, pp. 303 y ss. Esta doctrina fue introducida en la Corte mexicana, en la Tesis Aislada 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183, de rubro: PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.

¹⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 5, de rubro ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

- 1) La medida persigue una finalidad constitucionalmente legítima, ya que la exposición de motivos refleja que la finalidad de la norma es la protección de la salud prevista en el artículo 4 constitucional.
- 2) La medida es instrumentalmente apta y necesaria porque, valiéndose de estudios científicos, como el realizado en 2009 por el Instituto de medicina de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos: “Secondhand Smoke Exposure and Cardiovascular Effects: Making Sense of the Evidence”, la SCJN concluyó que existe una relación causa-efecto entre el humo que se inhala pasivamente y la elevación del riesgo de padecer problemas cardiovasculares. Además, señaló que existen estudios similares que demuestran que las medidas podrían reducir el riesgo de un infarto entre 6 y 47%.
- 3) Finalmente, la medida es proporcional, porque no incide en el centro o núcleo del derecho a elegir una profesión u oficio; de hecho “[...] la restricción legislativa no es una restricción de entrada, no condiciona la posibilidad de tener la propiedad o la explotación de un establecimiento mercantil, sino que simplemente regula algunas de sus condiciones de ejercicio, como tantas otras en el universo de normatividad reguladora de los establecimientos y oficinas abiertas al público”.¹⁶ Por lo demás —agrega la Corte— la prohibición de fumar es dual: aunque limita o modula el ejercicio de la libertad de comercio de unos, aumenta y potencia el ejercicio de la libertad de trabajo de

CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN, y *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 20, de rubro PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES. LAS NORMAS QUE RESTRINGEN LA POSIBILIDAD DE FUMAR EN ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES ABIERTOS AL PÚBLICO DEBEN SER ANALIZADAS BAJO ESCRUTINIO NO ESTRINGIDO.

¹⁶ Véase, por todos, el amparo en revisión 96/2009, *cit.*, p. 81. Conviene aclarar que el primer test de igualdad de la SCJN se transformó en la entonces tesis asilada 1ª. LXVI/2008, de la Primera Sala, que fue la invocada en el asunto. Posteriormente, se transformó en la tesis jurisprudencial 1ª. J. 2/2012 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. V, t. 1, febrero de 2012, p. 533, de rubro: RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

otros: los trabajadores de oficinas y comercios que quedarán a salvo del humo.

Con la aplicación del test anterior, prácticamente quedó resuelto el núcleo de la impugnación de todos los amparos; sin embargo, en cada una de las sentencias, la Corte tuvo el cuidado de atender puntualmente los argumentos esgrimidos por los quejosos. A continuación, doy cuenta de cada uno de ellos acompañados de la respuesta de la Corte y de un comentario personal.

a) *Falta de competencia*

A juicio de los quejosos, el legislador local no tiene facultades para legislar en materia de protección a la salud de los no fumadores, por lo que no puede tomar medidas distintas a las previstas en la LGCT. Para resolver este planteamiento, la Corte aplicó la jurisprudencia surgida de la acción de inconstitucionalidad 119/2008 (supra, apdo. 3.2), con la cual determinó que la Asamblea Legislativa del D.F. claramente estaba facultada para legislar en la materia y podía extender las prohibiciones correspondientes a partir de las bases mínimas.¹⁷

A mi juicio, este argumento, además de buscar la no redundancia (se aplica un precedente obligatorio derivado de una acción de inconstitucionalidad que resuelve de manera puntual el problema planteado), pone en práctica esa suerte de bloque de constitucionalidad “hacia adentro”, al que me referí líneas arriba. Con ello es claro que, por un lado, el Tribunal Pleno es consistente con sus propios criterios y, por el otro, muestra una genuina deferencia con el legislador.

¹⁷ Con todo, el Pleno generó dos tesis jurisprudenciales: Tesis P./J. 19/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 8, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. EL LEGISLADOR LOCAL TIENE COMPETENCIA PARA EMITIRLA, y Tesis P./J. 20/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 6, registro 161232. de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. EL LEGISLADOR LOCAL PUEDE ADOPTAR MEDIDAS DISTINTAS A LAS PREVISTAS EN LA LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

b) Libertad de comercio

A decir de los quejosos, la legislación antitabaco restringe el ejercicio del comercio, porque les priva del derecho a elegir si en su establecimiento se destinan áreas debidamente acondicionadas para fumadores. Consideran que tienen derecho a prestar sus servicios a todas las personas, independientemente de su calidad de fumadores o no fumadores, y que ese derecho se ve restringido por las reformas combatidas, al impedirseles prestar sus servicios a los fumadores. Finalmente, consideran que los cambios legislativos provocarán que las personas que fuman dejen de asistir a los establecimientos, con lo cual disminuirán sus ganancias.

El argumento fue calificado por la Corte como infundado. A su juicio, la legislación no impone una limitación desproporcionada, ya que las medidas no inciden en el núcleo del derecho (libertad de comercio); no se trata de una restricción, sino de una regulación de algunas de las condiciones de su ejercicio, como tantas otras. El efecto de la prohibición es dual: limita y modula el ejercicio de la libertad de comercio en unos, pero aumenta y potencia el ejercicio de la libertad de trabajo de otros: los trabajadores de las oficinas y establecimientos abiertos al público en el Distrito Federal.¹⁸

El razonamiento es muy interesante, pues muestra una relación entre la modulación o regulación de un derecho (libertad de comercio) y la potenciación de otro (derecho al trabajo), lo que es justamente la proporcionalidad. Lo remarcable aquí radica en que la potenciación del segundo sirve como justificación de la limitación del primero, tal y como lo pensó Robert Alexy, aunque sin necesidad de la fórmula de peso. Con todo, se trata —si se me permite— de un “caso fácil” de proporcionalidad, pues nadie —o casi nadie— se atrevería a defender racionalmente el ejercicio de una libertad (la de comercio) basada en una actividad objetivamente perniciosa para la salud en general, como fumar, frente

¹⁸ El criterio quedó registrado en la jurisprudencia P./J. 27/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 19, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS LIMITADORAS DE LA LIBERTAD DE COMERCIO.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

a otra libertad (la de trabajo) basada en un bien objetivamente valioso como el trabajo remunerado. A esta “facilidad” de ciertos casos de ponderación Atienza apela más bien un sentido común jurídico.¹⁹

c) Violación al principio de igualdad y no discriminación

Las empresas quejasas afirman que la ley impugnada es discriminatoria en dos sentidos: 1) impide prestar servicio a los fumadores en espacios cerrados, lo cual implica un trato desigual injustificado con relación a los no fumadores, como si aquellos fueran delincuentes, y 2) supone un trato discriminatorio para los establecimientos que no cuentan con espacios abiertos con relación a los que sí los tienen.

Para la Corte, la medida resulta adecuada desde los fines de la norma: proteger a las personas contra los efectos del humo del tabaco, por ello no es posible afirmar que se da una ventaja injustificada a los establecimientos que cuentan con espacios abiertos. La normativa prohíbe a los consumidores de tabaco dañarse a sí mismos en espacios determinados y les permite hacerlo en espacios abiertos donde el daño para terceros es menor. La ley solo determina condiciones de operación que están plenamente justificadas. Por lo anterior, el argumento resultó infundado.²⁰

Me parece claro que, aunque no se dice expresamente, este argumento es justificadamente paternalista porque cumple con la estructura y la materialidad: 1) si se quiere evitar un daño al sujeto B, que es un fumador, y 2) B muestra déficit de voluntad, entonces 3) se debe imponer a B la medida X (impedir prestar servicio de comidas a los fumadores en lugares cerrados).²¹ Cla-

¹⁹ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y cambio social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 154-156.

²⁰ El criterio quedó consignado en la tesis P./J. 30/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 11, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

²¹ La estructura de este argumento fue elaborada por Alemany, Macario, *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006, p. 352. En la misma obra, el au-

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

ramente, la medida paternalista está en la ley, la Corte solamente la refrenda. Sin embargo, llama la atención el hecho de que en la sentencia no se haya abundado sobre la conexión de este argumento y la no violación al principio de igualdad y no discriminación. Parece un argumento entimemático en el que no se enuncia una de las premisas: “Dado que las restricciones a la práctica de fumar están justificadas (porque evitan o disminuyen daños a la salud), entonces la separación de espacios para fumadores y no fumadores no es discriminatoria”. El argumento completo podría reformularse en dos pasos:

1. *Si X es una restricción justificada a la práctica de fumar, entonces Y (sus consecuencias también están justificadas).*
2. *Separar lugares para fumadores y no fumadores es un ejemplo de X, es decir, es una restricción justificada a la práctica de fumar.*

Por tanto,

3. *Separar lugares para fumadores y no fumadores es Y, es decir, es una consecuencia justificada.*

Posteriormente, la conclusión anterior podría utilizarse como premisa de otro argumento, con el fin de conectar el tema de las restricciones con el de la discriminación:

1. *Si separar lugares para fumadores y no fumadores es una consecuencia justificada, entonces esa separación no implica discriminación.*
2. *La norma Z obliga a separar lugares para fumadores y no fumadores.*

Por tanto,

3. *La norma Z no es discriminatoria.*

d) Violación al derecho de propiedad

Para los quejosos, la ley impugnada viola el derecho de propiedad porque impide a las empresas seguir operando en las mismas condiciones en que lo venían haciendo. En otras palabras, la

tor defiende un paternalismo justificado con relación con las medidas legislativas contra el tabaquismo en España (pp. 340-342).

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

ley obliga a las empresas a hacer cambios en la infraestructura de sus establecimientos (separar espacios físicos para fumadores y no fumadores) como condición para seguir prestando el servicio, lo cual implica inversión y gastos que ellos consideran injustificados. Los empresarios conciben al derecho de propiedad como garantía para mantener sus expectativas de rendimiento económico, y consideran que la ley vulnera dicha garantía. Para ellos, la ley viola sus “derechos adquiridos” a seguir prestando el servicio de la misma forma en que venían haciéndolo.

A juicio de la Corte, el argumento anterior es infundado porque el derecho de propiedad no ampara las pretensiones y prerrogativas alegadas por los quejosos, ya que no afecta la posibilidad de seguir dedicándose a las actividades propias de su objeto —preparar y servir comidas y bebidas—, pues no existe un impacto normativo que se acerque siquiera a afectar el núcleo de esos derechos. Las modulaciones que hace la ley están sobradamente justificadas por el derecho a la salud. Por lo demás —termina la Corte—, el derecho a la propiedad no confiere a los individuos derechos adquiridos para prestar el servicio en las condiciones en las que venían haciéndolo, ya que la modulación está justificada por el derecho a la salud.²²

Desde mi punto de vista, otra forma de esgrimir este argumento podría estar basada en los derechos como posiciones jurídicas de Hohfeld:²³ la posición jurídica de las empresas quejosas es una *sujeción* correlativa a una *potestad* del Estado.²⁴ Así,

²² El criterio quedó plasmado en la jurisprudencia P./J. 21/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 10, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO VULNERA EL DERECHO DE PROPIEDAD.

²³ Hohfeld, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrío, México, Fontamara, 1991, pp. 47 y ss.

²⁴ Una cosa es la relación jurídica que existe entre un fumador, que quiere fumar dentro de un restaurante, y otra distinta un no fumador que pretende disfrutar de su estancia en el mismo lugar sin la molestia del humo. En términos hohfeldianos, la correlación entre ellos sería la de deber del primero como correlativo al derecho del segundo. Sin embargo, el caso que comentamos es un juicio de amparo indirecto promovido contra una ley, en el que las partes son las autoridades responsables (emisoras y ejecutoras

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

el Estado mexicano, mediante una autorización o licencia para la prestación del servicio de restaurante (expendio de comidas y bebidas) ejerce una potestad frente a las empresas que están sujetas a dicha autorización. Las normas que rigen este tema son constitutivas, es decir, posibilitan que se genere un estado de cosas institucional si y solo si sus destinatarios cumplen con una serie de condiciones o requisitos legales. En el caso de las autorizaciones para la expedición de comidas y bebidas, las condiciones aumentaron; una de ellas fue establecer espacios separados para fumadores y no fumadores. El Estado tiene en todo momento la potestad de aumentar o disminuir esos requisitos de forma justificada, porque tiene la legitimidad democrática para hacerlo. Y el ciudadano interesado en la autorización ha de cumplir con esos requisitos a fin de obtenerla. Por otra parte, la posición jurídica opuesta a la potestad, en términos de Hohfeld, es la *incompetencia*. Una empresa como la quejosa no es titular de una potestad y, por tanto, es *incompetente* para crear, modificar, disponer o decidir acerca de las nuevas condiciones de aplicación de la norma impugnada.

El error de las empresas fue articular su demanda en términos de “derechos adquiridos”, porque no se puede hablar jurídicamente de un “derecho a una autorización”, ni mucho menos de un “derecho a la no alteración de requisitos legales”; tampoco de que el Estado tenga una “obligación a no alterar las condiciones de las autorizaciones”, especialmente cuando existen razones justificadas para ello.

En suma, en términos hohfeldianos, la relación jurídica que nos ocupa está dada entre el Estado, como titular de la *potestad* de otorgar o no las autorizaciones, y la empresa quejosa, en una posición *correlativa* de *sujeción* frente a dicha potestad; asimismo, la posición *opuesta* de la empresa es su *incompetencia* para decidir sobre las condiciones de aplicación de la norma. Por lo anterior, el Estado puede, a través de la legislación, modificar —racional y justificadamente— las condiciones de las autorizaciones y licencias, y la empresa quejosa, si quiere conservar su permiso, tiene

del acto reclamado, es decir, de la ley) y el quejoso. Por ello, considero que la correlación que conviene explicar es la de potestad-sujeción.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

que avenirse a los nuevos requisitos o modalidades legales, sin que pueda articular que su viejo permiso constituye un derecho adquirido, el cual en realidad nunca tuvo.

e) Penas inusitadas y trascendentes

Las empresas quejosas afirman que la disposición legal según la cual es jurídicamente posible que los dueños o trabajadores de los establecimientos mercantiles pidan a sus clientes que no fumen en espacios cerrados y, en su caso, que abandonen el lugar, con la posibilidad de pedir auxilio a la fuerza pública, se traduce en una pena de las prohibidas por el artículo 22 constitucional, porque tal situación genera estigmatizaciones, calumnias y difamaciones contra las personas que tienen el hábito de fumar.

Para la Corte, la medida referida no se traduce en una pena trascendente, porque las medidas no contienen sanciones administrativas y no son excesivas ni equiparables a tratos inhumanos, crueles o degradantes. Se trata más bien de medidas “cuidadosamente diseñadas para que se cumpla la efectividad de la medida, ahorrando un costo de vigilancia, e impidiendo que sean los particulares quienes ejerzan eventualmente la coerción”.²⁵ Por lo que hace a las infracciones, estas pueden consistir en arresto hasta por 36 horas, o bien, la suspensión temporal del servicio o clausura definitiva, mismas que serán impuestas por las autoridades competentes. Se trata, en este último supuesto, de sanciones administrativas previstas en el artículo 21 constitucional.²⁶

²⁵ SCJN, Amparo en revisión 96/2009, Tribunal Pleno, p. 115.

