

La argumentación constitucional de la Suprema Corte

A diez años de la reforma de derechos humanos

Roberto NIEMBRO ORTEGA



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

LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL
DE LA SUPREMA CORTE

A diez años de la reforma de derechos humanos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 911

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

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

Felipe Luna
Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

ROBERTO NIEMBRO ORTEGA

LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE

A diez años de la reforma de derechos humanos



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

Primera edición: febrero de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

www.juridicas.unam.mx

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

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

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-7822-72-1



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

Javier Marra Olea
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

Issa Luna Pla

Secretario técnico

Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho

A mi abuelo,
Ricardo Ortega Rodríguez,
in memoriam

AGRADECIMIENTOS

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

CONTENIDO

PRÓLOGO	XVII
Armin VON BOGDANDY	

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

CAPÍTULO PRIMERO

LIBERTAD E IGUALDAD. LA JURISPRUDENCIA

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

CAPÍTULO SEGUNDO

AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DELIBERACIÓN

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

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

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA. EL CASO *BONILLA*

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

CAPÍTULO CUARTO

LIBERTADES ECONÓMICAS Y METODOLOGÍAS DE ADJUDICACIÓN.

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

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

CAPÍTULO QUINTO

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

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

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

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

PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Heidelberg, febrero de 2021
Armin VON BOGDANDY

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. LA SUPREMA CORTE DURANTE EL RÉGIMEN AUTORITARIO

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ *Ibidem*, p. 34.

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

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

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

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

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

II. LA SUPREMA CORTE EN DEMOCRACIA

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

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

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

¹⁵ *Ibidem*, pp. 125 y 135.

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

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

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

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

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

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

²⁰ *Ibidem*, p. 272.

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

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

²³ CPEUM, art. 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la*

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

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

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

Federación [DOF] el 10 de junio de 2011). Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (adicionado mediante decreto publicado en el *DOF* el 10 de junio de 2011). Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (adicionado mediante decreto publicado en el *DOF* el 10 de junio de 2011). Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes (adicionado mediante decreto publicado en el *DOF* el 14 de agosto de 2001). Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ CADH, arts. 62 y 64.

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

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

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

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

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

En segundo lugar, señaló que

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

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

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

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

³⁷ SCJN, CT 293/2011, pp. 57 y 58.

³⁸ *Ibidem*, p. 58.

³⁹ *Ibidem*, p. 37.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 124 y 126.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 116, 117 y 125.

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

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

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

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

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

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

⁵³ *Ibidem*, p. 111.

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

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

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

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

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

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