²⁶ Con estos argumentos, se crearon dos tesis jurisprudenciales: Tesis P./J. 24/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 14, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS OBLIGACIONES DE AUTORIDADES Y PARTICULARES ORIENTADAS A GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LA PROHIBICIÓN DE FUMAR EN ESPACIOS CERRADOS NO CONSTITUYEN PENAS INUSITADAS NI TRASCENDENTALES, y la Tesis P./J. 23/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 16, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS SANCIONES QUE PUEDEN IMPONERSE ANTE LA CONTRAVENCIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY RELATIVA NO CONSTITUYEN PENAS INUSITADAS NI TRASCENDENTALES.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

En mi opinión, lo que alegan las empresas quejasas en realidad es una afectación indirecta, ya que no serían ellas las “estigmatizadas”, “calumniadas” o “difamadas” —para emplear sus términos—, sino los comensales. A lo sumo, las empresas podrían sufrir alguna merma económica con la eventual pérdida de clientes. Este intento de las empresas podría constituir, por un lado, una desviación de la cuestión y, por el otro, una falsa analogía. Lo primero porque, como se ha dicho, las empresas buscan evitar pérdidas a toda costa: no gastar dinero en remodelaciones a sus instalaciones dividiendo áreas de fumadores y no fumadores, por ejemplo. Sin embargo, lanzan un llamado de atención más escandaloso hacia las aparentes vejaciones y humillaciones de las que podrían ser objeto sus clientes, lo cual constituye una auténtica falacia de la desviación de la cuestión. Lo segundo porque, como señaló la Corte, no hay punto de comparación entre la medida legal según la cual un empleado puede pedir a un cliente que apague su cigarrillo o que salga del lugar, con la posibilidad de solicitar la intervención de la policía, y una pena como las prohibidas por el artículo 22 constitucional (muerte, mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento de cualquier especie, multa excesiva, confiscación de bienes o cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales). Hacer una comparación de ese tipo parece simplemente un disparate.

f) Violación de los principios de legalidad y seguridad jurídica

A juicio de las empresas quejasas, la prohibición de fumar en lugares cerrados va más allá del objeto de la ley impugnada que se circunscribe a proteger la salud de la población de los efectos nocivos derivados de la inhalación involuntaria del humo del tabaco, por lo que no debe extenderse a quienes voluntariamente aceptan su inhalación. Para ellas, las normas respectivas carecen de la debida motivación y fundamentación, por lo que su aplicación provocará comercios irregulares y una descomunal cadena de corrupción. Por lo demás —agregan— no se contempla al fumador pasivo que voluntariamente quiere exponerse al humo del tabaco.²⁷

²⁷ Se hace notar que este argumento está contenido en la demanda de amparo y también en el recurso de revisión, con el añadido de que la jueza de distrito no respondió en realidad el planteamiento original. El Tribunal Pleno

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

La Corte consideró que los argumentos anteriores resultaban infundados porque, contrariamente a lo señalado por las empresas quejas, la ley impugnada sí tiene por objeto proteger a quienes voluntariamente inhalan humo de tabaco, de conformidad con el contenido del artículo 1 de la LPSFDF. A decir del Tribunal Pleno, la ley tiene por objeto: *a)* proteger la salud de la población de los efectos nocivos por inhalar involuntariamente el humo de tabaco; *b)* establecer mecanismos, acciones y políticas públicas tendentes a prevenir y disminuir las consecuencias derivadas del consumo de tabaco y de la exposición al humo en cualquiera de sus formas, y *c)* definir y establecer las políticas y acciones necesarias para reducir el consumo de tabaco y prevenir la exposición al humo, así como la morbilidad y mortalidad relacionadas.

Si se toman en cuenta los incisos *b)* y *c)* —dice la Corte—, la protección de los inhaladores voluntarios se deriva de la obligación de establecer mecanismos, acciones y políticas públicas tendentes a prevenir y disminuir las consecuencias derivadas de la exposición al humo de tabaco en cualquiera de sus formas. Por ello, el hecho de que la ley extienda su protección a todos los fumadores pasivos, sin tomar en cuenta su consentimiento, no resulta desmedido y excesivo, ya que la Constitución, siendo respetuosa de la autonomía personal, no es neutra en relación con determinados intereses como la salud o la vida. El Estado tiene un interés en que estos valores se realicen en la vida social, por lo que las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud.²⁸

lo calificó como fundado, porque la jueza de distrito se limitó a responder que no existía contradicción alguna entre la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal y la Ley de Protección a la Salud de los no Fumadores en el Distrito Federal, pues de ambas solo deriva la obligación de acatar las disposiciones jurídicas en materia de protección a la salud de los no fumadores, en coadyuvancia del interés social y el orden público regulado por ambas leyes. Sin embargo, ello solamente generó que el Tribunal Pleno de la Corte estudiara el concepto de violación correspondiente y lo declarara infundado.

²⁸ El criterio quedó plasmado en la tesis jurisprudencial P./J. 22/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 13, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA Y SU REGLA-

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

A mi juicio, este argumento es nuevamente un buen ejemplo de paternalismo justificado, ya que la medida va aun en contra de la voluntad de quien, sin ser fumador, pudiera alegar indiferencia —o incluso deseo— ante el humo de tabaco que otros generan. La ley impugnada establece una interferencia paternalista justificada no solo con relación a los fumadores activos, sino que también abarca a los pasivos, tanto voluntarios como involuntarios. Si pasamos la norma impugnada por el test paternalista de Macario Alemany,²⁹ podríamos concluir que la interferencia está justificada:

El Estado mexicano (A) ejerce justificadamente paternalismo sobre (B), es decir, los destinatarios de la norma: fumadores activos y pasivos, voluntarios e involuntarios, por medio de (X), es decir, la LPSFDF, si y solo si:

1. X es una medida idónea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños, en este caso, de tipo físico y psíquico, y no hay una forma alternativa no paternalista y de costes razonables para evitarlos. Como hemos visto, el Pleno de la Corte ha señalado que lo es.
2. La tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en un estado de incapacidad básica del sujeto B.³⁰
3. Se puede presumir racionalmente que B presenta su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones, como al contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incompetencia básica.

MENTO NO VIOLAN LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.

²⁹ Alemany, Macario, *op. cit.*, p. 423.

³⁰ Siempre de acuerdo con la clasificación de Alemany, las adicciones son incapacidades básicas tipo II, así que la adicción al tabaco podría calificar como parte de esta categoría. Sin embargo, si hablamos solamente de un hábito de fumar que no llegue a la adicción, o de un hábito de “aceptar voluntariamente la inhalación del humo producido por otros”, como alegan las quejas, estaríamos en presencia de una debilidad de la voluntad que es calificada por el autor como una “preferencia inconsistente”. *Ibidem*, pp. 411 y 412.

4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DERIVADA DE LA LGCT Y SU RELACIÓN CON LA LGS

Luego del capítulo referente al Distrito Federal, la impugnación de normas relativas a la regulación del consumo del tabaco volvió al juicio de amparo en 2008, cuando se promulgó la LGCT y se derogaron algunas disposiciones de la LGS, aunque los amparos se resolvieron cuatro o cinco años después en la SCJN. Se trata de cinco amparos en revisión: 315/2010 (Pleno), 430/2010 (2ª Sala), 2/2012 (1ª Sala), 725/2012 (1ª Sala) y 508/2012 (1ª Sala).³¹ Para seguir con el mismo método, expondré los argumentos de los quejosos y los de la Corte, seguidos de un comentario personal.

4.1. Amparo en revisión 315/2010

La historia de esta resolución es agridulce. La parte agria tiene que ver con el resultado y la dulce con el proceso de argumentación. El resultado es un sobreseimiento o, mejor dicho, la confirmación de un sobreseimiento. El proceso argumentativo, sin embargo, vale la pena destacarlo porque fue el primer análisis, a nivel institucional, de uno de los conceptos más controvertidos en la historia del amparo mexicano: el interés jurídico.

Los hechos del caso son sencillos: un activista antitabaco, apoyado por un grupo de abogados, acudió al juicio de amparo para combatir el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, el viernes 30 de mayo de 2008, mediante el cual se expedía la LGCT. Conviene recordar que en ese mismo decreto se derogaron y reformaron diversas disposiciones de la LGS. Los alegatos del quejoso y sus abogados estaban dirigidos esencialmente a denunciar que los referidos actos legislativos habían generado un vacío legal en materia de publicidad, promoción y

³¹ Con excepción del AR 315/2010, que fue promovido por un activista, todos estos casos fueron llevados a los tribunales por empresas dedicadas a la industria alimentaria: el AR 430/2010, Grupo Primera María, A.C.; AR 2/2012 Carlos Alberto Claudio Serdio (empresario en el ramo de papelería); AR 508/2012, Operadora Cantabria, S.A. de C.V.; y AR 725/2012, Hipódromo de Agua Caliente, S.A. de C.V.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

patrocinio del tabaco, que a su juicio generaban graves violaciones a los derechos de los no fumadores. El presunto vacío legal se había generado con la derogación de determinados artículos de la LGS,³² y con la emisión de otros de la nueva ley.³³

El juicio de amparo fue sobreseído, por falta de interés jurídico, por el Juzgado Tercero de Distrito del Centro Auxiliar de la Primer Región, el 26 de agosto de 2009. Esta resolución fue impugnada por los quejosos y el recurso sería resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, el 28 de marzo de 2011, mediante el ejercicio de la facultad de atracción, por la mencionada Comisión 34 (supra, apdos. 1, y 3.3). Como adelanté, la sentencia terminó en una agria confirmación del sobreseimiento; sin embargo, produjo un dulce avance conceptual con relación a cómo debía entenderse el concepto de “interés jurídico”, tres meses antes de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, en la que se moduló este concepto mediante la inclusión del “interés legítimo” en el artículo 107 constitucional, y dos años antes de que la Ley de Amparo de 2013 también lo incluyera.

En la sentencia de la Corte se distinguen tres grandes apartados: 1) un estudio sobre la causal de sobreseimiento contenida en la fracción V del artículo 73 de la antigua Ley de Amparo (falta de interés jurídico), en el que se concluye que en el caso no se actualiza dicha causal y que, por ende, las razones del juez de distrito para sobreseer el asunto son insuficientes; 2) una llamada de atención sobre los límites y alcances del juicio de amparo: el amparo no puede ser tratado como un medio de control abstrac-

³² Se trataba de los arts. 301, 308, 308 bis y 309 bis de la Ley General de Salud, relativos todos a la publicidad del tabaco. Los arts. 301 y 308 dejaron de regular lo relativo al tabaco; establecían que la Secretaría de Salud debía revisar toda la publicidad concerniente al alcohol y al tabaco antes de permitir su exposición al público, y los requisitos que debía cumplir la publicidad del tabaco para poder ser expuesta al público. Los artículos 308 bis y 309 bis fueron derogados; el primero regulaba la publicidad del tabaco en exclusiva, mientras que el segundo tutelaba el derecho a la salud de los menores.

³³ Se trata de los arts. 23, 25 y 27 de la Ley General para el Control del Tabaco, que regulan lo relativo a la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, así como la posibilidad de que en determinados lugares abiertos al público existan lugares destinados para fumar.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

to de constitucionalidad, y 3) la actualización de otra causal de sobreseimiento, distinta a la falta de interés jurídico: la imposibilidad de dar efectos al amparo.

a) Interés jurídico

El argumento central del juez de distrito consistió en que el quejoso no acreditó ser destinatario de las normas impugnadas (recuérdese que se trataba de normas que regulaban la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco), porque no probó en el juicio que fuera publicista o promotor de productos derivados del tabaco; propietario o poseedor de lugares concurridos, áreas interiores de trabajo, públicas o privadas, incluidas las universidades e instituciones de educación superior, o consumidor de productos derivados del tabaco. Por ello, el juez estimó que el decreto impugnado no ocasionaba la afectación jurídica requerida por las reglas procesales del amparo, en la esfera del quejoso.

El recurrente consideró que el razonamiento anterior resultaba equivocado porque en este tipo de casos no se puede exigir que las normas impugnadas estén claramente dirigidas al quejoso, ya que en realidad su finalidad es tutelar el derecho a la salud de todos, que es un derecho subjetivo público. Asimismo, estimó que el concepto de interés jurídico que la jurisprudencia mexicana ha elaborado es mecanicista y no es acorde con el carácter normativo de la Constitución.

Para el Pleno de la Corte, los anteriores argumentos resultaron fundados, ya que la salud es un derecho básico que puede ser reclamado por cualquiera, por lo que el quejoso sí cuenta con interés jurídico para reclamarlo, de conformidad con la Ley de Amparo y la Constitución entonces vigentes. Para llegar a esta determinación, la Corte hizo un recorrido por su jurisprudencia histórica de la quinta a la novena épocas y concluyó que el núcleo del concepto interés jurídico ha estado directamente relacionado con el de derecho subjetivo, entendido como el reflejo de un derecho objetivo expresamente reconocido por una norma jurídica. A partir de este momento, la Corte argumenta, no en contra de ese concepto clásico kelseniano de interés jurídico, sino a favor de que un derecho como la salud deba ser considerado como un derecho objetivo en esos términos. La estrategia de la Corte fue

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

una interpretación sistemática del artículo 4 Constitucional, con relación a la Observación General 14 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de las Naciones Unidas.³⁴

El resultado de este análisis fue que el derecho a la salud incluye, además de la obligación estatal de *respetar*, otros cuatro tipos de obligaciones: 1) *proteger*; 2) *cumplir*; 3) *“cumplir-facilitar”*, y 4) *“cumplir-promover”* la salud.

- 1) La primera implica que los Estados deben adoptar medidas para impedir que los particulares frustren el disfrute del derecho por parte de todos y, en particular, velar porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.
- 2) La segunda requiere que los Estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales.
- 3) La tercera requiere también que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud.
- 4) La cuarta exige que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población (p. 42 de la sentencia). Así, para la Corte, a fin de que el Estado pueda cumplir con estas obligaciones internacionales, debe emitir normas que protejan, mantengan, preserven, restauren y promuevan la salud, *sin ser necesario que las mismas se dirijan a individuos particulares*. Por tanto, cualquier individuo que impugne normas que regulen el derecho a la salud porque las considere violatorias de este derecho tiene interés jurídico para acudir al juicio de amparo.

b) Límites y alcances del juicio de amparo

Un lector promedio de esta sentencia podría decir que hasta este momento los recurrentes habían triunfado; sin embargo, el Pleno de la Corte parece haber advertido que si se levantaba el sobreseimiento decretado por el juez de distrito, el siguiente

³⁴ Como se sabe, el organismo encargado de monitorear el cumplimiento de los compromisos asumidos por los firmantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado por el Estado mexicano.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

sería el análisis de constitucionalidad de las normas impugnadas y, eventualmente, la concesión del amparo. Entonces, al parecer vino la preocupación por las posibles consecuencias: ¿qué sentido tendría una sentencia que amparara en exclusiva al quejoso por las normas impugnadas, dado nuestro decimonónico juicio de amparo?³⁵ ¿Cómo se podría ejecutar la sentencia a fin de que los artículos impugnados no fueran aplicados al quejoso?

Ante tal situación, el Tribunal Pleno argumentó que para que el juicio de amparo sea procedente no basta con que el quejoso tenga interés jurídico para impugnar normas que regulan el derecho a la salud, sino que también es necesario que su pretensión sea de tal naturaleza que permita a la Corte decretar un remedio individualizado, esto es, que solo le beneficie a él (pensemos en una multa que no se paga).

El caso en extremo opuesto es el efecto que tiene la invalidez de una norma producto de una acción de inconstitucionalidad o una controversia constitucional, que es un efecto general que beneficia a todos los destinatarios de la norma de que se trate. Pero la Corte avanza un interesante criterio intermedio que en la sentencia denomina “efecto ultrapartes” del juicio de amparo. Se trata de la posibilidad de que se dicte una sentencia en la que se conceda el amparo, en principio individualizado, pero que tenga efectos colaterales o fácticos con relación a terceros. Como ejemplo, la sentencia señala un hipotético caso en el que se ampara a una persona que accede a los edificios públicos en silla de ruedas con el fin de que las autoridades los habiliten a tal efecto; en ese supuesto, las acciones materialmente necesarias

³⁵ Recuérdese que ahora como entonces sigue vigente el principio de relatividad de las sentencias de amparo, mejor conocido como “fórmula Otero”: Ley abrogada: “Artículo 76. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”. Ley vigente: “Artículo 73. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda”.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

para ello implicarán un beneficio directo para el quejoso, pero también para otras personas en la misma situación, que a partir de ese momento podrán hacer uso de las instalaciones sin dificultades.

Con todo, la Corte advierte que para que se pudieran actualizar ese tipo de efectos tendría que demostrarse que los mismos son colaterales y tienen que estar unidos por una relación de conexidad fáctica o funcional con los efectos concretos. El límite sería, entonces, que los efectos no podrían ser “central o preliminarmente colectivos”, ya que para ello la Constitución prevé dos mecanismos específicos: las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad. En estas condiciones, se presenta nuevamente la posibilidad de cerrar la puerta de la procedencia del juicio de amparo, que había sido abierta por la propia Corte.

c) Resultado final: el sobreseimiento

Llegados a este punto, la sentencia hace un comparativo del texto de las normas impugnadas antes y después del decreto impugnado y presenta un resumen de los conceptos de violación, a fin de determinar qué medidas podrían dictarse en la sentencia, en el caso de que los argumentos del quejoso resultaran fundados. El resultado de este estudio fue que habría sido imposible encontrar remedios individualizados para el quejoso, dadas sus pretensiones. Recordemos que los reclamos estaban encaminados a cuestionar distintas regulaciones relativas a la colocación de anuncios publicitarios con características que podrían inducir a una persona a ser consumidor de tabaco en perjuicio de su salud; con los controles sanitarios que debía hacer la Secretaría de Salud en materia de tabaco; regulación de las características de la publicidad expuesta al público; publicidad en revistas para adultos, etcétera.

Para la Corte quedó claro que el tipo de medidas que, en el caso de ser fundados los argumentos del quejoso, permitirían restablecerlo en el goce de sus derechos violados, no son de las que puedan adoptarse por la vía de reparación individualizada propia del juicio de amparo. En otras palabras, no podría concederse un amparo para el efecto de que el quejoso no fuera recep-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

tor de la publicidad del tabaco, o para que se obligara al legislador a regresar a la regulación anterior solo para el quejoso, etcétera. Cualquier medida reparatoria en este sentido tendría efectos generales centrales y no colaterales. Consecuentemente, la Corte no puede dictar medidas por una vía que, como el amparo, no está pensada ni diseñada para producir ese tipo de impacto en el ordenamiento.

De este modo, la Corte llegó a la conclusión de que se actualizaba otra causal de sobreseimiento: la contenida en la fracción XVIII del artículo 73 de la antigua Ley de Amparo, según la cual el juicio de amparo es improcedente en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley. Y dado que tanto el artículo 107, fracción II, de la CPEUM, como el 76 de la antigua Ley de Amparo disponen que el juicio de amparo solo se debe ocupar de los individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos “[...] en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”,³⁶ entonces se sobreseyó el juicio en el caso concreto.

&&&

Mi comentario personal sobre esta importante sentencia toca dos sencillas cuestiones: una relacionada con la metodología y el orden de los argumentos en la resolución, y otra con la relevancia misma del caso.

³⁶ Conviene señalar que esta sentencia fue aprobada con dos votaciones diferenciadas. La primera, con relación a que los actos reclamados sí afectan el interés jurídico del quejoso, obtuvo seis votos a favor y cinco en contra. Se manifestaron a favor los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza; y en contra, los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Ortiz Mayagoitia. La segunda votación se llevó a cabo para determinar si se actualizaba o no el nuevo sobreseimiento; el resultado fue de 8 votos a favor y 3 en contra. A favor: ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza; en contra: los ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea y Sánchez Cordero de García Villegas votaron en contra y por entrar al respectivo estudio de fondo.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

En primer lugar, quien ha trabajado en amparo —y en general en cualquier tipo de procedimiento jurisdiccional— sabe bien que existe un orden lógico de análisis: lo primero que se debe resolver son las cuestiones procesales;³⁷ la procedencia de un recurso de revisión en amparo es una de estas cuestiones. No se trata de asuntos de menor importancia, como muchos creen, ya que antes de resolver se debe determinar si un tribunal específico *debe* o no hacerlo, de acuerdo con el sistema de competencias de que se trate. Y dentro de la procedencia también existe un orden marcado por el sentido común: si existen, como es el caso, dos posibles causales de improcedencia epistemológicamente equivalentes (es decir, ninguna tiene prioridad sobre la otra) y una de ellas se acredita, ¿es necesario presentar ambos análisis? Y en el supuesto de que se decidiera que sí, ¿cuál debería lucir como el argumento central del fallo?

Veamos esto con más calma. En el caso que analizamos, el problema a resolver era el siguiente: el juez de distrito había sobreseído por falta de interés jurídico; el recurrente alegó en sus agravios que sí tenía ese tipo de interés. En la mente del proyectista debieron haberse dibujado las dos posibilidades que normalmente se presentan cuando alguien interpone un recurso: 1) que el recurrente tenga razón, y 2) que no la tenga. Enseguida, el proyectista debe pensar en las consecuencias lógicas de cada una de esas posibilidades. Si la respuesta es que no la tiene, entonces se confirma la sentencia y el asunto termina; pero si la tiene se abren otras dos posibilidades: a) el asunto es procedente y, en consecuencia, deben analizarse los planteamientos de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, o b) el asunto es improcedente porque se acredita otra causal distinta a la invocada por el juez de distrito, en cuyo caso se va a sobreseer.

³⁷ Manuel Atienza, en un esfuerzo por desarrollar y hacer más específica la tipología de problemas de Neil MacCormick, en los casos difíciles (relevancia, interpretación, prueba y calificación), distingue entre: 1) cuestiones procesales; 2) cuestiones de prueba; 3) cuestiones de calificación; 4) cuestiones de aplicabilidad (relevancia); 5) cuestiones de validez; 6) cuestiones de interpretación; 7) cuestiones de discrecionalidad; y 8) cuestiones de ponderación. Véase MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, y Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 432 y ss.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

En este caso, como se ha visto, la Corte decidió sobreseer por una causal distinta a la falta de interés jurídico: la imposibilidad de los efectos de la sentencia que concediera el amparo. Con todo, el más alto tribunal del país se vio ante la —nada pacífica— cuestión de cómo presentar su decisión. Existían dos posibilidades:

1. El quejoso tiene interés jurídico en reclamar las normas impugnadas, pero si llegara a tener razón, su sentencia no podría ser ejecutada jurídicamente, por eso es improcedente el recurso, o
2. El recurso es improcedente porque si el quejoso llegara a tener razón, su sentencia no podría ser ejecutada jurídicamente, aun cuando tiene interés jurídico para reclamar las normas impugnadas.

Algunos ministros se pronunciaron por presentar solo la causa eficiente de sobreseimiento y no analizar la otra, es decir, si no se compartía el razonamiento del juez de distrito, lo correcto habría sido invocar oficiosamente la segunda causal y guardar silencio sobre la primera. A mi juicio, siempre es mejor explicitar todos los argumentos necesarios para que la decisión quede mejor justificada. Pero aun así, queda preguntarnos por el orden de presentación de estos argumentos.

¿Qué importancia tiene dicho orden? Mucha, desde luego. Desde mi perspectiva, cada una de estas formas de presentación da mensajes distintos: la primera pone el énfasis en el quejoso, mientras que la segunda lo pone en el asunto. En efecto, la primera forma de presentación destaca que el quejoso tenía razón y que el juez de distrito no, lo cual constituye una llamada de atención y un avance interpretativo relevante en cuanto a cómo se debe entender el interés jurídico en un tema tan delicado como el derecho a la salud, que es un derecho social difícilmente justiciable; sin embargo, parece decepcionante y hasta contradictoria al señalar algo así como que el recurrente tiene la razón, pero no la tiene. La segunda forma de presentación, como dijimos, se enfoca más en el asunto y se preocupa en primer lugar por justificar que el juicio de amparo no fue pensado para ese tipo de problemas, por graves que parezcan. Esta segunda opción podría parecer poco sensible con relación a las

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

pretensiones ciudadanas en materia de derechos, aunque nadie podría dudar de que es, igual que la otra, técnicamente correcta. Esto nos hace pensar en cuál es (o cuál *debe ser*) el papel de una Corte Constitucional como la nuestra, y hacia allá va mi segunda reflexión.

Todos los tribunales se rigen por procedimientos predeterminados, es decir, por una serie de reglas que confieren el poder que les permiten —jurídicamente hablando— producir ciertos resultados institucionales. La principal razón de ser de esas reglas procedimentales es mantener a los jueces dentro de ciertos límites y reducir al mínimo posible la discrecionalidad en la toma de decisiones. Si esto es así —se preguntarían algunos— ¿qué caso tiene que los jueces cuestionen (modulen, alteren o modifiquen) los procedimientos? Otros pensarán que “meterle mano” a los procedimientos, a cargo del juez, es algo loable porque la infraestructura competencial deja mucho que desear en países como México (ya se sabe que nuestro kafkiano juicio de amparo es un contra-ejemplo de la sencillez y la eficiencia). Los primeros se cernirán como defensores de la seguridad y la certeza jurídicas y acusarán a los segundos de quintacolumnistas; los segundos se referirán a los primeros como conservadores y enemigos de los derechos.

Para mí, que he podido experimentar el enorme privilegio de proyectar sentencias en una Corte Constitucional durante varios años, puedo decir que ambos caminos son peligrosos: confiar demasiado en el orden jurídico como algo sagrado e incontestable es tan peligroso como arrogarse licencias poéticas para interpretar, a veces de forma injustificada, determinados procedimientos judiciales, y así escapar de ciertas reglas. El lector se preguntará qué solución ofrezco, y la respuesta no puede ser más que atender al caso concreto y fortalecer ante todo la justificación de la decisión que se vaya a tomar. A veces estará justificado realizar interpretaciones audaces y a veces no. La clave estará en la calidad de las razones que se esgriman. En el caso analizado, me habría decantado por un orden inverso al presentado: el núcleo de la decisión es la improcedencia del asunto, por eso, el argumento sobre la imposibilidad de los efectos de la sentencia tendría que haber lucido más que el orientado a justificar que el quejoso sí

tenía interés jurídico. Curiosamente, el asunto se recuerda más por lo segundo que por lo primero.

4.2. Amparo en revisión 430/2010

Nuevamente, una empresa dedicada a la industria de los alimentos fue la quejosa en este juicio de amparo.³⁸ La empresa planteó tres argumentos: 1) que el artículo 5, fracción I, de la LGCT, referido a delimitar las finalidades de la ley,³⁹ resultaba violatorio del artículo 16 constitucional, porque el legislador no fundó ni motivó debidamente su emisión; 2) que el artículo 53 del RLGCT⁴⁰ resultaba violatorio del artículo 5 constitucional, por no respetar la libertad de trabajo, al imponer la obligación de prestar trabajos personales sin la justa retribución, y 3) que el artículo 62 del mismo reglamento violaba el artículo 89, fracción I, de la Constitución, por no respetar el *principio de reserva de ley*, es decir, por establecer más requisitos que los que impone la LGCT para regular los espacios destinados para fumadores y no fumadores. La empresa quejosa se refiere a que el reglamento establece porcentajes específicos para la distribución del espacio, mientras que la ley no lo hace.⁴¹

³⁸ Se trata del Grupo Primera María, A.C.

³⁹ “Artículo 5. La presente Ley tiene las siguientes finalidades: I. Proteger la salud de la población de los efectos nocivos del tabaco [...]”

⁴⁰ “Artículo 53. Para asegurar el derecho a la protección de la salud de las personas, será obligación del propietario, administrador o responsable de un espacio 100% libre de humo de tabaco, cuando una persona esté fumando en dicho lugar, en primera instancia, pedir que deje de fumar y apague su cigarro o cualquier otro producto de tabaco que haya encendido, de no hacer caso a la indicación, exigirle se retire del espacio 100% libre de humo de tabaco y se traslade a la zona exclusivamente para fumar; si opone resistencia, negarle el servicio y en su caso, buscar la asistencia de la autoridad correspondiente. La responsabilidad de los propietarios, poseedores o administradores, a que se refiere el presente artículo terminará en el momento en que den aviso a la autoridad correspondiente, para lo cual deberá contar con la clave de reporte que para tal efecto está obligada a emitir la autoridad.”

⁴¹ “Artículo 62. El espacio libre de humo de tabaco deberá ser como mínimo el doble del espacio interior aislado. En su caso, en la medición del espacio

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

El asunto fue resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte en la sesión celebrada el 29 de febrero de 2012, por la ponencia del ministro Fernando Franco González Salas, por unanimidad de cinco votos. Los argumentos fueron los siguientes: por una parte, la Sala sobreescribió por lo que respecta al planteamiento relacionado con el artículo 5, fracción I, de la Ley General para el Control del Tabaco, porque consideró que la empresa quejosa no tenía interés jurídico para impugnarla. La disposición impugnada —sostuvo la Segunda Sala— no contiene ninguna obligación dirigida al quejoso, ni tampoco le puede ocasionar ningún menoscabo a derecho alguno, porque no hace otra cosa que establecer la finalidad de la ley: proteger la salud de la población de los efectos nocivos del tabaco.⁴²

Por otra parte, la Sala calificó como infundado el argumento referido a que el artículo 53 del RLGCT violaba la *libertad de trabajo*, al obligar a determinadas personas a prestar un servicio personal sin la justa retribución. La Corte fue contundente: la serie de conductas que establece el reglamento como obligatorias para los responsables de un espacio 100% libre de humo⁴³ no califican jurídicamente como “trabajos personales”, en términos del artículo 5 constitucional. Lo anterior porque el mandato no está dirigido a una persona determinada y porque se traduce en una colaboración con el Estado para impedir que se fume en ciertos espacios, con el fin de proteger el derecho a la salud de la población. De este modo, las obligaciones derivadas de la norma reglamentaria no deben entenderse como un trabajo, sino como una “medida de cooperación” justificada por los fines de la ley.

total se tomará en cuenta exclusivamente la superficie destinada a la prestación del servicio, no pudiendo incluirse en ningún caso las áreas destinadas a la cocina, a la preparación de bebidas, a los equipos de sonido y sus operadores, a los sanitarios, terrazas o estacionamientos.”

⁴² ¿Existe alguna inconsistencia entre esta decisión y la adoptada en el amparo en revisión 315/2010, analizado en el epígrafe anterior? No es muy difícil advertir que sí. En el capítulo de conclusiones volveré a ello.

⁴³ Las conductas son: pedir a una persona que se encuentra dentro del espacio referido que deje de fumar y apague su cigarro, o exigirle se retire, o negarle el servicio y, en su caso, buscar la asistencia de la autoridad correspondiente.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Finalmente, la Sala calificó también como infundado el argumento dirigido a cuestionar la constitucionalidad del artículo 62 del RLGCT porque, a diferencia de lo planteado por la empresa quejosa, no viola los *principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica*. Lo anterior porque, al establecer, por un lado, que “el espacio libre de humo deberá ser como mínimo el doble del espacio interior aislado” y, por el otro, que para hacer las mediciones no se pueden incluir las áreas de cocina, terrazas, estacionamientos, etc., no excede lo previsto en la ley. Ello debido a que “[...] la determinación de porcentajes que corresponden a las áreas de fumar y no fumar, es una cuestión que tiene por objeto ejecutar la ley [general] en cuanto prevé la posibilidad de que existan áreas exclusivas para fumar”.⁴⁴

Con relación a este caso solo cabe mencionar que los argumentos de la parte quejosa son realmente débiles, por decir lo menos. En cuanto al relativo al artículo 53 del RLGCT, en el que se denuncia que la norma obliga a realizar trabajos no remunerados, hay que decir que tanto la quejosa como la Segunda Sala de la Corte⁴⁵ pierden de vista que el reglamento no impone realmente ninguna obligación en sentido estricto que pudiera traer aparejada una sanción en caso de su incumplimiento. El reglamento solo hace posible la obligación contenida en el artículo 27 de la LGCT, que señala:

Artículo 27. En lugares con acceso al público, o en áreas interiores de trabajo, públicas o privadas, incluidas las universidades e institu-

⁴⁴ SCJN, Amparo en revisión 430/2010, Segunda Sala, p. 53.

⁴⁵ No quiero perder la oportunidad de mencionar que la Sala presenta un larguísimo análisis histórico de la regulación constitucional y jurisprudencial del concepto “trabajo personal”, a partir de los debates del constituyente de 1856-1857. Se muestran los debates de los diputados, el contenido de los dictámenes y un recorrido exhaustivo por la jurisprudencia de la propia Corte desde la quinta época. Lo curioso es que el resultado de ese análisis no se usa en el argumento central de la sentencia, a saber: que “trabajo personal” y “actos de cooperación” orientados a proteger la salud no son equiparables. Como se vio, el argumento de la quejosa es realmente pueril; no precisaba de un análisis histórico-evolutivo como el que se realizó. En consecuencia, la Sala pudo haberse ahorrado las casi 15 páginas dedicadas al análisis histórico-conceptual.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

ciones de educación superior, podrán existir zonas exclusivamente para fumar, las cuales *deberán* de conformidad con las disposiciones reglamentarias:

I. Ubicarse en espacios al aire libre, o

II. En espacios interiores aislados que dispongan de mecanismos que eviten el traslado de partículas hacia los espacios 100% libres de humo de tabaco y que no sea paso obligado para los no fumadores (cursivas añadidas).

Esta norma sí establece obligaciones genuinas y su incumplimiento sí trae aparejadas sanciones específicas contempladas en los artículos 45 a 55 de la LGCT, tales como la multa, la clausura o el arresto. En cambio, el artículo 53 del reglamento solamente establece una norma que confiere un poder a los particulares que no es de ejercicio obligatorio, sino facultativo. Una norma de competencia de este tipo está muy lejos de transgredir la libertad de trabajo, primero porque, como se dijo, no es de carácter obligatorio y, segundo, porque la habilitación que contiene no puede ser entendida como un trabajo, sino como una medida diseñada para que se cumpla la efectividad de la norma, cuyas características son: *a)* los particulares coadyuvan con el Estado sin llegar a sustituirlo, ya que se impide que sean ellos quienes ejerzan la coacción; *b)* se ahorra un costo de vigilancia para el Estado, y *c)* se minimiza la presencia —siempre incómoda— de la fuerza pública en lugares en los que se prestan servicios de alimentación y bebidas.⁴⁶

Por lo que respecta al argumento mediante el cual la Corte refrenda la validez del artículo 62 del RLGCT vale la pena señalar que esta disposición, a diferencia del artículo 53, sí contiene una norma de carácter obligatorio, que podría traducirse como: “Es obligatorio que los espacios para no fumadores midan al menos el doble que los destinados para fumadores”. Sin embargo, esta obligación, como bien lo señala la Segunda Sala, no es más que una explicitación de la obligación contenida en el artículo 27 de la ley general, transcrito líneas arriba, que podría traducirse como:

⁴⁶ En términos similares, el Tribunal Pleno de la Corte resolvió los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009 (supra, apdo. 3.3, inc. e)).

“Es obligatorio que los destinatarios de la norma obedezcan las disposiciones reglamentarias (primer párrafo) para que existan espacios interiores debidamente aislados de los espacios 100% libres de humo (frac. II)”. Como se ve, la ley persigue un fin y para ello impone ciertas obligaciones; algunas de ellas comienzan en el propio texto de la ley y terminan siendo complementadas en el reglamento. Dado que estas últimas no tergiversan el fin referido, no es posible hablar de una violación al principio de reserva de ley.

4.3. Amparo en revisión 2/2012

Este caso fue resuelto por la Primera Sala de la SCJN, en la sesión celebrada el 29 de febrero de 2012, por unanimidad de cinco votos, siendo ponente el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Nos encontramos nuevamente ante un caso que retrata muy bien la gran imaginación de algunos abogados. En este caso, el quejoso es un empresario dedicado a la industria del comercio⁴⁷ que se inconformó con la expedición de la LGCT a través de extravagantes argumentos: 1) el artículo 16, fracción VI, que básicamente prohíbe hacer cualquier tipo de publicidad sobre productos de tabaco en objetos que no sean productos del tabaco,⁴⁸ es violatorio del derecho a la libertad de expresión; 2) la totalidad de la ley viola el principio de igualdad al no disponer lugares 100% para fumadores adultos, y 3) el artículo 27, fracción II, que obliga a separar los espacios interiores para fumadores y para no fumadores (que fue citado en el apartado anterior) viola el artículo 1 constitucional porque, al aislar a unas personas de otras, impide la libre convivencia entre fumadores y no fumadores, lo cual es discriminatorio.

⁴⁷ Se trata del empresario Carlos Alberto Claudio Sordio, que se dedica a la industria de la papelería, <http://www.empresas-de-mexico.com/biz/2920027/claudio-serdio-carlos-alberto/>

⁴⁸ Artículo 16. Se prohíbe [...] VI. Comerciar, vender, distribuir, exhibir, promocionar o producir cualquier objeto que no sea un producto del tabaco, que contenga alguno de los elementos de la marca o cualquier tipo de diseño o señal auditiva que lo identifique con productos del tabaco.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

Por lo que respecta al primero de los argumentos, el juez de distrito decretó el sobreseimiento por la consabida falta de interés jurídico, derivada de que el quejoso no acreditó ser destinatario de la norma, es decir, no ofreció pruebas para demostrar que era publicista o comerciante dedicado a vender productos no relacionados con el tabaco que hicieran publicidad a favor de ese producto. Y dado que el quejoso no impugnó esa determinación, la Corte no tuvo la oportunidad de analizarla. El segundo argumento sí fue atendido por la Corte, aunque no de fondo. Sencillamente, la sentencia sostiene que no se puede impugnar toda una ley ni tampoco hacerse una suplencia en la deficiencia de la queja que permita hacerlo. Con todo, el tema de la igualdad fue revisado en el tercer argumento.

El tercer argumento fue calificado como infundado por la Primera Sala, porque se consideró que el artículo 27, fracción II, de la LGCT no resulta violatorio del principio de igualdad previsto en el artículo 1 constitucional. La línea argumentativa de la Sala fue la siguiente: en primer lugar descartó la necesidad de llevar a cabo un escrutinio estricto, dado que la norma impugnada no contiene ninguna categoría sospechosa, relacionada con el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la religión, las preferencias sexuales, el estado civil, etcétera. En segundo lugar, la disposición —dice la sentencia— persigue un fin constitucionalmente válido, como es el derecho a la salud, previsto en el artículo 4 constitucional, además de estar comprobado empíricamente que el hábito de fumar provoca daños a la salud de fumadores y no fumadores.⁴⁹ En tercer lugar, existe una

⁴⁹ La Sala muestra algunas evidencias empíricas sobre el impacto en la salud que tiene el hábito de fumar: 1) los fumadores aumentaron de 9.2 millones en 1988 a 14.3 millones en 1998; 2) cada año se producen más de 6 000 muertes a causa de cáncer pulmonar y más de 12 000 por cardiopatías directamente causadas por el hábito de fumar; 3) las tasas de mortalidad por tipos de cáncer relacionados directamente con el tabaco indican que entre 1980 y 1997, en los hombres, el cáncer de pulmón tuvo un incremento de 63.95% (2.95% medio anual) y, en las mujeres, un incremento de 57.52% (2.72% medio anual); 3) El cáncer de laringe derivado de la misma causa ha reportado un aumento en ese lapso de 29.46% (2.06% medio anual) en los hombres; 4) La mortalidad por cáncer oral, de labios, lengua, paladar y faringe aumentó por su parte 35.85% (1.82% medio anual) en los hom-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

clara conexión instrumental entre el objetivo referido y la opción de establecer zonas exclusivamente para fumar, en los lugares y en las condiciones señalados por la norma, porque se trata de una estrategia indiscutiblemente encaminada a proteger la salud.⁵⁰ En cuatro lugar, la Sala descalifica el argumento del recurrente según el cual la norma impide la libre convivencia entre las personas fumadoras de las no fumadoras, pues, para la Sala, ambos grupos pueden interactuar libremente en alguna de las zonas identificadas en el espacio público de que se trate, con la única restricción de que si es de las libres de humo de tabaco, las personas fumadoras deberán abstenerse de fumar, y si conviven en la otra zona, las no fumadoras deberán aceptar inhalar el humo de tabaco que pudieran generar las primeras.

Desde mi punto de vista, la resolución de este asunto muestra, por un lado, una clara intención de cuidar la coherencia de la Suprema Corte, al utilizar adecuadamente el precedente del Tribunal Pleno, relacionado con el test de proporcionalidad, que se había empleado para resolver los primeros amparos sobre derechos de los no fumadores en el entonces Distrito Federal; sin embargo, por otro lado, el asunto muestra algunas falencias que, aunque mínimas, no dejan de llamar la atención. Por una parte, al aplicar el test de proporcionalidad, no se da el tercer paso —el de la proporcionalidad en sentido estricto—, quizás por un mero descuido que se solventa cuando se invoca el precedente y, por la otra, cuando se hace el descarte del escrutinio estricto, la Sala pasa por alto que la salud sí se considera una categoría sospechosa, de conformidad con el propio texto del último párrafo del artículo 1 constitucional:

bres y 48.15% (2.34% medio anual) en las mujeres; 4) el llamado humo de segunda mano mató, solo en 2004, a 3 000 personas en Estados Unidos; y 5) muchos países en el mundo han emitido legislaciones encaminadas a disminuir el consumo del tabaco.

⁵⁰ En este punto, la Primera Sala invocó uno de los criterios obtenidos por el Tribunal Pleno al resolver los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009, referido al test de proporcionalidad. Se trata de la tesis de jurisprudencia número P./J. 30/2011, *loc. cit.*, supra, apdo. 3.3.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

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

No es que yo no comparta que no fuera necesario el escrutinio estricto, pero debió haberse justificado de mejor manera,⁵¹ señalando, por ejemplo, que el quejoso era un empresario y no un fumador empedernido que se sintiera discriminado por la norma, o argumentando, por reducción al absurdo, que si se llegare a considerar que la disposición se ubicaba en la categoría sospechosa de “las condiciones de salud”, sería tan ilógico como admitir que existe un derecho humano a “dañar la salud propia y de otros”.

4.4. Amparos en revisión 508/2012 y 725/2012

Estos dos últimos casos serán analizados conjuntamente porque los argumentos que contienen son prácticamente los mismos. Los casos fueron resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte, en las sesiones celebradas el 26 de septiembre de 2012 y 3 de abril de 2013, respectivamente. Ambos asuntos se resolvieron por unanimidad de cinco votos. Los ministros ponentes fueron Jorge Mario Pardo Rebolledo, en el primero, y José Ramón Cossío Díaz, en el segundo. Nuevamente se trata de dos empresas, pero esta vez dedicadas a la industria del juego y las apuestas.⁵² Lo interesante de estos casos radica en que los intereses comerciales de las empresas son puestos en la mesa con total desparpajo, en el sentido de considerar que la norma afectaba (otra vez) sus “derechos adquiridos”, el principio de seguridad jurídica, la garantía de audiencia y la libertad de comercio. A con-

⁵¹ Como sí lo hizo el Tribunal Pleno al resolver los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009. Véase apdo. 3.3.

⁵² Del Amparo en revisión AR 508/2012, la quejosa fue Operadora Cantabria, S.A. de C.V., mientras que del AR 725, la quejosa fue Hipódromo de Agua Caliente, S.A. de C.V.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

tinuación expondré los argumentos plateados y las respuestas de la Corte, seguidos de un comentario personal, con excepción a lo relativo a la libertad de comercio, dado que sencillamente se apela al precedente (supra, apdo. 3.3, inciso b).

a) Derechos adquiridos

De acuerdo con las empresas quejasas, los artículos 6, fracción X, 26, 28, 29, 45, 48, 49 y segundo transitorio⁵³ de la LGCT

⁵³ Artículo 6. Para efectos de esta Ley, se entiende por: [...] X. Espacio 100% libre de humo de tabaco: Aquella área física cerrada con acceso al público o todo lugar de trabajo interior o de transporte público, en los que por razones de orden público e interés social queda prohibido fumar, consumir o tener encendido cualquier producto de tabaco; [...]. Artículo 26. Queda prohibido a cualquier persona consumir o tener encendido cualquier producto del tabaco en los espacios 100% libres de humo de tabaco, así como en las escuelas públicas y privadas de educación básica y media superior. En dichos lugares se fijará en el interior y en el exterior los letreros, logotipos y emblemas que establezca la Secretaría. Artículo 28. El propietario, administrador o responsable de un espacio 100% libre de humo de tabaco, estará obligado a hacer respetar los ambientes libres de humo de tabaco establecidos en los artículos anteriores. Artículo 29. En todos los espacios 100% libres de humo de tabaco y en las zonas exclusivamente para fumar, se colocarán en un lugar visible letreros que indiquen claramente su naturaleza, debiéndose incluir un número telefónico para la denuncia por incumplimiento a esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables. Artículo 45. El incumplimiento a los preceptos de esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionados administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos. Artículo 46. Las sanciones administrativas podrán ser: I. Amonestación con apercibimiento; II. Multa; III. Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y IV. Arresto hasta por treinta y seis horas. Artículo 48. Se sancionará con multa: I. De hasta cien veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 de esta Ley; II. De mil hasta cuatro mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 14, 15, 16, 27 y 28 de esta Ley, y III. De cuatro mil hasta diez mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 31 y 32, de esta Ley. Artículo 51. Procederá la clausura temporal o definitiva, parcial o total según la gravedad de la infracción y las características de la actividad o establecimiento de acuerdo con lo señalado en el artículo 425 y 426 de la Ley General de Salud, ordenamiento de

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

violan el principio de no retroactividad de las leyes, según el cual una ley no puede proyectarse hacia el pasado cuando ello se produce en alteraciones a derechos de los destinatarios; en el caso de las quejas, esos derechos habrían sido adquiridos por ellas cuando tramitaron sus respectivas licencias para prestar el servicio de juegos y apuestas. De este modo, los nuevos requisitos de la LGCT implicaban la posibilidad de que las autoridades pudieran sancionar, incluso con una clausura, a las empresas, lo cual las dejaba en estado de indefensión y privación de derechos adquiridos.

La Corte consideró que los argumentos de las empresas resultaban infundados, porque las normas impugnadas no tienen un impacto normativo que afectase de alguna forma el conjunto de derechos adquiridos de las empresas; para la Corte se trataba de meras modalidades impuestas al ejercicio de ciertos derechos que fueron introducidas por el legislador en la ley impugnada, y estaban justificadas por la necesidad de proteger la salud y la vida de las personas. De acuerdo con la sentencia, una licencia que autoriza el uso de cierto giro mercantil no se puede entender como un conjunto de derechos adquiridos por su titular para operar la negociación en condiciones idénticas a aquellas en las que la obtuvo. Finalmente, la Corte señaló que el hecho de contar con una autorización para la realización de cierta actividad no exime al titular de cumplir con las condiciones que le impongan nuevas normas.

Desde mi punto de vista, la argumentación es débil porque, aunque se señaló que las empresas no tienen derechos adquiridos —con lo cual estoy absolutamente de acuerdo—, no quedan claras cuáles son las razones que apoyan esa conclusión. Conviene señalar que la Corte suele utilizar una serie de tesis de jurisprudencia para resolver problemas de retroactividad de la ley que son por demás confusas y que se citan sin ser realmente utilizadas,⁵⁴ por lo que no merece la pena analizarlas aquí. Consi-

aplicación supletoria a esta Ley. SEGUNDO TRANSITORIO. El Reglamento sobre Consumo de Tabaco, permanecerá vigente hasta en tanto se emitan las disposiciones reglamentarias de esta Ley.

⁵⁴ Se trata de las tesis relacionadas con la definición de retroactividad (tesis 1ª/J. 50/2003); distinción entre retroactividad y aplicación retroactiva

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

dero que la Sala pudo haber utilizado otro precedente (producido por ella misma) que resolvía perfectamente esta problemática, y que está basado en la ya mencionada teoría de los derechos como posiciones jurídicas de Hohfeld (apdo. 3.3, inciso d): se trata del amparo en revisión 276/2009, de 29 de abril de 2009, resuelto por la Primera Sala por unanimidad de cinco votos.⁵⁵ En ese caso, Tiendas Soriana, S.A., de C.V., que tenía una licencia para operar un “punto de verificación e inspección zoosanitaria”, se vio en la necesidad de cambiar el lugar donde realizaba dicha actividad, para lo cual tenía que invertir dinero. Sus abogados acudieron al amparo para alegar que se violaban los derechos adquiridos de la empresa precisamente porque el acto reclamado violaba el principio de no retroactividad. La Sala, naturalmente, negó el amparo bajo el argumento de que una licencia no es un derecho adquirido, sino una posición jurídica de sujeción frente a una potestad estatal (categorías hohfeldianas). El criterio resultante fue el siguiente:

PUNTOS DE VERIFICACIÓN E INSPECCIÓN ZOOSANITARIA. NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA QUE SE GENERA ENTRE EL ESTADO Y LOS PARTICULARES CON MOTIVO DE SU APLICACIÓN Y OPERACIÓN. Conforme al artículo 47, en relación con el párrafo ochenta y ocho del numeral 4o., ambos de la Ley Federal de Sanidad Animal, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación está facultada para autorizar a los particulares la operación e instalación de puntos de verificación e inspección zoosanitaria para importación, cuando cumplan los requisitos, procedimientos y disposiciones de sanidad animal que emita la propia secretaría. El carácter de esta norma jurídica no es estrictamente obligatorio sino potestativo. Ello permite afirmar que la norma en cuestión genera una relación jurídica en

(Tesis 1ª/J. 78/2010 y 2ª/J. 87/2004); la “teoría de los componentes de la norma” (Tesis P./J. 123/2001) y la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas de derechos (Tesis 2ª LXXXVIII/2001).

⁵⁵ El lector podrá preguntarse por qué no me referí a este precedente cuando comenté, en el apdo. 3.3, los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009. La respuesta es sencilla: porque esos asuntos fueron resueltos por el Pleno y a este no le es obligatorio seguir los precedentes de una de las salas. En este caso, la Sala pudo (¿debió?) haber utilizado el auto-precedente.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

la que el Estado ejerce una potestad a la que se sujeta el particular siempre que cubra determinados requisitos que establece la Ley. Así, no es que el Estado tenga el deber de otorgar o mantener una autorización, ni que el particular goce de un derecho derivado de esta, sino se trata más bien de una relación jurídica en la que el Estado, en el ámbito de su competencia y como titular de la potestad de otorgar o no las autorizaciones, puede modificar las condiciones mediante las cuales los particulares se sujetan a esa potestad estatal. Por tanto, la relación jurídica derivada de las señaladas autorizaciones no es la de un derecho subjetivo (pretensión) correlativo a un deber u obligación, sino la de una potestad estatal correlativa a una sujeción a cargo de los particulares, los cuales tienen que avenirse a los requisitos y modalidades que, conforme a la Ley, regulan su situación jurídica.⁵⁶

Las preguntas que me surgen son: ¿por qué la Sala no siguió su propio precedente? ¿Esto sucede siempre o solo cuando el precedente viene de otra ponencia? ¿Seguir el auto-precedente es una cuestión de personas o de órganos? ¿Debería haber alguien que ayudara a cuidar la coherencia de las salas y del Pleno de la Corte?

b) Seguridad jurídica

Para las empresas quejosas, las mismas normas impugnadas generan inseguridad jurídica, al no establecer con claridad cuáles son los mecanismos o procesos con los que las empresas deben contar para que el humo del tabaco no se pase del lado permitido al prohibido.

La Primera Sala calificó como infundado el argumento anterior porque, a su juicio, el legislador no está obligado a definir con exactitud cada uno de los términos que emplea al redactar las leyes, y puesto que la exigencia de un requisito así tornaría imposible la función legislativa haciéndola una labor interminable e incapaz de cumplir con sus fines. Para ello, la Sala apeló a un precedente clásico conocido en la jerga judicial como “la tesis diccionario”, según el cual la constitucionalidad de las leyes no puede depender de la falta de definición de los vocablos en ellas

⁵⁶ Tesis aislada 1a. LXXXVIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, junio de 2009, p. 288.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

contenidos (infra). Por lo demás, sostuvo la Sala, el detalle normativo del que se quejan las empresas se encuentra en el RLGCT, por lo que no existe indeterminación alguna que pudiera producir incertidumbre e inseguridad jurídica.

Desde mi punto de vista, el segundo argumento es mejor que el primero, porque da en el blanco del problema planteado, ofreciendo buenas razones a favor de la decisión. En efecto, la ley y el reglamento forman, como ya dijimos, un continuo gracias al cual se explicitan las condiciones de aplicación de la norma de que se trate. Si los abogados de las empresas saben leer, pueden quedar tranquilos si atienden los detalles del reglamento.

El primer argumento, en cambio, es excesivamente formalista y se ha utilizado como caballo de batalla en muchos asuntos relacionados con la muy frecuente oscuridad de los textos legislativos. Y si se lo ve de cerca, en realidad no es un argumento:

LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR EXCLUSIVAMENTE DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES UTILIZADOS POR EL LEGISLADOR. Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios -considerando también a los de la materia penal- defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque *las leyes no son diccionarios* y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general *se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función*. De ahí, que resulte incorrecto y, por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones utilizados, pues la contravención a esta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares gobernados y ordenando la for-

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

ma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la Carta Magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean (cursivas añadidas).⁵⁷

En efecto, la tesis anterior incurre en una falacia conocida como “pendiente resbaladiza”, según la cual, de aceptarse una determinada tesis, se iniciará una cadena de eventos que culminarán en un evento posterior no deseado. El problema de este pseudoargumento es que en la pendiente no se establecen ni cuantifican algunas contingencias que sí son relevantes. La tesis es, como se puede ver, tan radical y general que provoca un cuestionable permiso a los juzgadores para quitarse de encima cualquier argumento basado en la oscuridad del texto de las leyes (porque sus conceptos son vagos, sus términos son ambiguos, se utiliza un lenguaje emotivo, etc.). Ello puede ser útil para algunos casos sencillos, pero no para otros un poco más complejos, en los que precisamente la falta de definición de un vocablo es la fuente de inconstitucionalidad. ¿Cómo se podría obedecer a esta tesis de jurisprudencia al mismo tiempo que al artículo 14 constitucional, que prevé la obligación del legislador de respetar el principio de exacta aplicación de la ley penal o taxatividad? ¿Cómo ha hecho la Corte para declarar la invalidez de ciertos tipos penales que no respetan este principio?

c) Garantía de audiencia

Las empresas quejas argumentaron que las normas impugnadas violaban su garantía de audiencia, al no contemplar un mecanismo mediante el cual ellas pudieran manifestar ante la autoridad su imposibilidad de realizar adecuaciones a sus instalaciones para cumplir con la ley.

⁵⁷ Tesis jurisprudencial 1a./J. 83/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 170.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Para la Primera Sala, el argumento es infundado por dos razones: 1) “[...] los destinatarios de la norma están obligados a cumplirla, sin que previamente la norma cuestionada deba instruir un procedimiento en el que puedan alegar su incumplimiento [ya que] el cumplimiento de las normas no puede quedar al arbitrio de sus propios destinatarios”,⁵⁸ y 2) los artículos transitorios de la ley establecen un mecanismo a través del cual los destinatarios de la norma que consideren que no pueden cumplir en los plazos indicados con sus nuevas obligaciones pueden acudir ante la autoridad administrativa, a fin de convenir los términos de su cumplimiento.

A mi juicio, el segundo argumento es contundente y responde razonablemente al cuestionamiento de las empresas quejasas, sin embargo, el primero resulta defectuoso. Veamos por qué. Ante el reclamo de las empresas quejasas acerca de la falta de un procedimiento para inconformarse con las nuevas medidas de la ley, la Corte responde con una afirmación correcta, pero inatínente, con relación al pedimento: “el cumplimiento de una norma no debe quedar al arbitrio de sus destinatarios”. Como puede verse, esta afirmación no responde en realidad a la pregunta de las empresas, aunque sea cierta. Por eso, el argumento resulta débil o incluso falaz, porque incurre en una ligera desviación de la cuestión.

5. CONCLUSIONES

En este apartado voy a presentar los hallazgos que encontré a lo largo de la revisión de los 12 casos analizados. Para tal fin, presentaré una serie de cuadros en los que se sintetizan los datos encontrados. Luego de cada cuadro enumeraré y expondré los descubrimientos definitivos y obtendré las conclusiones.

⁵⁸ SCJN, AR 725/2012, pp. 29 y 30.

CUADRO 4. Información general de los casos analizados

	Derecho o valor constitucional presuntamente violado	Parte actora	Número de expediente	Fecha de resolución	Ministro ponente y tribunal	Jurisprudencia o tesis aislada	Decisión
1	Distribución de competencias y multas fijas	Procuraduría General de la República	AI 167/2007	9/4/2008	M. Luna 2ª. Sala	No hay	Se sobresee
2	Distribución de competencias	Diputados de la 4º Legislatura de la Asamblea Legislativa D.F.	AI 119/2008	3/9/2009	G. Góngora (Pleno)	P./J. 6/2010 P./J. 7/2010 P./J. 5/2010	Se sobresee; se reconoce la validez
3	- Libertad de comercio	Técnica Alimenticia con Sabor, S.A. de C.V.	AR 96/2009	15/3/2011	J. R. Cossío (Pleno)	P./J. 27/2011 P./J. 30/2011 P./J. 21/2011 P./J. 24/2011 P./J. 23/2011 P./J. 22/2011	Se niega el amparo
4	- Igualdad y no discriminación	Grupo Posadas, S.A. de C.V.	AR 97/2009				
5	- Derecho de propiedad	Gastronomía Carranza, S.A. de C.V.	AR 123/2009				
6	- Penas trascendentes - Legalidad y seguridad jurídica	Coordinadora Mexicana de Restaurantes, S.A. de C.V. y Restaurantes Especializados S.A.	AR 160/2009				
7		Club de Industriales, A.C.	AR 234/2009				

	Derecho o valor constitucional presuntamente violado	Parte actora	Número de expediente	Fecha de resolución	Ministro ponente y tribunal	Jurisprudencia o tesis aislada	Decisión
8	- Derecho a la salud (interés legítimo)	Jorge Francisco Balderras Woolrich	AR 315/2010	28/3/2011	J. R. Cossío (Pleno)	P. XIV/2011	Se sobresee
9	Libertad de trabajo y principio de reserva de ley	Grupo Primera María SA de CV	AR 430/2010	29/2/2012	J. F. Franco 2ª Sala	No hay	Se niega el amparo
10	Igualdad y no discriminación	Carlos Alberto Claudio Sordio	AR 2/2012	29/2/2012	A. Zaldivar 1ª Sala	No hay	Se niega el amparo
11	Irretroactividad (derechos adquiridos), legalidad, audiencia y libertad de comercio	Operadora Cantabria SA de CV	AR 508/2012	26/9/2012	J.M. Pardo 1ª Sala	No hay	Se niega el amparo
12		Hipódromo de Agua Caliente SA de CV	AR 725/2012	3/4/2013	J. R. Cossío 1ª Sala	No hay	

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

¿Qué se observa en el cuadro anterior? En primer lugar destaca que quienes acudieron al medio de control constitucional para impugnar las distintas normas jurídicas en materia de protección a la salud de los no fumadores no fueron precisamente ciudadanos interesados en seguir fumando, sino más bien las empresas —en el caso del amparo— interesadas en no hacer el más mínimo cambio o modificación que implicara gasto alguno.⁵⁹ Estas empresas emplearon de forma instrumental el discurso de los derechos para intentar proteger su capital. En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, los actores fueron la PGR y una minoría parlamentaria. En ambos supuestos, estuvieron en contra de la distribución de competencias y solo en el primer caso a favor de las empresas que pudieran llegar a ser multadas. No puedo dejar de mencionar lo inquietante que resulta que la PGR se interese en cuidar los intereses económicos de las empresas. Solamente en un caso (AR 315/2010), el quejoso se aleja de la defensa de los intereses del capital, y se preocupa por el derecho a la salud de los no fumadores, levantando la mano en nombre de todos y lanzándose contra de la posible mala técnica legislativa y de los intereses de las empresas dedicadas a la venta de tabaco, en materia de publicidad.

En segundo lugar podemos observar que el comportamiento de la Corte fue esencialmente coherente en tanto no concedió ni un solo amparo ni tampoco declaró la invalidez de ninguna norma; por lo demás, las votaciones fueron, con una sola salvedad (AR 315/2010), claramente unánimes. Con todo, la excepción no mostró algún desacuerdo en cuanto al bien jurídico protegido por las leyes, es decir, al derecho a la salud, sino en cuanto al funcionamiento del juicio de amparo. Sin embargo, lo anterior muestra claramente una falta de compromiso de una parte de los ministros que votaron a favor de una forma más amplia de entender el interés jurídico —que no del resto—, al no haber mostrado esa misma intención en otros casos. Recordemos que el asunto referido se resolvió el 28 de marzo de 2011 y, posteriormente,

⁵⁹ Es cierto también que el amparo ha sido (y sigue siendo) muy caro en México, por lo que es más probable que sean las empresas, y no tanto los ciudadanos de a pie, quienes puedan llegar hasta la Corte. Con todo, es posible afirmar categóricamente que ningún caso de los registrados en la Corte provino de algún fumador indignado por la legislación.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

el 29 de febrero de 2012 se resolvieron los amparos en revisión 430/2010 y 2/2012, por la Segunda y Primera Sala de la Corte, respectivamente (supra, apdos. 4.2 y 4.3). En ellos, los ministros Franco González, Valls Hernández, Cossío Díaz, Sánchez Corde-ro y Zaldívar Lelo de Larrea votaron en un sentido opuesto al que lo hicieron en el AR 315/2010; en cambio, los ministros Agui-rrre Anguiano, Luna Ramos, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo y Ortiz Mayagoitia lo hicieron en el mismo sentido. Este dato me lleva a pensar, por un lado, que el desacuerdo de fondo tiene que ver más con el diseño del juicio de amparo que con los casos con-cretos y, por el otro, que dar una batalla argumental en el Pleno —que se transmite por televisión en vivo— resulta más reditua-ble políticamente que darla en la Sala, donde la exposición públi-ca de los ministros es menor.

En el siguiente cuadro presento un listado de los argumentos en materia de derechos humanos esgrimidos por las quejas en los amparos y respondidos por la Corte, junto con un breve co-mentario personal.

CUADRO 5. *Argumentos relacionados con la violación de derechos*

	<i>Argumentos</i>	<i>Quejas</i>	<i>Corte</i>	<i>Comentario</i>
1	Libertad de comercio	La ley restringe el derecho de las em-presas a presar sus servicios comercia-les como lo venían haciendo.	La regulación está justificada por el de-recho a la salud; la limitación de la ley no es desproporcio-nal porque al limitar y modular la libertad de comercio, potencia la libertad de trabajo.	Se trata de un caso fácil de proporcionalidad o de "sentido común jurídico", en el que claramente se justifica la restricción en aras de preservar la salud. La Corte introdujo otra variable: la liberad de trabajo.
2	Igualdad y no discriminación	La ley produce discriminación al separar y segregar a las personas que fuman y las que no fuman.	Las medidas de la ley están justificadas por el fin que se persigue: proteger la salud. Obliga a los fuma-dores a cuidarse a sí mismos y el beneficio se generaliza.	Es un argumento pa-ternalista justificado, aunque no de manera expresa. Me parece, sin embargo, que el argu-mento de la Corte es in-completo, ya que le falta la conexión con el tema de la igualdad.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

	<i>Argumentos</i>	<i>Quejas</i>	<i>Corte</i>	<i>Comentario</i>
3	Propiedad	La ley afecta el derecho a la propiedad al obligar a hacer cambios en la infraestructura de los establecimientos, lo cual afecta sus "derechos adquiridos".	El derecho a la propiedad no se vulnera porque no les impide realizar sus actividades habituales; la propiedad no da "derechos adquiridos" a no modificar la infraestructura de sus instalaciones.	Efectivamente no se puede hablar de "derechos adquiridos", porque se trata de normas que otorgan licencias y autorizaciones, bajo las condiciones que el Estado determine a través de la ley. La relación correlativa entre el Estado y las empresas es de potestad-sujeción; y la opuesta es de potestad-incompetencia.
4	Penas infamantes	Obligar a alguien a que apague su cigarro o abandone el lugar, con el posible respaldo de la coacción estatal, es una pena infamante.	No se trata de ninguna pena infamante, sino de medidas diseñadas para que se cumpla efectivamente la ley, con el ahorro correspondiente en vigilancia y con la imposibilidad de que la coacción sea usada por particulares.	A la Corte le faltó aclarar que las supuestas penas no se imponen a las empresas, sino en todo caso, a los posibles fumadores rebeldes (que nunca acudieron al amparo). Los argumentos de las empresas son falaces (desviación de la cuestión y falsa analogía).
5	Legalidad y seguridad jurídica	La ley no debe extenderse a quienes voluntariamente inhalan el humo del tabaco, por lo que no existe motivación legislativa suficiente.	El hecho de que la ley extienda su protección a los fumadores pasivos, sin tomar en cuenta su consentimiento, no resulta desmedido y excesivo, porque la Constitución no es neutra en relación con determinados intereses como la salud o la vida.	Nuevamente la Corte acude, sin expresarlo abiertamente, a un argumento paternalista justificado, mediante el cual válida la obra legislativa que es, a su vez, paternalista justificada. La fuerza del Derecho se pone al servicio de la protección de la salud mediante la restricción –justificada– de ciertas libertades.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

	<i>Argumentos</i>	<i>Quejas</i>	<i>Corte</i>	<i>Comentario</i>
6	Trabajos no remunerados	La ley obliga a prestar trabajos personales sin la justa retribución, al obligar a dueños y empleados de restaurantes a pedir a quien fuma que deje de hacerlo, con la posibilidad de solicitar la fuerza pública.	No se trata de trabajos personales, sino de "medidas de cooperación" justificadas por los fines de la ley: la protección de la salud.	La norma impugnada es una norma de confiere poder de ejercicio facultativo, es decir, no impone realmente ninguna obligación a las personas, sino que las habilita para coadyuvar a que se cumpla la obligación de quienes desean fumar aun en los supuestos de prohibición.

¿Qué nos dice en conjunto el cuadro anterior? Lo primero, que los argumentos de las empresas son débiles, por no decir frívolos en algunos casos, como el de las penas infamantes, el de los trabajos remunerados o el "derecho" de los no fumadores a inhalar el humo ajeno. Lo segundo, que es evidente cómo las empresas hacen un uso instrumental del discurso de los derechos humanos para defender sus intereses económicos, seguramente porque en otros casos han tenido éxito. Se entiende que, como dice Manuel Atienza, en la argumentación de los abogados las razones operativas (es decir, las razones que motivan la acción) no son normas del sistema, sino un principio de maximización de los intereses de los clientes, mientras que las normas del sistema vienen a ser razones auxiliares.⁶⁰ A pesar de todo, no deja

⁶⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 282. La distinción entre razones operativas y razones auxiliares es de Joseph Raz. Las primeras se expresan en enunciados que tienen una dirección de ajuste mundo-lenguaje (la realidad debe ajustarse a cierto lenguaje), como los enunciados que expresan normas, deseos, intereses o deberes; las segundas, expresan enunciados que tienen una dirección de ajuste lenguaje-mundo (el lenguaje debe ajustarse a la realidad), como los enunciados teóricos sobre los hechos. Así, el mandamiento "No matarás", de la Biblia, puede ser utilizado como razón operativa para un creyente; mientras que un enunciado como "Aburto mató a Colosio" es una razón auxiliar, pues para que sea verdadero es necesario que exista correspondencia con la realidad. Para ahondar en esta distinción, véase Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

de ser inquietante el abuso del discurso de los derechos que llevan a cabo estos personajes. Otros argumentos —como el de la igualdad o los derechos adquiridos— son más ingeniosos, pero no menos débiles que los anteriores.

Veremos, finalmente, el resto de argumentaciones relevantes en el estudio de los 12 casos. En este último cuadro presento una serie de falencias argumentales cometidas por la Suprema Corte a la hora de resolver varios de estos asuntos. La mayoría de ellas está relacionada con la comisión de algunas falacias, el haber evadido el auto-precedente y otros descuidos.

CUADRO 6. *Falencias argumentativas en las sentencias*

	<i>Argumento planteado por las quejas</i>	<i>Respuesta de la Corte</i>	<i>Falencia detectada</i>
1	Cualquier ciudadano tiene interés jurídico para impugnar normas que regulan el derecho a la salud de los no fumadores.	La mayoría del Pleno concluyó que cualquier persona tiene interés jurídico, en amparo, para cuestionar la constitucionalidad de normas relacionadas con el derecho a la salud; sin embargo, no podrían darse los efectos de una eventual concesión de amparo, por lo cual se sobreseyó.	El núcleo de la decisión es el sobreseimiento por imposibilidad de efectos jurídicos; sin embargo, la sentencia da más prioridad y centralidad al argumento sobre el interés jurídico que no se refleja en ninguno de los puntos resolutivos.
2	Las normas violan el principio de legalidad porque no son claras.	Las leyes no son diccionarios, por ello no tienen por qué tener la definición de cada palabra, ya que esto haría imposible la función legislativa. Se cita una tesis de jurisprudencia 1a./J. 83/2004.	En el argumento invocado se comete la falacia de la pendiente resbaladiza, ya que asume que si el legislador tuviera que clarificar todas las palabras de la ley, entonces se generaría un caos. El argumento genera incentivos perversos para los jueces y elimina la posibilidad de analizar casos genuinos de oscuridad de la ley que podrían llevar a su invalidez.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

	<i>Argumento planteado por las quejas</i>	<i>Respuesta de la Corte</i>	<i>Falencia detectada</i>
3	No existe ningún procedimiento para que las empresas ejerzan su garantía de audiencia	El cumplimiento de la ley no debe quedar al arbitrio de los destinatarios.	La respuesta es una desviación de la cuestión porque eso no fue lo que preguntó la quejosa. Con todo, la Corte respondió en la misma sentencia que sí existía un procedimiento de consulta para adecuar los establecimientos en un tiempo determinado.
4	Las normas no respetan el principio de no retroactividad de la ley, y violan derechos adquiridos.	Las normas no tienen un impacto normativo que afecte de alguna forma el conjunto de derechos adquiridos de las empresas; se trata de meras modalidades impuestas al ejercicio de ciertos derechos, que están justificadas por la necesidad de proteger la salud.	La Sala no utilizó un precedente que resolvía exactamente el caso planteado, con lo que no se respeta el principio de universalidad del razonamiento jurídico que obliga al auto-precedente.
5	Las normas impugnadas no respetan el principio de igualdad.	Se utilizó el test de proporcionalidad para determinar las medidas introducidas por el legislador no violan el principio de igualdad.	Aquí sí se usa el auto-precedente, pero se comete un descuido al no dar el último paso del test. Asimismo, se pasa por alto el contenido del artículo 1 constitucional en el que se incluye a la salud, como categoría sospechosa.

¿Qué podemos concluir a partir de estos últimos argumentos? En primer lugar, que ha existido una gran polémica en cuanto al tema de cómo entender el interés jurídico. Según veo, en el tema de los no fumadores, la mayoría de quienes entonces integraban el Pleno estaba buscando una categoría menos rigorista y formalista que el interés jurídico para abrir un poco más la puerta al jui-

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

cio de amparo. Luego vendría en la ley, y en la jurisprudencia, la categoría de interés legítimo que ayudaría a ensanchar esa puerta, no sin dificultades. Llama la atención que, siendo este tema tan importante, jurídicamente interesante y necesario, haya sido introducido en un argumento periférico que no tuvo nada que ver con la decisión concreta del caso. ¿Mandar este tipo de mensajes, de esa manera, forma parte de las funciones de una Corte Constitucional? Considero que la “anomalía” se justifica porque cuando son los ministros quienes colocan un tema como este en la palestra, la comunidad jurídica suele responder muy bien. Lo que parece cuestionable es que se altere el orden lógico de una sentencia exhibiendo un argumento irrelevante para la solución como si fuera central.

En segundo lugar, los descuidos argumentales como los aquí señalados producen consecuencias preocupantes, especialmente para los casos futuros. La decisión en una sentencia puede ser la correcta —como en todos estos casos—, aunque el proceso argumentativo no lo sea tanto. Esta disparidad no es un tema menor, porque la imagen que la Corte genera y queda reflejada en sus precedentes es un mal ejemplo para los jueces inferiores y para los abogados en general. La argumentación jurídica es una actividad evaluable, y en ella es tan importante el resultado como el proceso de la argumentación. De ahí que sea inquietante que una Corte como la nuestra descuide esos aspectos. Considero que la habilidad argumental de los proyectistas no debería medirse exclusivamente con la cantidad de asuntos que elaboran, sino con la calidad de cada una de las sentencias, vistas como procesos y como productos.

En tercer lugar, podemos observar que el auto-precedente no siempre se sigue, aun cuando proviene de una misma ponencia. Las razones escapan al alcance de este trabajo, pero podríamos plantear, como hipótesis, el exceso de trabajo, la multiplicidad de secretarios, la falta de comunicación entre ellos o sencillamente una falta de cuidado.

& & &

Quiero terminar señalando que las reformas a las leyes en materia de salud para fumadores y no fumadores han pasado la

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

prueba del tiempo y de la jurisprudencia, que no es poca cosa. Puedo decir que en México pocas cosas funcionan como ha funcionado esta reforma. Considero que, como diría Hart, la generalidad de la población ha adoptado el punto de vista interno y hoy es una realidad el respeto por los espacios 100% libres de humo. ¿Y esto por qué ocurrió? ¿Qué hicimos bien esta vez? Las respuestas que yo daría a estas preguntas serían:

- 1) el legislador reguló las conductas relativas a la actividad de fumar de forma razonable y, aun cuando limitó ciertas libertades, no se excedió en la búsqueda de su objetivo (prueba de ello es que la convivencia entre fumadores y no fumadores es funcional después de la regulación);
- 2) la Corte validó las normas impugnadas mediante una argumentación esencialmente adecuada, y
- 3) los destinatarios de la norma (empresarios, fumadores y no fumadores) se adaptaron de forma pacífica tanto al derecho legislado como a la jurisprudencia producida, es decir, quedaron convencidos una vez que escucharon las razones del más alto nivel producidas por la Corte.

Por lo demás, el hecho de que los fumadores empedernidos no hayan acudido en masa al amparo, sino que lo hayan hecho las empresas, habla bien de la aceptación social de las reformas. Asimismo, el que la Corte haya validado la obra legislativa y cancelado las deliberaciones que esta generó en un sector de la sociedad es un signo de racionalidad jurídica en un cambio de gran calado como este. Y el hecho de que la Corte haya sido básicamente coherente en sus decisiones en relación con los casos analizados muestra asimismo que los jueces constitucionales aceptaron también los fines y valores que están detrás de los cambios normativos. Incluso creo que el capital también aceptó la ley y la jurisprudencia, no sin antes haber presentado una batalla legal. No existen datos de pérdidas en la industria de los restaurantes que puedan relacionarse directamente a la puesta en vigor de la legislación tocante al tema. Lo que es evidente es cómo la sociedad se fue adaptando rápidamente al lenguaje del derecho, y ello no supuso en modo alguno una merma relevante en el ejercicio de las libertades, y sí una ganancia sustantiva en materia de salud y convivencia.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

Luego de todo lo dicho, no puedo sino concluir que, aunque Jorge Manrique no generalizó al afirmar que “todo tiempo pasado fue mejor” (ya que él se refería a la juventud, a lo corta que es la vida, a la angustia que genera la muerte), sí podemos sostener que quienes han sobresimplificado su mensaje se equivocan claramente. El enunciado “todo tiempo pasado fue mejor” —fuera ya del contexto poético— es falso. Si cambiamos el cuantificador por “algún tiempo pasado fue mejor”, entonces el enunciado se vuelve verdadero. Hoy hemos recuperado muchos espacios públicos en los que el aire es más limpio y sano. Ese tiempo pasado se ha ido como el humo de un oloroso cigarrillo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY, Macario, *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006.
- ATIENZA, Manuel, *Filosofía del derecho y cambio social*, Madrid, Trotta, 2017.
- , *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Fredy Antonio, “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: un análisis a las constituciones de los 50 estados”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 84, núm. 2.
- HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrió, México, Fontamara, 1991.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- NIEZGODA, Jessica, “Kicking Ash(Trays): Smoking Bans in Public Workplaces, Bars, and Restaurants - Current Laws, Constitutional Challenges, and Proposed Federal Regulation”, *Journal of Legislation*, vol. 33, núm. 1, 2007, <http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1117&context=jleg>
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos de la Constitución de 1917

1. ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XIV (FACULTAD PARA LEVANTAR Y SOSTENER A LAS FUERZAS ARMADAS)

El Congreso tiene facultad:

[...]

XIV. Para levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión, a saber: Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea Nacionales, y para reglamentar su organización y servicio.

Comentario

La fracción XIV del artículo 73 constitucional contiene una de las facultades del Congreso en materia de seguridad interior, defensa exterior y seguridad pública, al lado de las fracciones XII (declarar la guerra); XIII (derecho marítimo de paz y guerra, y presas de mar y tierra); XV (dar reglamentos para organizar la Guardia Nacional); XXII (conceder amnistías por delitos federales), y XXIII (establecer bases de coordinación entre la federación, las entidades federativas y los municipios, en materia de seguridad pública).

Esta serie de facultades se derivan del ejercicio de la soberanía estatal sobre el territorio nacional, es decir, el espacio aé-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

reo, el terrestre y el marítimo. Por ello, desde el constituyente de 1857, las decisiones que se toman en esta materia son consideradas de tal relevancia que merecen ser discutidas, reglamentadas y decididas por el Congreso de la Unión.

El texto de la fracción XIV, que se refiere al sostenimiento, organización y reglamentación de las instituciones armadas del país, y que no ha sido actualizado desde el 10 de febrero de 1944, resulta un texto anacrónico. Tomemos como ejemplo inicial el verbo “levantar”. La norma constitucional hace referencia a una facultad del Congreso de la Unión consistente en *erigir, establecer* o *instituir* las instituciones armadas del país. La carga semántica del verbo “levantar”, en este contexto, hace referencia a un tiempo inicial, es decir, al momento de “crear” o de “iniciar” instituciones armadas, ahí donde no existen. Sin embargo, el poder constituyente permanente de 1944 no pudo estar refiriéndose a la creación *ab initio* de las instituciones armadas en México, pues estas ya existían para entonces y su existencia ha sido continua a lo largo de nuestra historia, pese a las crisis sociales vividas. Si tenemos en cuenta que el constituyente permanente unió, mediante la conjunción copulativa “y” los verbos levantar/sostener, entonces es posible inferir que el mensaje completo de la norma hace referencia a que el Congreso de la Unión tiene facultades tanto para sostener las instituciones armadas del país como para instituir las o erigirlas ahí donde hicieran falta.

El argumentar a favor de este modo de entender la primera parte del artículo apunta hacia que el mensaje del constituyente no es en estricto sentido poético, pues requiere precisamente de un razonamiento que lo acompañe para ser inteligible. Por lo demás, la ambigüedad del término es notoria. La Real Academia Española cuenta 34 acepciones, entre las que podemos destacar: alzar, subir, separar, recoger, sobresalir, construir, dibujar un plano, separar la baraja, abandonar, instituir, hacer, cesar, sublevar, ensalzar, esforzar y reclutar. Lo anterior puede llevarnos a pensar que quizás convenga acuñar una palabra más precisa, o incluso pensar en suprimirla, ya que el verbo “sostener” basta para dotar de claridad y concisión al texto normativo.

En suma, “levantar y sostener” las instituciones armadas se traduce en el acto de voluntad de mantenerlas, para el cumpli-

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos...

miento de sus funciones, a lo largo y ancho del territorio nacional, esto es, por cielo, mar y tierra; con lo que México continúa apostando, como la mayoría de los países, por un sistema de defensa basado en el ejercicio de la fuerza militar.

Ahora bien, si analizamos la expresión “Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea Nacionales” nos daremos cuenta de que esta también resulta obsoleta, pues la Marina de Guerra formaba parte del Ministerio de Guerra y Marina desde 1821, hasta que en 1940, durante el Gobierno del General Lázaro Cárdenas del Río, adquirió su autonomía y su actual nombre de Secretaría de Marina.¹ Por tanto, dado que el artículo que se comenta no se ha adaptado a esta modificación nominal en más de siete décadas, bien convendría actualizarlo.

En lo tocante a la última expresión que versa sobre “reglamentar su organización y servicio”, podemos afirmar que esta constituye el corazón de la disposición contenida en esta fracción de la norma constitucional, porque implica que las instituciones armadas no son independientes ni en su organización ni en su toma de decisiones. En efecto, la deliberación con respecto a esos tópicos corresponde a la representación social electa democráticamente. Todos los sectores sociales tienen intereses en juego cuando se habla de la interacción de las instituciones armadas con la vida cotidiana de los ciudadanos: seguridad externa e interna, narcotráfico y delincuencia organizada, labores de rescate en desastres naturales, autoridad en materia de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, etcétera.

Las instituciones armadas han sido vistas por el constituyente permanente como un instrumento al servicio de los ciudadanos; y si bien su mando y operación corresponden a la Administración Pública Federal, el diseño del marco normativo para su actuación le corresponde *de iure* al Congreso. A final de cuentas, que el diseño normativo se reserve a la rama legislativa y la operación —salvo en la declaración de guerra— a la rama adminis-

¹ Cfr. García González, Rosario, “Desarrollo y consolidación de la Secretaría de Marina”, en AA. VV., *Historia General de la Secretaría de Marina-Armada de México. Las políticas navales 1940-2012*, México, INHERM-SEP, 2012, t. II, pp. 37-40.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

trativa obedece al sistema de pesos y contrapesos subyacente al principio de separación de poderes.

Ahora bien, en todo el mundo nadie desconoce que los ejércitos han jugado un papel fundamental en la defensa de los intereses nacionales, pero tampoco se desconoce que en más de una ocasión han encabezado golpes de Estado y cruentas dictaduras. Abundando en este sentido, existen buenas razones para comprometer su organización y los límites de su actuación a la deliberación democrática. Si bien un golpe de Estado protagonizado por los militares regularmente es una cuestión de hecho, es importante que los regímenes democráticos cuenten con un marco normativo sólido anclado a los valores constitucionales del Estado, con el fin de evidenciar, cuando hiciere falta, que los golpistas han excedido los límites jurídicos de su actuación.

Relacionado con lo anterior, una razón más en favor de que corresponda al Congreso la organización, el mantenimiento y la reglamentación de las instituciones armadas tiene que ver con el ejercicio del control de legalidad y constitucionalidad a cargo de los tribunales (tanto civiles como militares), quienes deben contar con una base normativa sólida y precisa en contenidos a fin de que puedan llevar a cabo este control. La normatividad es, pues, el baremo o parámetro de control que los tribunales utilizarán para revisar los actos de los miembros de las Fuerzas Armadas. Lo que los tribunales harán a final de cuentas es individualizar los resultados de los debates democráticos que quedan plasmados en esa normatividad; de ahí la importancia de que el Congreso sea la sede de los mismos.

2. ARTÍCULO 76, FRACCIÓN III (AUTORIZACIÓN DE LA SALIDA DE TROPAS DEL PAÍS, A CARGO DEL SENADO)

Son facultades exclusivas del Senado:

[...]

III. Autorizarlo [al presidente de la República] también para que pueda permitir la salida de tropas nacionales fuera de los límites del País, el paso de tropas extranjeras por el territorio nacional y

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos...

la estación de escuadras de otra potencia, por más de un mes, en aguas mexicanas.

Comentario

La facultad del presidente de la República de disponer de las Fuerzas Armadas para preservar la seguridad interior y la defensa exterior se encuentra acotada por esta importante facultad del Senado, cuando se requiera: *a)* movilizar tropas fuera de los límites del país; *b)* el paso de tropas extranjeras por el territorio nacional, y *c)* la estación de escuadras de otra potencia, por más de un mes, en aguas mexicanas.

La justificación de esta determinación constitucional obedece al conocido sistema de pesos y contrapesos derivado del principio de división de poderes: se considera adecuado que aun cuando el presidente sea el jefe supremo de las Fuerzas Armadas no puede, sin más, disponer libremente la movilización de estas fuera de territorio ni tampoco permitir que otros ejércitos lo crucen o lo ocupen; para ello, la Cámara Alta, que en principio representa a las entidades federativas,² debe dar su aprobación.

Esta regulación parece estar inspirada en la función más elemental de las Fuerzas Armadas de un país: la guerra contra potencias extranjeras. Por eso, el texto de la disposición es tan abierto, porque se refiere a la salida de las tropas, es decir, a cualquier salida; asimismo, a cualquier entrada de Ejército o Armada extranjeros. En este sentido, el texto constitucional obliga al Senado a autorizar *en cualquier caso*, y no solo en el caso de conflictos bélicos, este tipo de movimientos de las Fuerzas Armadas.

En los tiempos actuales, los ejércitos del mundo, sin renunciar a su esencia relacionada con la guerra eventual, cumplen muchas otras funciones vinculadas al principio de reciprocidad internacional.

² En efecto, el Senado de la República representa a las entidades federativas en el Congreso de la Unión, aunque en la actualidad esa representación se ha alterado con los principios electorales de primera minoría y representación proporcional que establece el artículo 56 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

De hecho, en la actualidad, las secretarías de la Defensa Nacional y de Marina llevan a cabo ejercicios de intercambio académico con instituciones armadas de otros países. El intercambio de experiencias en cuanto al adiestramiento, la administración y la disciplina militar ha sido exitoso. De acuerdo con una iniciativa de 2012, que no llegó a materializarse, estos ejercicios militares se fincan en los acuerdos entre países que tienen una relación diplomática avanzada en los mejores términos, en las mejores condiciones que incluso les permiten celebrar, como recientemente se ha hecho, visitas recíprocas de Estado. Estas se generan dentro de los capítulos de cooperación y colaboración mutuos, en estricto apego a la disciplina militar, aspectos de adiestramiento y capacitación en ambos territorios.³ Por ejemplo, la operación UNITAS consiste en una serie de ejercicios navales que organiza la Armada de los Estados Unidos en conjunto con las armadas de países latinoamericanos, y tiene como fin entrenar, capacitar y fortalecer los vínculos entre las participantes, homogeneizando procedimientos en los diferentes aspectos del ámbito marítimo. Estos ejercicios navales se desarrollan en el ámbito marítimo-terrestre y contemplan operaciones de defensa aérea, de superficie, submarinas, de interdicción marítima, de guerras electrónicas, ribereñas y anfibia. Es, pues, una realidad que nuestro país ha podido intercambiar experiencias, tecnología y capacitación para sus fuerzas armadas navales, y se ha colocado como un referente internacional por su entusiasta participación y la aportación de equipo y tecnología para llevar a cabo acciones conjuntas con otros países.⁴

Por otro lado, las acciones humanitarias internacionales también demandan la participación de las instituciones armadas con cierta prontitud; un trámite de autorización como el que dispone la fracción III del artículo 76 constitucional entorpece la oportunidad de este tipo de intervenciones.

Tomando en cuenta lo anterior, quizá no sea una mala idea reconsiderar la redacción actual de la referida fracción para aco-

³ Cfr. Cámara de Diputados, *Gaceta*, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/62/2012/oct/20121031-II/Iniciativa-2.html>

⁴ *Ibidem*.

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos...

tar la autorización del Senado a aquellas movilizaciones de las instituciones armadas *para realizar acciones bélicas*, dejando la prerrogativa de movilización de elementos de las Fuerzas Armadas para propósitos de otra índole, tales como intercambios académicos, ejercicios conjuntos, ayuda humanitaria y participación en proyectos multinacionales. En cuanto al paso de tropas extranjeras por el territorio nacional y la estación de escuadras de otra potencia por más de un mes en aguas mexicanas, la facultad del Senado podría quedar intacta, ya que no puede compararse la salida de nuestras Fuerzas Armadas de acuerdo con los propósitos y fines antes señalados, con la entrada de tropas extranjeras a nuestro territorio y aguas nacionales.

De este modo, podría pensarse en un modelo de control mixto, en el que se reconociera la intervención del Senado, pero se dieran facultades al presidente de la República para autorizar la salida del territorio nacional de unidades pertenecientes a las Fuerzas Armadas Mexicanas, para realizar operaciones de instrucción, entrenamiento, misiones humanitarias, visitas oficiales y en todos los demás casos no relacionados con la acción bélica o con la permanencia injustificada de instituciones armadas extranjeras.

Por lo pronto no se han dado conflictos individuales ni competenciales al respecto, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) no se ha pronunciado con relación a este artículo.

3. ARTÍCULO 132 (JURISDICCIÓN DE FUERTES, CUARTELES, ALMACENES Y OTROS INMUEBLES)

Artículo 132. Los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común, estarán sujetos a la jurisdicción de los Poderes Federales en los términos que establezca la ley que expedirá el Congreso de la Unión; mas para que lo estén igualmente los que en lo sucesivo adquiera dentro del territorio de algún Estado, será necesario el consentimiento de la legislatura respectiva.

Comentario

1. Antecedentes. El antecedente de esta disposición constitucional es el artículo 125 de la Constitución de 1857, en el que se dispuso inicialmente que los fuertes, cuarteles, almacenes de depósito y demás edificios necesarios para el gobierno de la Unión debían estar bajo la inspección de los poderes federales. En 1901 fue reformado el artículo y retomado por el constituyente de 1916, convirtiéndose en el artículo 132 de la Constitución vigente.

Esta es de las pocas disposiciones que no han sido reformadas desde su promulgación y se refiere a que determinados bienes inmuebles, como son los cuarteles, almacenes de depósito, y otros, destinados al servicio público o al uso común, estarán sujetos a la jurisdicción de los poderes federales, de acuerdo con la ley que al respecto establezca el Congreso de la Unión. Asimismo, dispone que cuando se trate de bienes inmuebles que se adquieran dentro del territorio de algún estado, la legislatura correspondiente deberá dar su consentimiento.

2. Análisis del contenido. Si analizamos el contenido de esta disposición nos encontraremos con varios términos obsoletos, como señala Germán Rocha.⁵ En primer lugar, entendemos por “fuertes” aquellos recintos fortificados destinados al Ejército para la defensa de una plaza o ciudad; en segundo lugar, los “cuarteles” son puestos usados por el Ejército en campaña para acuartelarse y, en tercer lugar, los “almacenes de depósito” son los lugares que el propio Ejército utiliza para custodiar el armamento y otros implementos de guerra. En el siglo XIX, cuando fue pensado el contenido de este artículo, todas estas edificaciones eran conocidas y utilizadas por el Ejército, por tanto la terminología de la norma resultaba adecuada en ese momento. Actualmente, sin embargo, las Fuerzas Armadas cuentan con instalaciones modernas que se alejan significativamente de esos referentes.

Por otra parte, si nos preguntamos a qué obedeció la reforma de 1901 del antiguo artículo 125 de la Constitución de 1857, la

⁵ Cfr. Rocha, Germán, *La constitución política mexicana comentada*, 3a. ed., México, IJ-UNAM-Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, 1992, pp. 587-590.

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos...

respuesta es que se buscó limitar la regla primigenia que permitía a la federación apropiarse de bienes inmuebles de los estados, en detrimento de su soberanía, con el pretexto de la necesidad de instalar cuarteles, fuertes y almacenes del Ejército. Por ello, se estableció como mandato constitucional que los bienes destinados al servicio público y al uso común quedarían reservados a la jurisdicción federal, pero que, en el futuro, en el caso de que la federación requiriera nuevos bienes inmuebles dentro del territorio de los estados, las legislaturas locales correspondientes deberían dar su autorización.

3. Actualidad. Si nos preguntamos qué función cumple hoy en día el artículo 132 constitucional podemos responder lo siguiente: la jurisdicción es la facultad para dictar leyes y para aplicarlas dentro de un determinado territorio; así, lo que esta norma constitucional determina es que la federación debe regular lo concerniente a los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común. A fin de entender exactamente la regulación de este tipo de bienes es necesario remitirnos a la Ley General de Bienes Nacionales (LGBN). Para ello, dividiremos el artículo en tres grupos: a) *fuertes, cuarteles, almacenes de depósito*; b) bienes destinados al *servicio público*, y c) bienes de *uso común*.

a) En primer lugar, la LGBN no establece regulación alguna con relación a los fuertes, cuarteles y almacenes de depósito del Ejército. En todo caso, el artículo 3 establece que los bienes a los que se refiere el artículo 132 constitucional son “bienes nacionales”:

b) Con relación a los bienes destinados al servicio público, los artículos 59 y 60 de la LGBN establecen:

ARTÍCULO 59. Están destinados a un servicio público, los siguientes inmuebles federales:

I. Los recintos permanentes de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de la Federación;

II. Los destinados al servicio de los Poderes Legislativo y Judicial de la Federación;

III. Los destinados al servicio de las dependencias y entidades;

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

IV. Los destinados al servicio de los gobiernos de los estados, del Distrito Federal y de los municipios o de sus respectivas entidades paraestatales;

V. Los destinados al servicio de la Procuraduría General de la República, de las unidades administrativas de la Presidencia de la República, y de las instituciones de carácter federal o local con autonomía derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de las Constituciones de los Estados;

VI. Los que se adquieran mediante actos jurídicos en cuya formalización intervenga la Secretaría, en los términos de esta Ley, siempre y cuando en los mismos se determine la dependencia o entidad a la que se destinará el inmueble y el uso al que estará dedicado, y

VII. Los que se adquieran por expropiación en los que se determine como destinataria a una dependencia, con excepción de aquellos que se adquieran con fines de regularización de la tenencia de la tierra o en materia de vivienda y desarrollo urbano.

ARTÍCULO 60. Quedarán sujetos al régimen jurídico de los bienes destinados a un servicio público los siguientes inmuebles:

I. Los inmuebles federales que de hecho se utilicen en la prestación de servicios públicos por las instituciones públicas, y

II. Los inmuebles federales que mediante convenio se utilicen en actividades de organizaciones internacionales de las que México sea miembro.

c) Los bienes de uso común están enlistados en el artículo 7 de la LGBN:

ARTÍCULO 7. Son bienes de uso común:

I. El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional;

II. Las aguas marinas interiores, conforme a la Ley Federal del Mar;

III. El mar territorial en la anchura que fije la Ley Federal del Mar;

IV. Las playas marítimas, entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua, desde los límites de mayor reflujó hasta los límites de mayor flujo anuales;

V. La zona federal marítimo terrestre;

VI. Los puertos, bahías, radas y ensenadas;

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos...

VII. Los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos, cuando sean de uso público;

VIII. Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional;

IX. Las riberas y zonas federales de las corrientes;

X. Las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas, contruidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vía, o riberas en la extensión que, en cada caso, fije la dependencia competente en la materia, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables;

XI. Los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la ley federal de la materia;

XII. Los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos conforme a la ley de la materia;

XIII. Las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes los visiten, y

XIV. Los demás bienes considerados de uso común por otras leyes que regulen bienes nacionales.

4. Jurisprudencia. Con respecto a los bienes de uso común, conviene mencionar la siguiente tesis de jurisprudencia emitida por el Tribunal Pleno, que se refiere a la zona de monumentos arqueológicos de Tulum:

ZONA DE MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS TULUM-TANCAH. CONSTITUYE UN BIEN DE USO COMÚN Y, POR TANTO, UN BIEN NACIONAL SUJETO AL RÉGIMEN DE DOMINIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN. La Ley General de Bienes Nacionales establece los bienes que constituyen el patrimonio de la nación, así como el régimen de dominio público de los bienes de la Federación; conforme a ella son bienes nacionales, entre otros, los bienes de uso común, sujetos al régimen de dominio público de la Federación, dentro de los que se encuentran los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos conforme a la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, los cuales

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

se rigen por lo dispuesto tanto en la Ley General de Bienes Nacionales como en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, por lo que la Zona de Monumentos Arqueológicos Tulum-Tancah constituye un bien nacional, al tratarse de uno de uso común de los previstos en el artículo 7 de la Ley General de Bienes Nacionales. No obsta a lo anterior que tanto en la fracción XII de este numeral como en el resto de ese ordenamiento, en lo conducente, se refiera a “monumentos arqueológicos” (muebles e inmuebles) y no a “zonas de monumentos arqueológicos”, pues conforme al artículo 39 de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, la “zona de monumentos arqueológicos” es el área que comprende a inmuebles considerados monumentos arqueológicos o en donde se presume su existencia, por lo que resulta lógico estimar que dicha zona, al igual que los “inmuebles considerados como monumentos arqueológicos”, sea un bien de uso común y, por tanto, un bien nacional sujeto al régimen de dominio público de la Federación⁶.

Asimismo, el Tribunal Pleno estableció uno de los criterios más importantes de los últimos tiempos con relación a la naturaleza del espectro radioeléctrico, al resolver la acción de inconstitucionalidad 72/2008, relacionada con la llamada “Ley Televisa”:

ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. FORMA PARTE DEL ESPACIO AÉREO, QUE CONSTITUYE UN BIEN NACIONAL DE USO COMÚN SUJETO AL RÉGIMEN DE DOMINIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN, PARA CUYO APROVECHAMIENTO ESPECIAL SE REQUIERE CONCESIÓN, AUTORIZACIÓN O PERMISO. La Sección Primera, Apartado 1-5, del Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, define a las ondas radioeléctricas u ondas hertzianas como las ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz y que se propagan por el espacio sin guía artificial. Por su parte, el artículo 3o., fracción II, de la Ley Federal de Telecomunicaciones define al espectro radioeléctrico como el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas cuyas bandas de frecuencia se fijan convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz. En ese tenor, si se relaciona el concepto de ondas radioeléctricas definido por el derecho

⁶ Tesis P./J. 16/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. X, t. 1, julio de 2012, p. 348.

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos...

internacional con el del espectro radioeléctrico que define la Ley Federal de Telecomunicaciones, se concluye que este último forma parte del espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, sobre el que la Nación ejerce dominio directo en la extensión y términos que fije el derecho internacional conforme al artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, el espectro radioeléctrico constituye un bien de uso común que, como tal, en términos de la Ley General de Bienes Nacionales, está sujeto al régimen de dominio público de la Federación, pudiendo hacer uso de él todos los habitantes de la República Mexicana con las restricciones establecidas en las leyes y reglamentos administrativos aplicables, pero para su aprovechamiento especial se requiere concesión, autorización o permiso otorgados conforme a las condiciones y requisitos legalmente establecidos, los que no crean derechos reales, pues solo otorgan frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho al uso, aprovechamiento o explotación conforme a las leyes y al título correspondiente⁷.

4. ARTÍCULO 133 (SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL)

Artículo 4. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. 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.

Comentario

1. Concepto. El término de supremacía constitucional es tanto político como jurídico.⁸ Ambas dimensiones tienen, evidentemente, gran relevancia para el derecho constitucional. Desde el punto

⁷ Tesis P./J. 65/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 987.

⁸ Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Civitas, 2004, p. 304.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

de vista político, la supremacía se entiende como “una cualidad política de toda Constitución, en cuanto esta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política”.⁹ Este concepto, aun cuando no es irrelevante para el derecho, no supone ningún problema en cuanto al principio de jerarquía normativa. Cosa distinta sucede con el de supremacía, pues su esencia es, precisamente, dar sentido a la posición de la Constitución respecto de todos y cada uno de los instrumentos normativos que pertenecen al sistema.

Hoy en día, algunos autores consideran como superada la visión kelseniana clásica, según la cual el sistema jurídico tiene una estructura escalonada, es decir, una concatenación sucesiva de validaciones inmediatas de una norma a otra. Ello se debe a que en realidad no todas las normas se relacionan jerárquicamente entre sí, sino que, más bien, esa relación es contingente. No obstante, lo cierto es que existe una norma que sí se relaciona de manera jerárquica y, por tanto, directamente con todas las demás del sistema y ordenamientos jurídicos: la Constitución. En esto consiste la supremacía: en que todas y cada una de las normas del sistema y los ordenamientos jurídicos se hallan sometidas jerárquicamente a la Constitución.¹⁰

2. Antecedentes. La expresión “supremacía constitucional” proviene del artículo 6, párrafo segundo, de la Constitución estadounidense, que dice: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que de ella emanen, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la *suprema* ley del país y los jueces de cada estado estarán obligados a acatarlos, a pesar de cualquier disposición contraria que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier estado (*cursivas añadidas*)”. Texto ratificado en el caso *Marbury vs. Madison*, resuelto por la Corte Suprema estadounidense en 1803. De esta célebre ejecutoria se desprende que la Constitución es la ley

⁹ Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, 1994, p. 23.

¹⁰ Santamaría, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, CEURA, 1991, p. 466

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos...

superior del orden jurídico y que todo acto legislativo contrario a esta debe declararse inexistente. Los tribunales —se afirma— deben negarse a aplicar la ley que pugne con la norma fundamental; si el tribunal aplica una norma contraria a la Constitución, se quiebra el fundamento de las constituciones escritas (Bolívar, 2005, pp. 29-31). El referido artículo 6, párrafo segundo, de la Constitución de los Estados Unidos de América, como se sabe, influyó decididamente en las distintas constituciones mexicanas.

El principio de supremacía constitucional fue previsto en el artículo 237 de la Constitución de Apatzingán (1814); en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano (1822); en el artículo 27 del Acta Constitutiva y de Reformas (1824); en el artículo 161, fracción III, de la Constitución Federal de 1824, y en el artículo 126 de la de 1857. Este último casi idéntico al de la Constitución estadounidense.¹¹ En la Constitución actual, el principio se establece expresamente en el artículo 133, aunque la hegemonía de la carta magna sobre los convenios y tratados internacionales se deriva del artículo 15. A su vez, los artículos 40 y 41 disponen, respectivamente, que la forma de Estado y la de gobierno se adecuen a los principios de la ley fundamental, y que las constituciones locales no contravengan las estipulaciones de la federal. Por lo demás, el artículo 128 exige que todo funcionario público, sin excepción alguna, proteste guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen antes de tomar posesión de su cargo.

3. Jurisprudencia. 3.1. Vale la pena mencionar, en primer lugar, el amparo en revisión 186/2008, resuelto por el Tribunal Pleno de la SCJN, el 28 de septiembre de 2008. El tema central versaba sobre si era o no jurídicamente posible el control constitucional de una reforma constitucional mediante el juicio de amparo. Para ello, la Corte se vio obligada a responder a la pregunta sobre cuál es el carácter del poder constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución. Para responderla, se tomaron en cuenta dos extremos: 1) admitir que el poder de reforma de la Constitución es limitado, en concordancia con el principio jurídico de supremacía constitucional, o 2) admitir que

¹¹ Sánchez Bringas, Enrique, *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2001, pp. 42 y 43.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

ese poder es ilimitado, al cobijo del principio político de soberanía popular.

El Pleno optó por la primera vertiente e identificó diversos tipos de límites reconocidos por la doctrina, entre los que destacan los explícitos (o cláusulas de intangibilidad), que se encuentran en el propio texto constitucional, y los implícitos cuya existencia solo puede ser deducida indirectamente, ya sea como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, o bien como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la carta magna. Sostuvo que la Constitución general no establece límites explícitos o cláusulas de intangibilidad, pero sí implícitos, y que es posible identificar los que contiene su artículo 135, referido al procedimiento de reforma: 1) que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y 2) que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados.

Así, para la Corte, el poder reformador de la Constitución (constituyente permanente) y el poder soberano, no son conceptos idénticos, pues el poder de revisión nunca podrá tener otro fundamento que no sea la propia Constitución; en cambio, el poder soberano es previo e independiente del ordenamiento. A partir de los anteriores razonamientos, el Tribunal Pleno emitió el criterio aislado P. LXXV/2009, con número de registro 165713, publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, diciembre de 2009, página 14, cuyo rubro dice: “PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL”. Sin embargo, el criterio fue efímero, ya que el 28 de marzo de 2011 se resolvió el amparo en revisión número 2021/2009, en el que se dio un giro regresivo a la resolución anterior que terminó en la improcedencia del juicio, esta vez por considerar que ante una eventual concesión del amparo, los efectos de la concesión no podrían tener lugar.

El legislador canceló años más tarde la deliberación, al promulgar en 2013 la Nueva Ley de Amparo, cuyo artículo 61, fracción I, prohíbe la procedencia del juicio de amparo en contra de

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos...

reformas o adiciones a la Constitución. Con este cambio, la justicia constitucional mexicana perdió la oportunidad de discutir cuestiones como: ¿cuál es el parámetro para realizar el control de constitucionalidad material de un procedimiento de reforma constitucional? ¿Cuáles son los principios y valores legitimadores del ordenamiento constitucional asumidos por el constituyente originario? ¿Qué tipo de intensidad debe tener el control de constitucionalidad material?

3.2. Sin duda, otro de los precedentes más importantes que involucran al principio de supremacía constitucional es la contradicción de tesis 293/2011, resuelta por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte el 3 de septiembre de 2013. En ella se reconoce que la interpretación de las normas del sistema jurídico, tanto de las normas ordinarias como de las constitucionales y convencionales, y la facultad de *inaplicarlas* cuando estas sean contrarias a los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, encuentran un límite en las restricciones a los derechos humanos constitucionalmente expresas. De este modo, cuando un operador jurídico esté frente a una restricción constitucional a un derecho humano, ha de entender que tal disposición es de observancia estricta y, por tanto, no podrán dejar de aplicarla por más que considere que es contraria a los derechos humanos (Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), con número de registro, 2006224, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 5, abril de 2014, t. I, pág. 202, cuyo rubro es: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”).

Con el argumento central de esta tesis, la SCJN introdujo una discusión que ha marcado el constitucionalismo mexicano contemporáneo y que precisamente tiene que ver con el principio de supremacía constitucional: si las restricciones expresas a los derechos humanos contenidas en el texto constitucional son ley suprema en nuestro sistema, entonces se desvanece el mandato del artículo 1, según el cual no hay diferencia entre los derechos humanos constitucionales y los de fuente internacional, así como

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

el del 133, según el cual los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a la Constitución y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de su jurisdicción. La CT 293/2011 constituye la última palabra en materia de supremacía del texto constitucional sobre cualquier otro texto, aun cuando se trate de restricciones a derechos. El tufo a formalismo en este criterio es inevitable: el texto constitucional debe cumplirse en primer lugar, aun en contra de los valores que intentó introducir el constituyente permanente en la reforma de 2011. El principio *pro persona* tuvo vigencia hasta que llegó este criterio.

3.3. Finalmente, mencionaré la CT 299/2013, resuelta el 14 de octubre de 2014 por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, cuyo tema central era determinar si la jurisprudencia puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* a cargo de los tribunales colegiados, cuando se detecte que resulta violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución o en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. La Corte resolvió que la jurisprudencia no puede ser objeto de ese control (Tesis: P./J. 64/2014 (10a.), Registro 2008148, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 13, diciembre de 2014, t. I, pág. 8, rubro: “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA”).

Al respecto conviene hacer algunas reflexiones: 1) si bien es cierto que los criterios jurisprudenciales tienen una fuente distinta a la de las normas (pues son creados a partir de un procedimiento judicial y no legislativo), en realidad, cuentan con las propiedades esenciales de las normas porque son la interpretación, es decir, la determinación del contenido, de los enunciados o disposiciones; 2) las mismas razones por las cuales se acepta que algunas disposiciones jurídicas son derrotables, debido a la indeterminación que predicen, podrían ser utilizadas para aceptar que algunas tesis jurisprudenciales son también derrotables, ya que algunas de estas “pequeñas normas” guardan asimismo un importante grado de indeterminación, y 3) ¿qué hacer con la jurispru-

Excurso. Cuatro comentarios a cuatro artículos...

dencia que, probadamente, viola derechos humanos? ¿Por qué no inaplicarla por las mismas razones que se inaplica una norma inconstitucional o inconvenional?¹² ¿Qué sucede con el principio de supremacía constitucional cuando entra en tensión con alguna jurisprudencia violatoria de derechos humanos? ¿La supremacía no aplica para la Suprema Corte de Justicia de la Nación?

Por otra parte, con el criterio adoptado en la CT 299/2013, la Corte incurrió en una contradicción con respecto al criterio contenido en la CT 293/2011, ya que en la página 59, segundo párrafo, de esa última sentencia, aparece un argumento que sugiere que la jurisprudencia interamericana debe aplicarse con primacía, incluso ante las restricciones constitucionales:

[...] no debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, *pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación*. Por el contrario, esta obligatoriedad debe entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas. En todo caso, lo importante será que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se justifique atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona.

4. Conclusión. La SCJN ha dejado ver que la supremacía constitucional es una cuestión relacionada con el texto acotado del documento llamado Constitución, ya que la vía interpretativa, que abre el propio artículo 1 constitucional, hacia el derecho internacional de los derechos humanos tiene menos peso para nuestro Máximo Tribunal, como quedó demostrado en la CT 293/2011. Derivado de lo anterior, puede decirse que la Suprema Corte no ha sido consistente en su interpretación con respecto al *principio pro persona*, pues por un lado apuesta fuertemente al cumplimiento del nuevo paradigma interpretativo derivado de la reforma de

¹² Cossío Díaz, José Ramón y Lara Chagoyán, Roberto: “Derechos humanos o jurisprudencia infalible”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 32, enero-junio de 2015, pp. 97 y 98.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

2011 y, por el otro, apuesta por las restricciones a los derechos humanos contenidas en el texto constitucional. En suma, el concepto de “supremacía” queda en vilo, pues la Corte identifica lo supremo con el texto de la Constitución (CT 293/2011); con el de la jurisprudencia interamericana (CT 293/2011), y con el de la jurisprudencia que ella misma emite (CT 299/2013).

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, 1994.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2008.
- y LARA CHAGOYÁN, Roberto: “Derechos humanos o jurisprudencia infalible”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 32, enero-junio de 2015.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Rosario “Desarrollo y consolidación de la Secretaría de Marina”, en AA. VV., *Historia General de la Secretaría de Marina-Armada de México. Las políticas navales 1940-2012*, México, INHERM-SEP, 2012, t. II.
- REQUENA LÓPEZ, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Civitas, 2004.
- ROCHA, Germán, *La constitución política mexicana comentada*, 3a. ed., México, IJ-UNAM-Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, 1992.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Justicia constitucional y democracia: el problema de la última palabra”, *Nexos*, México, núm. 329, mayo de 2005.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2001.
- SANTAMARÍA, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, CEURA, 1991.
- VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y el poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

*El constitucionalismo mexicano en transformación:
avances y retrocesos*
Roberto Lara Chagoyán
se terminó de imprimir en mayo de 2020,
en Hear Industria Gráfica,
Querétaro, México
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

*Interamericanización de los DESCAs
El caso Cuscul Pivara de la Corte IDH*

MARIELA MORALES ANTONIAZZI
LILIANA RONCONI
LAURA CLÉRICO (COORDS.)

*Cumplimiento e impacto de las sentencias
de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo
de Derechos Humanos Transformando realidades*

ARMIN VON BOGDANDY
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI (COORDS.)

*Interpretación de las restricciones constitucionales
Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*

RAMSÉS MONTOYA CAMARENA

La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral

MARIELA PONCE VILLA

*Intransigencia constitucional.
Sobre los límites de la tolerancia
en el Estado constitucional de derecho*

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

*Teorías contemporáneas de la justicia.
Introducción y notas críticas*

RODOLFO VÁZQUEZ

(En coedición con el

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN: AVANCES Y RETROCESOS

El propósito de esta obra es ofrecer una crítica profunda acerca del llamado “cambio de paradigma constitucional” que se produjo tras la resolución del Expediente Varios 912/2010 (caso *Radilla*) y mediante la reforma constitucional de derechos humanos de 10 de junio de 2011.

En el primer capítulo se desarrolla una serie de reflexiones en torno al fenómeno de la constitucionalización en México y se esgrimen razones para alertar a los juristas sobre las implicaciones que supone avanzar hacia un ideal en el que los valores constitucionales sean considerados el centro de gravedad; el segundo capítulo está dedicado a relatar la transformación de las sentencias que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación; en el siguiente se propone que las sentencias reparadoras de derechos humanos contienen una cláusula directiva y una cláusula sancionadora, llamando la atención sobre el uso inadecuado de esta distinción en las mismas; en el cuarto capítulo se comenta uno de los casos más polémicos que la Suprema Corte mexicana ha resuelto en las últimas décadas —el caso *Martín del Campo*— desde la teoría de la argumentación jurídica, y el quinto está dedicado a comentar una serie de amparos relacionados con las distintas reformas a las leyes sobre el consumo del tabaco en México, discutiendo los argumentos que esgrimió la Suprema Corte para resolver algunas inconformidades en contra de dicha legislación.

Finalmente, a manera de excurso, el autor presenta comentarios a cuatro artículos de la Constitución: 73, fracción XIV (facultad para levantar y sostener a las Fuerzas Armadas); 76, fracción III (autorización de la salida de tropas del país); 132 (jurisdicción de fuertes, cuarteles, almacenes y otros inmuebles), y 133 (supremacía constitucional).

Las reflexiones reunidas en esta obra ahondan en preocupaciones legítimas y nos invitan a repensar las bases sobre las que se ha construido el constitucionalismo mexicano.

ISBN 978-607-7822-59-2



9 786077 822592

QRO
ORGULLO
DE **MX**



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO