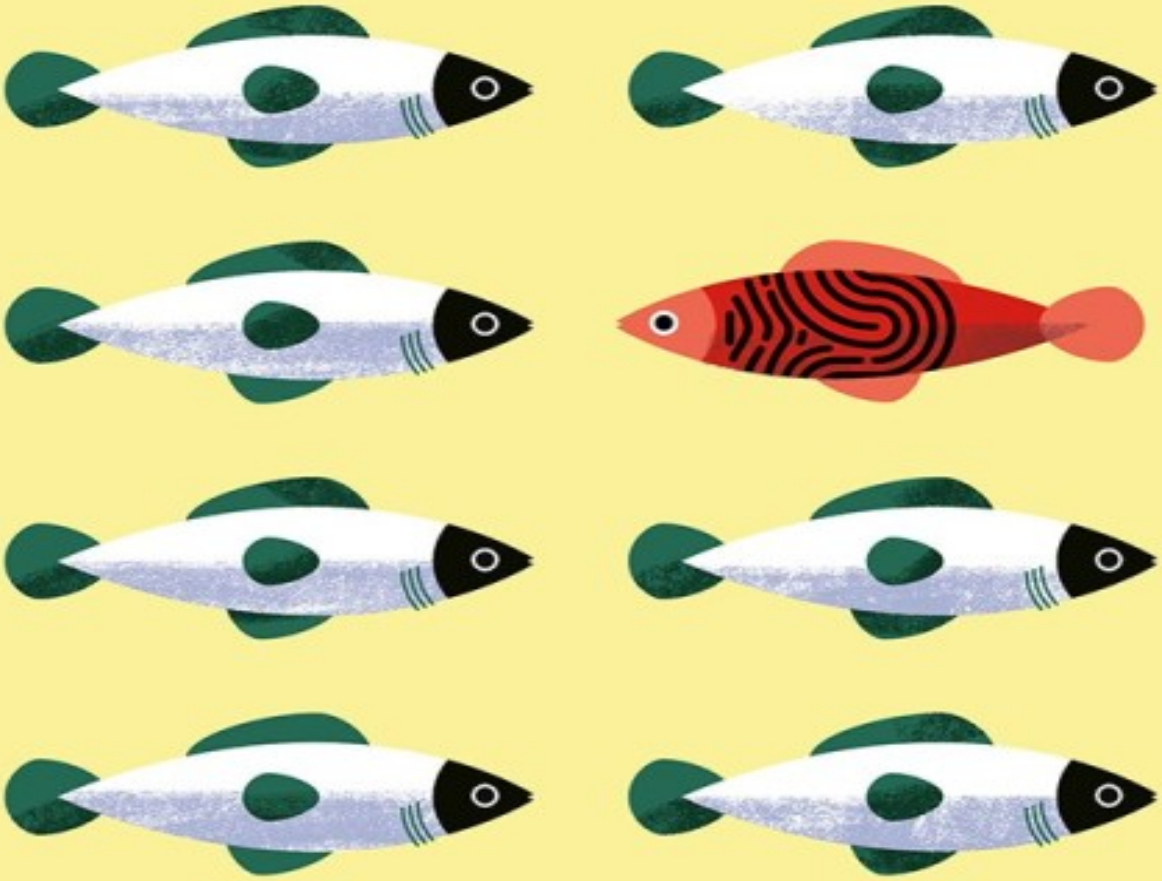
José Ramón Cossío Díaz

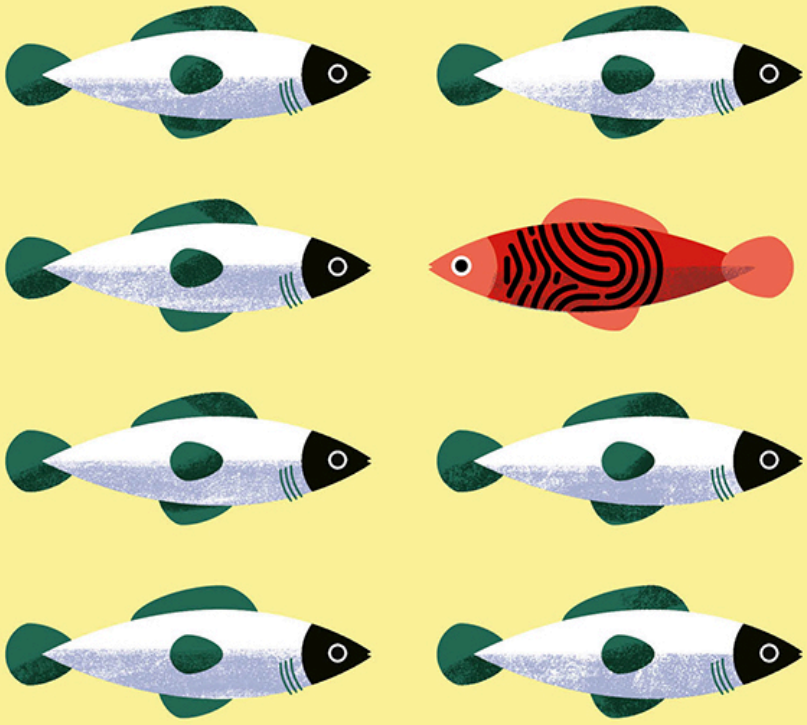
# Voto en contra



DEBATE

José Ramón Cossío Díaz

# Voto en contra



DEBATE

# VOTO EN CONTRA

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

DEBATE

SÍGUENOS EN

megustaleer

 **@Ebooks**

 **@megustaleermex**

 **@megustaleermex**

Penguin Random House Grupo Editorial

*A mi Ponencia, con gratitud y cariño.*

# Presentación

Como profesor de derecho constitucional, desde muchos años atrás quise llegar a ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El haber estudiado el texto constitucional, sus interpretaciones y efectos debía culminar con la posibilidad de crear normas y criterios jurídicos obligatorios por la vía judicial. Sé que entre una actividad, la de profesor, y otra, la de juzgador, no existe causalidad ni relación inescindible. Sin embargo, como pasa con tantas cosas en la vida, yo quise encontrar entre ambas actividades una especie de continuidad.

Una serie de afortunados acontecimientos me permitió llegar a ser ministro a partir del 1 de diciembre de 2003. De esa fecha a aquella en la que terminó mi cargo (30 de noviembre de 2018), fueron muchas las experiencias que se acumularon. Sin ser éste el lugar para narrar todas ellas, me gustaría contar algunas para preparar al lector a lo que es el contenido del libro que tiene en sus manos. Sin embargo, y por lo mismo, quiero retraerme a un tiempo previo a mi designación. Prometo no ir muy atrás.

Cuando era profesor de derecho me pareció muy importante hacer crítica a las resoluciones de la Suprema Corte. Si este órgano tiene como función determinar el sentido de las normas

constitucionales, quien tenía que explicarlo como profesor debía llevar a cabo una crítica abierta y profesional a lo dicho por ella. Gracias a una generosa invitación de Federico Reyes Heroles, comencé a escribir mensualmente mis comentarios en la revista *Este País* a los fallos que la Corte iba dictando. Sin juzgar yo mis colaboraciones, lo hecho me fue produciendo, y creo que afinando, un sentido crítico. Aprendí a observar problemas de forma, rompimiento de las cadenas argumentativas, la aparición de conclusiones súbitas, y otros elementos parecidos. Desde mi propia perspectiva, este ejercicio me generó un nuevo talante profesional. Me enseñó a realizar un análisis no muy frecuente entre nosotros. También me dio una especie de fortaleza para expresar lo que de verdad quería y hacerlo frente a quienes formaban parte de un órgano al que quería pertenecer.

Cuando llegué a la Corte tuve que dar el consiguiente discurso de ingreso. Fue un momento importante y complejo. Nuevamente tenía que decir lo que pensaba hacer y, por ello, lo que no me gustaba de lo hecho por el grupo al que yo me sumaba. De los 11 ministros designados en enero de 1995 para integrar la nueva Corte, 9 permanecían al incorporarme yo. Con algunos de ellos tenía amistad y un respeto mutuo. Decirles cosas como recién nombrado no era fácil. El ligero temblor de mis manos al sostener las hojas del discurso así lo demostraban.

Vino el receso de diciembre de 2003, y el lunes 5 de enero de 2004, efectivamente comenzaron mis tareas. Esos primeros días fueron complejos e interesantes. Ordenar una buena ponencia, leer los proyectos propios y ajenos y definir cuándo y cómo hablar en las sesiones, fue todo un reto. El apoyo de algunos colegas ministros, el consejo y la paciencia de los colaboradores hicieron esos días más cortos y, sin embargo, memorables.

Lo que más allá de logros y fracasos resultó interesante al comienzo y permaneció así durante los años, fue saber cuándo adoptar un criterio y desechar otro, tanto para la confección de los

proyectos propios como en el posicionamiento frente a los ajenos. En resumen, ¿cómo votar en cada caso? Señalo en cada caso, porque así es como se actúa jurisdiccionalmente. Sin caer en el lugar común de que cada asunto tiene particularidades tales que lo hacen por completo diferente a todos los demás, lo cierto es que entre ellos hay matices que obligan a considerarlo en lo particular, bajo la luz de criterios generales.

Sin que desde luego sean lo mismo, el haber sido crítico de las resoluciones judiciales fuera de la Corte me dio un entrenamiento para seguirlo haciendo dentro de ella. Con una naturalidad que ahora me parece un tanto extraña y con el invaluable apoyo moral e intelectual de mis compañeros de Ponencia, comencé a expresar con amplitud y confianza mis disensos a lo que en el Pleno y en la Sala se resolvía.

Hacerlo, al menos en mi caso —pues creo con sinceridad que igual pasa con todos quienes integramos órganos colegiados—, no siempre fue fácil. En ocasiones existen dudas acerca de lo que se piensa frente a lo que todos o muchos ven con claridad y sostienen con convicción. En ocasiones, aquello que se quiere sostener no termina por conformarse intelectualmente, ni proporciona tranquilidad emocional. En otras más, las posiciones externas a la Corte generan, o pretenden generar, cauces de votación.

Durante mis 15 años como ministro de la Suprema Corte, fueron muchos los casos en los que voté en minoría o en soledad. Algunos de ellos fueron en temas o problemas aparentemente menores o, al menos, concernientes sólo a las partes en el asunto. En otros, sin embargo, lo resuelto y lo mostrado tuvo repercusiones más amplias debido a la naturaleza de los asuntos. Una cosa es que a un quejoso se le rechace un recurso o un argumento en un asunto que a él le importa mucho, y otra distinta que lo decidido por la Corte repercuta en un número indeterminado de personas y les signifique la vida de una cierta manera. Por vía de ejemplo, definir jurídicamente qué condiciones dan lugar a una válida terminación de la relación de

trabajo y cuáles no, o a quién puede atribuirse cierta calidad personal para efectos de su defensa judicial, repercute en muchas personas. Por su carácter constitutivo de la realidad, en ocasiones es más amplio lo que tiene que darse en asuntos más grandes. Además hay que decir las razones del disenso. Tal vez y con alguna esperanza, lo dicho minoritariamente podrá llegar a ser un elemento para reflexiones futuras y, todavía más deseable, el criterio adoptado mayoritariamente y por ende obligatorio.

Para la compilación que aquí se ha hecho, seleccioné algunos de los votos en contra que creo satisfacen las condiciones acabadas de señalar. De entre los muchos disensos, he elegido sólo aquellos que tienen impacto social. Ello no lo he hecho con el afán de molestar a nadie. Simplemente he querido mostrar cómo es que resulta posible ser disidente al interior de la Suprema Corte en particular, y de los órganos colegiados en general. Igualmente, para mostrar cómo es que respecto de un mismo tema pueden darse diversas razones.

Al realizar un análisis de los temas que se abordaron en los votos, se puede apreciar que sólo en cuatro de ellos se han presentado casos similares que han permitido reiterar las consideraciones que sostuve en las primeras sentencias. En el asunto relacionado con los derechos de los indígenas (sentenciado por las reglas de un mundo desconocido) en un inicio la ministra Sánchez Cordero votaba conmigo; sin embargo, a partir de su salida de la Suprema Corte, fui el único que votó en ese sentido.

En lo relativo a las consideraciones sobre el derecho de libertad de expresión (los jueces no son "policías" de las palabras), parecía que la mayoría había abandonado la postura de la que yo me aparto (véase el voto concurrente que formulé en el amparo directo en revisión 3111/2013). Lamentablemente, en asuntos posteriores se confirmó su vigencia (véase el voto que formulé en el amparo directo en revisión 3123/2013).

Por lo que se refiere al sentido de los votos que sostuve en relación al uso lúdico de la marihuana (la necesidad de pensar a

fondo) y a las restricciones establecidas en la Constitución Federal a los derechos humanos (la Constitución y los Tratados Internacionales), sigo siendo el único que sostiene las posturas que en este libro expongo.

En los tiempos que corren es de la mayor importancia pensar por uno mismo, dar razones y tener la capacidad de sostenerlas abiertamente y en público. El que yo pueda mostrar algo de mi contribución a ese esfuerzo desde la Suprema Corte, es el resultado de varios factores. Primeramente, el cotidiano esfuerzo de todos mis compañeros de la Ponencia desde diciembre de 2003. Se trata de un grupo de personas inteligentes, valerosas y divertidas, que en la convivencia diaria han hecho para todos un tiempo maravilloso. Por esa razón y como muestra de gratitud, este libro está dedicado a todos los que hemos trabajado juntos desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de noviembre de 2018. Sin ellos, no hubiese podido realizar lo que un ministro, al menos yo, considero haber logrado.

Por último, agradezco a los ministros con quienes conviví durante este tiempo. Unos más y otros menos y cada cual de diversas maneras propiciaron mucho de lo que intenté hacer. Los apoyos y las oposiciones son igualmente agradecidos. Los primeros dejan una satisfacción y alegría dada la coincidencia; las segundas, una impronta más profunda, pues obligan a un mayor esfuerzo y, finalmente, fortalecen las convicciones propias.

# PARTE I

1

# Sentenciado por las reglas de un mundo desconocido

## La necesidad de los intérpretes y traductores indígenas

### ANTECEDENTES

Imagine la escena. Usted está siendo juzgado por un delito que le puede implicar 30 o más años en prisión. Durante semanas y meses, el juez, los funcionarios judiciales, los policías y hasta sus abogados, hablan un idioma que usted no domina y actúan en un contexto cultural que desconoce. Sólo espera, angustiado, a que llegue el día en que se emita su sentencia.

Esa situación la han vivido miles de indígenas en nuestro México. Éstas son las historias de tres de ellos, de los juicios que tuvieron y de cómo su batalla llegó hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el máximo tribunal del país.

### I

A Daniel y Arturo los detuvieron en octubre de 2005. Los policías que los capturaron dijeron que los habían hallado en el momento en que transportaban marihuana. El día 31 de aquel mes, el agente del Ministerio Público concluyó su investigación y envió el expediente a

un juez penal federal. El juez segundo de distrito en Zacatecas consideró adecuadas las detenciones y comenzó el proceso en su contra; un viacrucis que detonaría un debate acerca de qué tan amplia es la "protección" que la Constitución Federal le garantiza a los indígenas mexicanos.

Un día después, el 1° de noviembre de 2005, Daniel y Arturo rindieron su primera declaración ante el juez. Explicaron que eran indígenas tepehuanos y, aunque desde el principio resultó evidente que su lengua materna no era el español, ellos afirmaron que lo entendían suficientemente.

Esta afirmación fue matizada poco después. Como parte del proceso se realizó una prueba pericial denominada "sociocultural y de posible nivel educativo". En sus conclusiones, el perito escribió que Daniel entendía y hablaba el español, pero que se le tenían que explicar diversas palabras para que las comprendiera. Arturo dijo que entendía el castellano y sabía leer y escribir en esa lengua.

El 15 de diciembre, el defensor público de los procesados solicitó otro estudio pericial, esta vez de "etnolingüística". El análisis corrió a cargo de expertos de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CNI), quienes concluyeron que, al reconocerse como miembros del pueblo tepehuano, los detenidos sí presentaban una "marcada diferencia cultural" protegida por el artículo 2 constitucional. Ésta fue la primera ocasión en que se aludió a dicho artículo, pieza clave de toda esta historia.

Poco después hubo un tercer dictamen; en él, un perito ratificó que Daniel y Arturo no tenían al castellano como lengua materna, sino "de segunda adquisición", y los consideró como "bilingües funcionales del español". Esto significa que podían mantener conversaciones simples o informales, pero no entender cabalmente asuntos procesales de difícil comprensión incluso para un hablante nativo.

Con base en el dictamen anterior, el juez solicitó a la CNI que designara un traductor de la lengua tepehuana para auxiliar a los

procesados.

En una de sus declaraciones, estos traductores aseveraron que en el juicio sólo usaron la lengua tepehuana cuando los procesados indicaron que no comprendían. Sin considerar que en otra declaración los inculpados dijeron que la lengua que dominaban era el tepehuano.

El 19 de junio de 2006 (medio año después de iniciado el proceso), el juez segundo de distrito los consideró penalmente responsables y les dictó sentencia imponiéndoles pena de prisión. El juzgador concluyó que los procesados no ignoraban que el hecho del que se les acusaba era prohibido. Además, argumentó que al declarar ante las autoridades correspondientes, Daniel y Arturo dijeron entender "perfectamente" el español, por lo que estimó que posteriormente fueron aconsejados para alterar la verdad y decir que no entendían ese idioma.

Previsiblemente, los sentenciados apelaron y, posteriormente, acudieron al amparo, sin obtener sentencia favorable. Por lo que, como último recurso, le solicitaron a la Suprema Corte de Justicia la revisión de esta última sentencia. Fue así que el 3 de enero de 2007, el presidente del Tribunal Colegiado que llevaba el proceso de amparo ordenó remitirlo a la Suprema Corte.

## El derecho de los indígenas a contar con un intérprete

En este caso, los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte debíamos determinar si procedía el amparo solicitado, si se había respetado el debido proceso y —muy importante— teníamos que fijar cuáles eran los derechos concretos de los indígenas.

La Sala debía elegir entre dos caminos: decantarse por un análisis centrado en la "adecuada defensa" en los procesos penales (que principalmente se refiere a que los procesados cuenten con un

abogado en todo momento), o ir más allá y debatir acerca de la protección especial que el artículo 2 de nuestra Constitución otorga a los indígenas.

El Tribunal Colegiado —cuya sentencia revisábamos— había determinado que esa protección no podía ser reconocida a los solicitantes, porque el español era su segunda lengua y lo comprendían suficientemente como para rendir sus declaraciones sin necesidad de un intérprete.

Los indígenas, inconformes, replicaron que el tribunal había llegado a esa conclusión de manera precipitada, es decir, antes de que se realizara una interpretación del artículo 2 de la Constitución Federal, tal como lo habían solicitado.

En ese aspecto, los ministros de la Suprema Corte les dimos la razón: aceptamos que era importante definir quién puede ser considerado "indígena" y, por lo tanto, quién y cómo debe disfrutar de la protección del citado artículo constitucional. Paradójicamente, la mayoría decidió resolver el asunto sólo bajo el paradigma clásico de derecho a la defensa. Por otra parte, yo consideré que los indígenas tienen el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que conozcan su lengua y cultura. Por esta razón merecían que les concediéramos la protección solicitada.

Éste no fue un caso rutinario: le exigió a la Suprema Corte resoluciones que llevaron a la realidad cotidiana lo asentado en la Constitución. Pero la mayoría lo hizo de un modo que, a mi juicio, fue incompleto.

## ¿Quién es indígena?

Desde los años noventa muchos países modificaron sus constituciones para reconocer la diversidad cultural. Así lo hicieron,

por ejemplo, Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

La cuestión que todas esas naciones enfrentaron fue definir, previamente, a quiénes aplicarían esas modificaciones jurídicas, es decir, determinar quién sería considerado indígena. Éste es un problema que también enfrenta México y la respuesta no es para nada obvia. ¿Por qué?

Vamos por partes. Primero, porque es evidente que las minorías indígenas no tienen una cultura homogénea; sus tradiciones y su grado de asimilación a la cultura mayoritaria son muy diferentes. Todas ellas combinan en proporción cambiante aspectos relativamente extraños a la cultura europea que llegó en el siglo XVI. En segundo lugar, existe una amplia variedad de patrones de asentamiento geográfico. Finalmente, hay una gran variación en lo que podríamos llamar el grado de "autoconciencia" respecto de su identidad indígena.

Estos factores complican la tarea de definir qué es "lo indígena", identificar quiénes son "indígenas" y delimitar los contornos de esos "pueblos y comunidades" en el marco constitucional. Sin embargo, este reto se percibe como un problema más inmanejable de lo que es en realidad, porque se interpreta como la necesidad de definir en abstracto y de una vez por todas quién es o no indígena. Ello provoca que la discusión sea complicada e incluso confusa, impidiendo así que se resuelvan problemas concretos.

Es lógico que los jueces, ministerios públicos y abogados se abrumen ante lo titánico de aplicar una misma definición de lo indígena que sirva para englobar todos los aspectos regulados por la Constitución. En realidad, los preceptos constitucionales en materia indígena exigen cosas muy distintas.

Lo primero que hay que explicar es que el mencionado artículo 2 enumera cosas diferentes: *a)* derechos individuales y colectivos, *b)* derechos reconocidos a las personas por su pertenencia a un grupo, pero que pueden ser individualmente ejercidos, *c)* privilegios de

ejercicio exclusivamente colectivo, e incluso *d)* titularidades que no pueden ser descritas como "derechos". Además, una persona puede muy bien ser "indígena" para los efectos de algunas de estas previsiones y no serlo para los efectos de otras.

Ante esto, hay que decir que los criterios para considerar "indígena" a una persona (y así otorgarle todos los beneficios que la Constitución prevé a su favor) *pueden* y en realidad *deben* ser distintos a los utilizados para delimitar a los pueblos y comunidades "indígenas" (que fungirán como unidades de autogobierno).

Otro punto que debe resaltarse es que las identidades individuales y colectivas no son perpetuas e inamovibles y que el Estado no puede encasillar a los individuos en ciertos grupos de una vez y para siempre. Ello no significa que alguien pueda declararse indígena hoy y mañana no; que pueda decidir serlo, por ejemplo, para recibir subsidios, pero no para ser destinatario de ciertas normas sobre gestión de la tierra. Ser indígena en México es, en ocasiones, una condición destinada a originar derechos, beneficios y previsiones especiales, pero también deberes y responsabilidades, y las leyes deben hacer todo por asegurar esta coherencia.

También resulta de interés que algunos de los derechos consignados en la Constitución en materia indígena pueden aplicarse directamente y otros requieren de legislación secundaria. Esto es importante porque, como veremos, el caso de Daniel y Arturo concernía tanto a una norma secundaria como a derechos directamente reconocidos por nuestra Constitución Federal.

## "Yo soy indígena"

La sentencia aprobada por mis compañeros le dio una gran relevancia al criterio de la autoadscripción, es decir, el hecho de asumirse como indígena para poder identificar a los destinatarios de

las normas consagradas en el artículo 2 constitucional. Esto partiendo de la base de que el asunto tenía que ver con la identificación de los indígenas en lo individual y no con los grupos.

Delimitar quién es considerado indígena era fundamental en el caso, pues el litigio se centraba en la aplicación de un derecho que no se reconoce a todas las personas, sino precisamente a los indígenas.

El caso sería totalmente distinto si el procesado fuera, por ejemplo, un ciudadano australiano en México que no entendiera el español. Ciertamente se le asignaría un traductor (ya que el artículo 20 de la Constitución indica que "tendrá derecho a una defensa adecuada") y el objetivo sería totalmente práctico: que el australiano fuera informado de lo que fuera ocurriendo y, así, garantizarle el debido proceso.

A un indígena también se le asignaría un traductor, pero con esto no bastaría. La lógica en este caso sería distinta. ¿Por qué? Porque el artículo 2 de la Constitución no se restringe a asuntos idiomáticos. Es una disposición de naturaleza distinta a los "derechos de debido proceso" y va mucho más allá de lo que éstos conceden.

Dicho artículo otorga a los indígenas el derecho a acceder plenamente a la justicia del Estado, y aclara que para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en los que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los principios de la Constitución. Añade que "los indígenas tienen *en todo tiempo y lugar* el derecho a ser asistidos por *intérpretes y defensores* que tengan conocimiento de su *lengua* y *cultura* ".

En la sentencia se determinó que, por el simple hecho de ser bilingüe, una persona dejaba de ser "indígena". Pero considerar eso era suscribir una definición de "persona indígena" que no reunía todos los requerimientos necesarios, pues la identificaba como un individuo aislado del resto de la sociedad y reducía el alcance de la categoría "indígena" hasta dejarla en su mínima expresión, pues

abarcaría sólo a los cada vez menos individuos funcionalmente monolingües que existen en el país.

Además, se olvidó que la Constitución habla de intérpretes y defensores que conozcan no sólo su *lengua*, sino también su *cultura*; que no sólo *traduzcan*, sino que sean verdaderos *intérpretes* frente a lo que sucede en el proceso de la persona indígena. Deben ser los puentes entre los indígenas y las autoridades estatales, no sólo por sus conocimientos lingüísticos, sino por su familiaridad con su cultura y el derecho indígena, así como con la cultura y el derecho estatal.

Ante la importancia de identificar al titular de los beneficios que otorga la Constitución, cabía preguntarse cuál sería una buena forma de hacerlo. A mi juicio, sería posible que el "pueblo indígena" que constitucionalmente está llamado a ser autónomo, establezca un procedimiento de "identificación del sujeto". Sin embargo, esto no existe.

En este contexto, sostuve que siempre que una persona solicite ser asistida por un intérprete y se declare indígena (aunque sea bilingüe o multilingüe), debe presumirse que lo es y que, por lo tanto, se le debe conceder esa solicitud a menos de que existan pruebas que demuestren lo contrario.

Adelantándome a aquellos que puedan pensar que dicho método puede prestarse al "abuso", dije que el hecho de que alguien pueda abusar de un derecho no es nunca una justificación para negar su existencia o no reconocerlo.

Paralelamente, la decisión de proveer de un intérprete no sólo dependería del Ministerio Público, sino que también podría ser adoptada por un juez.

Resulta importante recordar aquí que en la sentencia que resolvió el caso de Daniel y Arturo se concluyó negar la concesión del amparo. Por el contrario, de conformidad con todo lo que he expuesto, en mi opinión procedía conceder la protección de la justicia federal para que se reiniciara el juicio y que el juez,

atendiendo a la condición de personas indígenas, ordenara la participación de un intérprete y un traductor que conocieran de la cultura de los procesados para poderlos asistir durante todo el juicio, aun cuando hablaran un poco de español.

II

El 9 de marzo de 2009, el agente del Ministerio Público del fuero común en Altamirano (San Luis Acatlán, Guerrero) recibió una llamada telefónica. Jesús, comisario municipal de Yoloxóchitl, le informó que había aparecido un cuerpo en el paraje Arroyo Lodo de aquel municipio. La víctima ya había sido identificada. Se trataba de Fernando.

Después de realizar su investigación el Ministerio Público determinó que Mario era uno de los probables responsables. Así, el juez que conoció del asunto ordenó el 22 de agosto su aprehensión por homicidio calificado.

Cuando Mario fue detenido y ofreció su declaración (el 3 de septiembre) dijo que hablaba y entendía el idioma castellano, pero que pertenecía al grupo étnico indígena mixteco. Pese a dicha circunstancia, la autoridad no le nombró traductor para que lo asistiera a lo largo del juicio.

El proceso siguió y, finalmente, el 14 de diciembre de 2010 el juez estimó que Mario era culpable y le impuso una pena de 30 años de prisión. Él decidió interponer un recurso de apelación en 2011 y después solicitó un amparo.

Ante la complejidad del caso, el Tribunal Colegiado competente solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resolviera el caso, argumentando que el indígena mixteca no fue asistido por ningún perito traductor y tampoco se verificó si el defensor tenía conocimientos de la lengua y la cultura de su defendido. Por ello era indispensable que la Suprema Corte ejerciera su labor de intérprete constitucional, para determinar si el artículo 2 de la Constitución

Federal implicaba que los indígenas tenían el derecho de que su abogado conociera su lengua y cultura o si bastaba con tener traductor e intérprete.

En abril del 2012, la Suprema Corte determinó conceder la solicitud para analizar el caso, pues se estimó que resolverlo implicaba fijar un criterio de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional. Comenzó así un debate de vital importancia para el 21% de la población mexicana que se asume indígena.

## Derecho y mundo indígena

El caso de Mario fue una nueva oportunidad para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizara los derechos de los indígenas. La Primera Sala discutió si resultaba válido el procedimiento penal iniciado en contra de personas pertenecientes a diversas comunidades indígenas que durante su enjuiciamiento no recibieron la asistencia de un perito traductor o defensor que conociera su lengua y cultura.

La Sala determinó, por unanimidad de votos, conceder el amparo solicitado por el quejoso, ya que la ausencia de ese auxilio procesal obstruyó los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a una defensa adecuada.

A la vista de dicho daño, ordenó la "reposición del procedimiento" hasta la fase procesal conocida como "preinstrucción". Es decir, recomenzar el juicio desde la primera declaración del procesado ante el juez.

Importa resaltar que esta decisión no implicaba una declaración de inocencia ni la libertad de la persona sujeta a proceso. Sólo ordenó "reiniciar" el juicio, porque lo correcto era que se permitiera a los indígenas contar con un intérprete, un traductor y un defensor.

## DEFENSOR, INTÉRPRETE Y TRADUCTOR

Todos estarían de acuerdo en aceptar que las personas indígenas sometidas a procesos penales deben contar con la asesoría de "alguien" que conozca su lengua y cultura. Sin embargo, no existe un acuerdo en torno a si, además de intérprete y traductor, el defensor debe contar también con conocimiento de la lengua y cultura de la persona indígena.

Para explicar por qué no compartí la totalidad de las consideraciones que llevaron a conceder el amparo es necesario distinguir entre el intérprete, el traductor y el defensor, ya que son tres figuras procesales distintas.

El "defensor" es la persona que durante el proceso se dedica a asistir al imputado con sus conocimientos jurídicos.

Las figuras de "intérprete" y de "traductor", en cambio, comparten la función de trasladar significados de una lengua a otra; tienen como objetivo acercar la realidad del indígena a la del juzgador y al resto de las partes, tanto en el aspecto estrictamente lingüístico, como en el cultural y simbólico.

Entre estas dos figuras existen diferencias relevantes. La función del traductor es trasladar el significado de las palabras de una lengua a otra; la del intérprete va más allá de los meros vocablos, a fin de revelar los pormenores de una cultura a través de la explicación de sus tradiciones, educación e interpretación de la realidad.

Como se puede ver, ni el traductor, ni el intérprete, ni el defensor podrían ofrecer a un indígena, por sí solos, una defensa de calidad tal y como lo requiere nuestra Constitución.

Importa destacar aquí que la labor del intérprete no sólo le es útil al defendido, sino también al juzgador: el intérprete le ofrece al juez elementos que van más allá de lo meramente jurídico para que logre una mejor comprensión de las condiciones en que ocurrieron los

actos de la persona procesada y así pueda emitir una sentencia completa.

Si queríamos garantizar el acceso a la justicia por parte de los indígenas no podíamos admitir acciones incompletas de los actores procesales ni la "subsidiariedad" de poner en un segundo plano la relevancia que el pleno entendimiento del lenguaje tenga en los casos.

La adecuada defensa de un indígena hace necesaria la comprensión del proceso y sus condiciones técnicas, lo cual deberá aportar la figura del defensor. También el entendimiento de las lenguas empleadas, lo que corresponde al traductor. Finalmente, es preciso incorporar la cosmovisión y contenido cultural que ha nutrido la comprensión de la realidad de la persona indígena, lo cual corresponde al intérprete. Sólo el cumplimiento cabal y armónico de estas tareas puede asegurar el derecho de los indígenas a la justicia.

En la sentencia se afirmó que la frase constitucional "intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura" no debía implicar, necesariamente, a personas distintas. Yo diferí. A mi parecer era necesario el concurso de todas esas figuras y, más aún, que compartan conocimientos acerca de la tradición y cultura a la que pertenece el procesado. Ello es así, pues el acceso a la justicia, tratándose de personas indígenas vinculadas con un proceso penal, es diferente de cualquier otro proceso judicial. Por eso, los rasgos específicos de su cultura obligan a las autoridades a realizar juicios que sean sensibles a ellos.

La asistencia de un defensor, un intérprete y un traductor es un mecanismo óptimo para asegurar una defensa adecuada. Nunca hay que olvidar que el objetivo es reducir la distancia cultural entre una persona indígena y un sistema judicial inspirado en códigos que no comparten.

Otro motivo de mi disenso fue la falta de precisión en el uso de los conceptos "intérprete" y "traductor". En la sentencia se utilizaron

indistintamente, pero es central distinguir con precisión las dos figuras.

Como ya se dijo, el intérprete cuenta con un conocimiento completo de la cultura a la cual pertenece la persona indígena, por lo que puede robustecer el sentido de lo que debe interpretarse, contextualizando y poniendo en juego diversos elementos de entendimiento. Gracias a él, el indígena acusado puede ser escuchado plenamente en todos los actos y por todos los partícipes del proceso penal y mostrar las peculiaridades de su cultura.

Por su parte, el traductor limita su labor a trasladar frases de una lengua a otra. Al conocer la lengua, es probable que en algunos casos el traductor pueda realizar lo exigido al intérprete. Sin embargo, no es posible asumir sin más tal condición. Es necesario diferenciar a las personas y sus funciones.

## Los indígenas y el sistema judicial

Lo ordenado por la Constitución sobre tomar en cuenta las particularidades de las culturas indígenas en los juicios no se aplica sólo a las personas que no hablan español. Por el contrario, la persona indígena sobre la que está pensada la Constitución es, curiosamente, la persona multilingüe, pues es ésta la que sin perder su lengua materna tiene contacto con una comunidad política más amplia en la que predomina la lengua española y en la que tendrá que defenderse durante un juicio.

Es posible cuestionar si la cosmovisión indígena debe ser tomada en cuenta a la hora de declarar culpable o no a la persona por la comisión de un delito. Lo primero que habría que decir es que todo Estado que presuma ser pluricultural debe hacer lo posible para evitar "castigar", así sea indirectamente, la diversidad cultural. Debe fortalecer el respeto a los parámetros culturales diversos. Más aún,

debe abandonar el dogma según el cual los funcionarios judiciales sólo deben tomar en cuenta la ley sin atender datos importantes del contexto social.

Para que la justicia penal no discrimine a los indígenas, debe admitirse que nuestra realidad es multicultural, y diferenciar las políticas públicas que el Estado debe implementar con los pueblos originarios.

Entiendo que era difícil cumplir con los requerimientos derivados de una lectura integral del artículo 2 constitucional. Formar cabal y diferenciadamente a defensores, traductores e intérpretes, es complicado. Consideremos que el número de lenguas indígenas existentes en nuestro país es de 68. Si a eso le sumamos los pocos centros de capacitación y la disponibilidad actual de los mencionados sujetos procesales, la dificultad de garantizar este derecho queda evidenciada.

Llegar a una situación en la que en cualquier proceso penal un indígena cuente con defensor, traductor e intérprete, es un trabajo arduo y costoso que requerirá de un largo esfuerzo. Sin embargo, ésta no fue la discusión analizada por la Suprema Corte. Muy por el contrario, el verdadero eje de la cuestión fue un aspecto teórico: el alcance del artículo 2 constitucional. Analizar el artículo para identificar los derechos a favor de los indígenas que, por la posición superior de la Constitución Federal, determinarán todas las normas y actos de nuestro orden jurídico en la materia.

Por ello, la solución que propuse para el caso de Mario era más protectora que la que se determinó en la sentencia. No sólo se debió ordenar la reposición del procedimiento para que se contara con un intérprete, sino que se debió ordenar que el procesado fuera auxiliado por un intérprete, más un traductor, más un defensor, todos con conocimientos de su lengua y cultura.

Es mucho lo que tendrá que hacerse para satisfacer los derechos de los indígenas. Sin embargo, un muy buen comienzo es determinar lo que la Constitución dispone. A partir de ello será

posible identificar las acciones que deberán realizar las autoridades legislativas, administrativas y judiciales. Para delinear así un México que en verdad sepa escuchar a los indígenas cuando más lo requieren: cuando necesitan defenderse.

2

# La Constitución y los tratados internacionales

## El desplazamiento de los derechos humanos

El 3 de septiembre de 2013, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una contradicción de tesis en la que se llegó a dos importantes conclusiones. La primera, que los derechos humanos contenidos en convenios internacionales suscritos por México tendrían "la misma jerarquía" que nuestra Constitución Federal; la segunda, que las resoluciones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —con independencia de que México haya sido parte del litigio en dicho tribunal— serían vinculantes para jueces nacionales siempre que fueran más favorables a la persona. Esto quiere decir que todos los criterios adoptados por ese tribunal internacional pueden ser "importados" y aplicables para casos juzgados en México. El objetivo de dicha resolución fue ampliar la gama de instrumentos jurídicos para proteger los derechos humanos de las personas y expandir al máximo las circunstancias en las que éstos deben ser protegidos.

Sin embargo, de manera adicional, se estableció que cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de esos derechos, se debería remitir a lo que establece el texto constitucional. Yo voté en contra de esa parte de la sentencia, pues

consideré que lo resuelto era contrario a lo establecido en el propio artículo 1 de la Constitución.

## ANTECEDENTES

La contradicción de tesis es algo un poco teórico. Existen varios supuestos que dan lugar a ella. Uno de ellos es cuando dos tribunales colegiados adoptan criterios diferentes sobre un mismo punto de derecho, independientemente de que los hechos de los casos que se analizaron no sean idénticos.

Así surgió ésta en particular. Lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debía analizar era el criterio que debía prevalecer en dos temas: *1)* la posición jerárquica de los tratados internacionales de derechos humanos en relación con la Constitución y *2)* el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La resolución se votó después de varias sesiones en las que se fue construyendo un proyecto que incluyera las observaciones de todos los integrantes del pleno. El sello de estas discusiones fue la intención de lograr el "consenso" entre los ministros, como si lo importante del caso fuera el establecimiento de un criterio, cualquiera que éste fuera siempre que muchos llegaron a adoptarlo.

Al final se presentó una propuesta de sentencia en la que se trató de recoger la posición mayoritaria de los miembros de la Suprema Corte. La propuesta establecía que los derechos humanos de fuente internacional tenían rango constitucional, pero precisaba que cuando hubiera una restricción expresa en la Constitución Federal, habría que ajustarse a lo que marcara la norma constitucional.

La propuesta modificada recibió el apoyo de 10 de mis compañeros, el mío no.

## La discusión en el pleno de la Suprema Corte

Todo comenzó el 12 de marzo del 2012. Ese día discutimos por primera vez el proyecto de sentencia que resolvería la contradicción de tesis. En total se presentaron tres diferentes proyectos y en cada uno se intentó incorporar las diferentes posiciones que los ministros habíamos realizado en sesiones anteriores. El último se empezó a discutir el 26 de agosto de 2013.

El ministro ponente presentó un proyecto en donde se colocaban los derechos humanos de fuente internacional o convencional (aquellos que se regulan en tratados internacionales) en un plano de coordinación y armonía con los derechos de fuente constitucional (aquellos que se regulan en la Constitución Federal), pero no de jerarquía. Aclaró que el proyecto no determinaba lo que sucedería cuando entraran en conflicto un derecho humano y una restricción en la Constitución, dado que existían posturas distintas en este tema.

A pesar de ello, el ministro Pardo Rebolledo manifestó que él estaba en contra del proyecto, porque la Constitución definía la interrelación entre derechos de fuente constitucional e internacional, debiéndose entender que cuando el artículo 1 constitucional establecía que el ejercicio de los derechos humanos "no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece", en realidad reflejaba el principio de supremacía constitucional e implícitamente el de jerarquía normativa.

El ministro Pérez Dayán agregó que diferenciar las convenciones internacionales a partir del tema de los derechos humanos no tenía utilidad alguna, pues todos los tratados, sin excepción, debían adecuarse al texto constitucional tal como lo previene el artículo 133 de la Constitución Federal. Además, dijo que dado que no habían prosperado diversas propuestas de reformas a dicho artículo, se debía entender que era voluntad del poder reformador de la

Constitución conservar la redacción actual, incluyendo el principio de supremacía constitucional.

Mis compañeros expusieron sus opiniones al respecto. Yo diferí de estas posturas. Si revisamos el artículo 133 constitucional, nos daremos cuenta de que establece que un tratado internacional se incorpora al orden jurídico mexicano cuando su contenido y su proceso de aprobación son acordes con la Constitución; hasta ese momento ésta es jerárquicamente superior al tratado sencillamente por prever sus requisitos de validez. Sin embargo, a partir de ahí, el artículo 1 constitucional obliga a realizar una operación normativa completamente diferente, que nada tiene que ver con cuestiones jerárquicas.

La posición adoptada en la Constitución se ha construido desde hace tiempo a partir del principio de dignidad de la persona. Esta idea y su desarrollo se han incorporado a las constituciones y tratados internacionales, con lo cual han rebasado el ámbito de la filosofía política para constituirse, sin más, en derecho vinculante. Con este carácter, la Constitución y los tratados internacionales obligan a resolver los diversos casos con base en los derechos humanos. Este cambio radical en el modo de entender nuestro orden jurídico tiene que aceptarse a plenitud, salvo que se quiera sostener que sólo se acepta la existencia de la Constitución siempre que no contenga elementos que resulten contrarios a las convicciones personales.

Con la reforma de junio de 2011, el constituyente generó una solución novedosa que puede no gustar a muchas personas. No obstante, al asumir el cargo de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación protesté guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen. Es por ello que independientemente de la posición que se tenga con respecto a la idea de "derechos humanos", en la Constitución se les ha otorgado un estatus específico que debe ser garantizado.

Lo dispuesto en la Constitución nos obligaba a interpretar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de la forma que otorgara la mayor protección posible a las personas. Desde el momento en que se dijo que ello será así "salvo" cuando existiera una restricción expresa en la Constitución, se estaba desconociendo lo dispuesto en el propio texto constitucional, pues se estaba prefiriendo una restricción a un derecho establecido en la Constitución sobre un derecho humano de fuente convencional. Se utilizó, así sea de forma disfrazada, un criterio jerárquico.

No debió confundirnos el hecho de que el artículo 1 constitucional establezca que el ejercicio de los derechos humanos "no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece", ya que ello también debía entenderse bajo la clave interpretativa del principio *pro persona*. Por ello debió concluirse que se refería única y exclusivamente a las condiciones establecidas en el artículo 29 constitucional, el cual se refiere a los casos de excepción en los que por una invasión o alguna circunstancia que ponga en grave peligro a la sociedad, el presidente de la República y el Congreso de la Unión pueden, efectivamente, restringir el ejercicio de los derechos para hacer frente a la situación. Esto se refuerza si se toma en cuenta que las últimas reformas a los artículos 1 y 29 de la Constitución tienen el mismo origen y por ello no deben ser interpretadas con orientaciones diversas, sino complementarias.

Adoptar un criterio de jerarquía significó una regresión grave respecto a lo aprobado en otros asuntos en los que existían diversas soluciones entre las normas convencionales y constitucionales en materia de derechos humanos. Ello es así porque, en al menos dos casos, la Suprema Corte había considerado a los derechos de una u otra fuente en condiciones de igualdad y se había extraído, de entre todos, los que mejor protegieran a la persona. Adicionalmente, el cambio de criterio resultó contrario al principio de progresividad

establecido en la propia Constitución, según el cual el goce de los derechos siempre debe progresar y nunca puede retroceder.

En uno de los casos mencionados, resuelto por el pleno de la Suprema Corte el 7 de febrero de 2012, se advirtió que no existía coincidencia entre lo establecido en los tratados internacionales y en la Constitución respecto a las circunstancias en las que pudiera imponerse un trabajo forzado u obligatorio, pues mientras que en los tratados internacionales se establece como única excepción la posibilidad de que los jueces lo impusieran en cumplimiento de una pena, la Constitución Federal establece, adicionalmente, que las autoridades administrativas también pueden sancionar a los particulares con la realización de un trabajo comunitario por la infracción a los reglamentos gubernativos y de policía. Así, la pregunta que los ministros nos hicimos en este caso fue: ¿cuál de estos estándares resulta en una mayor protección para las personas, a fin de dar cumplimiento al objetivo constitucional contenido en el artículo 1? La respuesta fue que los estándares internacionales establecían una mayor protección.

El 2 de septiembre, el ministro ponente propuso una modificación al proyecto que recogía la opinión de la mayoría: conservar el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, pero establecer también que cuando hubiera una restricción expresa en la Constitución, se tendría que estar a ella.

El motivo para introducir cambios sustanciales en el proyecto fue la búsqueda de una solución, invocando con insistencia la necesidad de encontrar una solución de "consenso" al problema que la Suprema Corte tenía que resolver. Yo no compartí esta idea, ya que hay decisiones constitucionales que no pueden tener al consenso como razón de ser.

Ante mis compañeros expuse que en una diversidad de temas es plausible tratar de construir consensos en la Suprema Corte, pero hay decisiones en las que no se puede ceder en la interpretación

que debe darse a la Constitución. Eso sería tanto como comprometer lo que suele llamarse "filosofía judicial".

Consideré que el tema de los derechos humanos tenía estas características. No sólo por una convicción personal, sino por la forma en que el legislador decidió cambiar en junio de 2011 la esencia de la Constitución Federal, poniendo una carga extraordinariamente importante en la protección a los derechos humanos a partir del principio *pro persona*. Esto es, que la interpretación jurídica debía buscar siempre el mayor beneficio para el ser humano. Lo que modificó completamente la posición de las personas frente a las autoridades estatales.

Suponer que este reconocimiento podía utilizarse en aras de lograr consensos entre los ministros, era como generar un espacio de libre disposición judicial frente a lo establecido por un órgano democrático cuya legitimidad no estaba en duda.

Para mí existió una contradicción relacionada con la aplicación de la jerarquía entre los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, a pesar de que en la propia resolución se indicó que este criterio no estaba presente. Si se dispone que a las personas se les dé en todo momento la protección más amplia en términos de los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no podía establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, pues entonces se incorporaba un criterio de jerarquía constitucional. ¿Esto qué quiere decir? Que si los convenios internacionales están en igualdad de circunstancias que la Constitución, no había necesidad de señalar candados, condicionamientos o límites para su aplicación.

La contradicción se hizo aún más grave al contrastarla con la segunda conclusión alcanzada en este caso, ya que no era posible sostener que los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultaban vinculantes para los jueces nacionales, sin

reiterar la salvedad hecha en la primera de ellas. Cuestión a la que también me opuse.

La aplicación del principio *pro persona* exige que se analice caso por caso si es el derecho convencional o el derecho constitucional el que beneficia más a la persona. Por el contrario, en la sentencia se estableció una regla universal de interpretación según la cual el derecho convencional cede, en todos los casos, frente a las restricciones de la Constitución. No es verdad, como sostuvo la resolución, que la interpretación generada por ella permita la ponderación caso por caso de todos los derechos humanos. Esto sólo se logra con la plena igualdad entre los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional. No es posible ponderar ahí donde de antemano se ha dicho que uno de los elementos de la ponderación prevalece sobre el otro.

Es cierto que siempre que nos encontramos frente a una "colisión" de derechos debe generarse una interpretación para solucionar estos conflictos. Sin embargo, lo que provocó este criterio es una regla de interpretación general para decidir siempre a favor de la norma constitucional frente a la convencional. Ésta no fue una regla de ponderación, sino una regla de preferencia de una fuente sobre otra. Así, al mantenerse una regla jerárquica, se eliminó la posibilidad de aplicar el principio *pro persona*. Al final, mis compañeros votaron a favor de la modificación al proyecto, aunque cabe resaltar que con salvedades, precisiones o anuncio devotos concurrentes.

Lo grave del criterio adoptado por la corte fue que impidió llevar a cabo un libre juego de apreciación o balance entre los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente convencional y, con ello, afectó el entendimiento cabal del principio *pro persona*. La razón final del peso otorgado a las normas constitucionales es su jerarquía, asunto que no fue introducido en la reforma de junio de 2011.

Por todo lo anterior, me resultó inaceptable el aparente consenso logrado por la mayoría. Voté en contra de la resolución en la primera conclusión (igualdad de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional, aunque prevalencia de la Constitución cuando exista una restricción expresa), pero compartí el criterio contenido en la segunda (la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos).

3

# “¿Sí, bueno?” Mi derecho a la privacidad

## Geolocalización o Big Brother

Los usuarios de teléfonos inteligentes y de redes sociales perdemos privacidad en la medida que avanza la tecnología. Los algoritmos utilizados por Twitter, por ejemplo, le permiten a esta empresa procesar información sobre los horarios en que nos conectamos a la red, los contenidos que más leemos, la publicidad que vemos y los comentarios que escribimos. Twitter tiene la capacidad de analizar nuestro perfil (edad, sexo, hábitos de lectura, gustos, preferencias, posturas políticas, etc.) y con esa información vender espacios publicitarios o propagandísticos con la certeza de llegar justo a las personas que a las empresas les interesa persuadir.

Esto, en el mejor de los casos. También puede ocurrir que los corporativos que controlan las redes sociales y que poseen la “huella digital” de millones de usuarios, vendan esas bases de datos a firmas interesadas en propagar información (tanto auténtica como falsa) o en incidir en la opinión de los internautas. Así ocurrió en el caso de Cambridge Analytica, que compró a Facebook datos de los usuarios con el fin de propagar información que buscaba alentar simpatías a favor de ciertos actores políticos, o arruinar la imagen de otros, en procesos electorales de diversos países.

La tecnología ayuda a los seres humanos a tener cada día más interacción con sus semejantes y a estar mejor informados; de igual forma, estos progresos se convierten en herramientas útiles para las instituciones encargadas de investigar delitos y procurar justicia. Sin embargo, la parte más vulnerable en esta ola de innovaciones es la privacidad del usuario, pues los sistemas de geolocalización trazan un mapa de todos nuestros movimientos, nuestras rutinas y los lugares que frecuentamos.

En 2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfrentó a un caso que puso sobre la mesa la posición tan frágil en que se encuentra la privacidad de las personas con el uso de dispositivos móviles. Si bien este tipo de tecnologías evolucionan día con día, conviene recordar aquel episodio en el que quedó de manifiesto el reto de conciliar los derechos humanos —concretamente el derecho a la privacidad— con la necesidad de contar con métodos más eficaces para combatir el delito.

## Antecedentes

El 11 de mayo de 2012, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 133 quáter del Código Federal de Procedimientos Penales y 40 bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que regulaban la localización geográfica de los equipos de comunicación móviles.

El artículo 133 quáter referido permitía al procurador general de la República solicitar a los concesionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encontrara relacionada con la investigación de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas.

Por su parte, el artículo 40 bis establecía la obligación de los concesionarios para colaborar con las autoridades en la localización geográfica de los equipos asociados a una línea que se encontrara relacionada con investigaciones respecto de los delitos mencionados.

Cabe aclarar aquí, que por medio de las acciones de inconstitucionalidad ciertas personas o instituciones especificadas en la Constitución Federal pueden plantear, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la posible contradicción entre una norma general y la Constitución Federal. Si la Suprema Corte decide que sí existe esta contradicción por al menos ocho votos, se declarará la invalidez de la norma respectiva, lo que significa que no podrá aplicarse más en nuestro orden jurídico.

Desde el punto de vista de la CNDH, estos artículos transgredían el derecho humano a la privacidad, toda vez que permitían que el procurador general de la República ordenara, discrecional e ilimitadamente, la localización geográfica de una persona. Ello permitiría, a su vez, construir un registro exhaustivo y preciso de los movimientos de una persona, revelando detalles de su vida personal, familiar, política, religiosa y social, lo que podría convertirse en una herramienta susceptible de abusos y arbitrariedades.

La ministra ponente recalcó, al presentar el proyecto de sentencia, la importancia del mismo, haciendo énfasis en los tiempos que el país vivía en materia de inseguridad. Posteriormente, aclaró que el artículo no se refería a la localización de personas, sino a la localización de equipos móviles asociados a una línea telefónica, por lo que a su juicio sólo se tenía como objeto conocer el lugar aproximado donde se originaba una llamada. Agregó que para alcanzar esta localización era muy importante la celeridad en el trámite, por lo que de condicionarlo a la autorización y supervisión de un juez, la medida perdería su eficacia, pues entre más tiempo pasara para lograr la autorización, más dificultades habría para lograr la localización.

Además, la ministra ponente aseguró que ubicar el lugar en que se origina una llamada era parte de las actividades propias de la investigación de los delitos que la ley confería al agente del Ministerio Público, con la particularidad que para ello se empleaban nuevas tecnologías que facilitaban la persecución de los delitos. Así, esta medida, dijo, protegía el orden público, la paz social, tutela los derechos a la vida, a la integridad física y psicológica de las personas, por lo que aun cuando existiera cierta invasión a la vida privada, esta debería ceder ante el interés de proteger esos derechos y una eficaz investigación de los delitos.

Yo manifesté mi postura en contra de la propuesta. Consideré que el proyecto se basaba en el argumento de que la localización de equipos móviles no era un acto privativo de derechos (aquellos que producen una disminución o supresión definitiva en un derecho y que necesitan autorización de un juez), sino sólo un acto de molestia (aquellos que restringen de manera provisional o preventiva un derecho), y sólo necesitan que una autoridad competente —no necesariamente un juez— funde y motive su aplicación.

Sin embargo, este análisis no me pareció aplicable, ya que nos encontrábamos frente a una acción abstracta de inconstitucionalidad, donde debió analizarse la formulación de la norma, su potencial afectación a un derecho humano y su posible justificación constitucional de la naturaleza del acto, sin que ésta o sus alcances en un caso concreto pudieran influir en dicho análisis.

Por otra parte, si bien era cierto que la facultad genérica de investigación de delitos se encontraba en el artículo 21 constitucional, también era cierto que esta facultad no permitía afectar de manera grave y permanente la esfera de derechos del individuo sin que existiera un permiso expreso en la Constitución (como en el caso de cateos o intervención de comunicaciones privadas) o se hubiera admitido como una extensión, por la evolución tecnológica, de una facultad constitucional existente

(como es el caso de la revisión de información en teléfonos celulares asegurados).

En los casos en los cuales no existía autorización constitucional expresa, la Suprema Corte debió ser aún más cuidadosa y mantener, por lo menos, el mismo nivel de protección que para los supuestos establecidos en la Constitución, esto es, exigirle al Ministerio Público que contara con la aprobación de un juez. En ese sentido, entendí que la facultad de solicitar la investigación no se encontraba otorgada expresamente, sino que era una extensión de las ya existentes; por ello, el legislador que emitió la norma debió cumplir con esta exigencia, sin que la misma pudiera sustituirse mediante una consideración de razonabilidad o ponderación como se hizo en la sentencia.

Incluso cuando los derechos no son ilimitados, como lo señaló el proyecto, para que la facultad de limitar un derecho como es el de la privacidad se considerara constitucional, era necesario que contara con un mínimo control para evitar un uso abusivo por parte de la autoridad, más aún cuando esta facultad no se encontraba expresamente establecida en la Constitución, sino que se consideraba posible por extensión de las ya existentes. Para mí, fue esta potencial vulneración a un derecho fundamental lo que me llevó a sostener, no la inconstitucionalidad en todos los casos de la medida, sino la necesidad del control previo por parte de un juez para evitar la afectación a un derecho que derive en la pérdida de elementos que ya no son restituibles.

Aun siendo sensible a las condiciones sociales y políticas, y en particular a la seguridad del Estado mexicano, no podía construir una justificación general de la medida impugnada, menos aún como una facultad del legislador ordinario. Esta situación podría usarse para explicar una eventual modificación de la propia norma, o la declaración de suspensión de garantías o derechos humanos, pero nunca para justificar a una norma que va más allá de los derechos y facultades que la Constitución reconoce.

Además, me pareció que la distinción entre el objeto y la persona, para afirmar que no se vulneraban derechos fundamentales, no tenía sentido. Cuando se está localizando un aparato celular no estamos ubicando solamente al dispositivo, como si se tratara de un servicio de localización de objetos perdidos; la finalidad es situar a quien tiene el aparato.

Cuando las líneas se convierten en un accesorio de la persona gracias a la portabilidad numérica, es muy difícil afirmar que se trata sólo de la ubicación de un "objeto". Esto sería como afirmar que cuando la Constitución protege la correspondencia que circula bajo cubierta por estafeta, lo que está protegiendo es el sobre y la carta y no el derecho a la privacidad de quien emite la comunicación que se encuentra dentro de ese sobre.

El ministro Pérez Dayán sostuvo que no encontraba una relación entre la orden de geolocalización con el contenido del artículo 16 constitucional que se refiere al acto de molestia de una persona. Él lo asoció a las labores de investigación que realiza el Ministerio Público sobre la base de las facultades que la propia ley le da, no en función del derecho humano de alguien, por lo que el tema era la efectividad de una investigación y no tanto que se le generara molestia a una persona en lo particular.

Mi divergencia general partía de una distinta concepción de la Constitución y del entendimiento de su artículo primero. Los argumentos a favor de la validez de los artículos partían de la existencia de la facultad de la Procuraduría General de la República para solicitar la geolocalización en tiempo real de los aparatos celulares como parte de una investigación ministerial y, a partir de ahí, entender los derechos establecidos en la Constitución, por ejemplo, el derecho a la privacidad como un límite a la mencionada facultad. Yo entendí el asunto en sentido completamente inverso. Reiteré que la facultad de solicitar la localización no se encontraba otorgada como parte de la facultad de investigación, sino que era una extensión de las ya establecidas en la Constitución.

Por ello, se debió justificar lo razonable de esa intervención no en un listado de delitos, como lo hacía el artículo impugnado, sino delito por delito, ya que de cada uno se podían dar razones diferentes. Por ejemplo, cuando se hablaba de un secuestro donde existía una víctima determinada, tal vez la argumentación de necesidad y urgencia de localizarla podía ser más sencilla que en los demás delitos; sin embargo, la medida no estaba justificada así, sino en general, sin una especificación de cada uno de los ilícitos.

Insistí en que el punto de partida no era la facultad, sino el derecho humano, y que debía ser el legislador el que justificara que la limitación al derecho era constitucional. Es decir, el punto de partida debía ser el derecho humano, el cual no debía justificarse frente a una facultad otorgada a una autoridad investigadora por el legislador.

Afirmar que la norma impugnada no era inconstitucional, pues la autoridad sólo actuaría en casos de excepción y siempre que existiera fundamentación, no resolvía el problema de que la autoridad no tenía atribuciones constitucionales y seguía fundándose en la idea de la facultad de investigación del Ministerio Público y no en el derecho humano a la privacidad.

El punto de partida del análisis debió ser el derecho humano que protege la Constitución y no la facultad de la autoridad. Así, toda medida legislativa es inconstitucional siempre que potencialmente vulnere un derecho y no exista una justificación lo suficientemente fuerte para hacerlo. Ello facilita a la Suprema Corte un control que permita su examen pormenorizado y evite una justificación de un supuesto por otro.

4

# Retenidos “en vía de mientras”

## Arraigo inconstitucional e ineficaz

Eran los primeros meses de 2013 y el nuevo encargado de la Procuraduría General de la República (PGR) hablaba del abuso que se había hecho del arraigo en la administración anterior. Una figura jurídica que da facultad al Ministerio Público para que con una autorización de un juez pueda detener hasta por 80 días a personas sospechosas de estar involucradas en algún ilícito relacionado con la delincuencia organizada y, mientras entraba en vigor el sistema acusatorio a nivel federal, también en delitos graves, cuando así lo considerara necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando existiera riesgo fundado de que el inculpado se escapara de la acción de la justicia.

El nuevo procurador general de la República hizo una de sus primeras evaluaciones sobre el estado en que había encontrado la dependencia: en los últimos cuatro años se habían arraigado a 4,000 personas, de las cuales sólo 200 fueron consignadas. Es decir, 3,800 personas permanecieron cautivas sin razón aparente y al final fueron liberadas no sin antes haber sufrido, en muchos casos, vejaciones.

Esta práctica en la procuración de justicia llegó a pervertir el trabajo del Ministerio Público. En lugar de investigar y después

ejercer acción penal, durante muchos años se procedió al revés: primero se realizaba el arresto y después se investigaba la participación en actividades delictivas. O mejor dicho, primero se privaba a las personas de su libertad y posteriormente, si había suerte, se le integraba un expediente.

Que sólo 5% de los miles de casos de personas arraigadas terminara con la presentación del expediente ante un juez, daba cuenta de la poca eficacia de este recurso. Pero eso no fue lo peor. Son numerosos los testimonios de personas que durante el arraigo fueron sometidas a tratos inhumanos con el objetivo de arrancarles confesiones u obtener información para la investigación de delitos.

Después de la reforma penal de 2008 que dio rango constitucional al arraigo, organizaciones internacionales de derechos humanos, académicos y activistas sociales presionaron al Congreso de la Unión para revertir la enmienda y erradicar una práctica que atentaba contra las garantías individuales, la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso.

En abril de 2018, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 16 de la Constitución Federal y se elimina la figura del arraigo. Sin embargo, para que esta reforma llegue a ser parte de la Constitución, aún se requiere su aprobación por parte del Senado y de la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

Casi una década antes de esa acción legislativa, la Suprema Corte de Justicia tuvo la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad del arraigo judicial. Sin embargo, la mayoría de los ministros se opuso. De esta postura me distancié y ahora procedo a relatar los porqués.

## ANTECEDENTES

En la mañana del 11 de marzo de 2009, el director de un reclusorio en Durango le llamó a Jorge, jefe de seguridad de la cárcel, y le pidió que pusiera a cinco de los reos en un lugar idóneo porque "iban a pasar por ellos". También le solicitó que diera las facilidades "requeridas". A las 11:50 a. m. llegó a la cárcel una camioneta blanca, sin placas, la cual abordaron los reos para fugarse del centro penitenciario. Nadie los detuvo.

No fue sino hasta las 12:30 p. m. cuando se activó el "código rojo" debido a la fuga. Al lugar llegaron elementos militares y después de conocer lo sucedido detuvieron a Jorge junto con 13 de sus compañeros y los llevaron ante el agente del Ministerio Público Federal, quien le solicitó a un juez de distrito ordenara el arraigo en contra de ellos. El juez concedió 30 días de arraigo, pues consideró necesaria la medida dada la magnitud de los delitos que se investigaban.

El Ministerio Público le presentó el resultado de su investigación al juez el 5 de abril de 2009, acusando a Jorge de delincuencia organizada, ayuda en la fuga de presos, asociación delictuosa, ejercicio indebido del servicio público y encubrimiento. El juez lo condenó a nueve años de prisión. En apelación se confirmó la sentencia. Después, el amparo fue negado por un Tribunal Colegiado. Fue así como Jorge le solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que revisara su caso, el cual se centró en analizar si la figura del arraigo, prevista en el entonces Código Federal de Procedimientos Penales, era acorde con la Constitución Federal.

## Discusión en el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El 10 de marzo de 2014 se presentó una primera propuesta de sentencia, en la cual se dijo que Jorge se había equivocado "en el

camino" jurídico que siguió para reclamar la inconstitucionalidad del arraigo, por lo que no se podía estudiar su planteamiento. Él eligió el "amparo directo", siendo que lo correcto era, en su momento, haber elegido el "amparo indirecto".

La mayoría de los ministros consideramos que sí se podía analizar la constitucionalidad de la figura del arraigo, pues en el supuesto de que se concluyera que era contraria a la Constitución Federal, se tendría que analizar qué pasaba con las pruebas obtenidas como consecuencia del mismo.

El 9 de abril de 2015 se presentó la nueva propuesta. El ministro ponente explicó que en ella se establecía que el arraigo era válido, pues se permitía en los artículos 16 y 11 transitorio de la Constitución Federal, por lo que el legislador federal lo podía reglamentar en materia de delincuencia organizada y, mientras entraba en vigor el sistema acusatorio, también para delitos graves. Sin que fuera obstáculo a lo anterior el hecho de que el arraigo fuera una restricción expresa al derecho de libertad.

Los derechos de fuente convencional integran junto con los derechos reconocidos en la Constitución Federal un mismo catálogo de derechos; sin embargo, anteriormente ya se había determinado que cuando existiera una restricción expresa al ejercicio de estos derechos en la Constitución, se debía estar a lo que establece el texto constitucional.

Mi primera objeción fue que con anterioridad no nos habíamos enfrentado al problema de la función de los artículos transitorios de una reforma constitucional. Por lo que debimos empezar por preguntarnos si los mismos podían extender una restricción a los derechos humanos y facultar a las autoridades a que emitieran una orden que afectara de manera directa la libertad personal y de tránsito.

En segundo lugar, especifiqué que para mí era importante partir del estudio de un derecho para después analizar su restricción. A diferencia de lo que la mayoría de mis compañeros hizo, que fue

partir de la existencia de una competencia para después construir las restricciones al derecho.

Así, establecí que, como en asuntos anteriores, para determinar la validez de una norma se debían analizar en conjunto todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano era parte, la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todo ello con el objetivo de determinar en cada caso cuál estándar favorecía más la protección de la persona partiendo del principio *pro persona* .

El arraigo es, conforme a la Constitución, un mecanismo que priva de su libertad a una persona sin que haya sido formalmente acusada ante un juez, cuando se considere necesario para asegurar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista una justificación para pensar que el inculpado se puede escapar a la acción de la justicia.

Yo expuse que el arraigo se debía entender como una medida auxiliar en la investigación y que las hipótesis referidas no eran autónomas, sino que dependían de un objetivo central: el éxito en la investigación. Por ello, en los casos que se tuvieran los elementos suficientes para la acusación, ningún sentido tendría el arraigo. Eso demuestra que dicha medida brinda auxilio en una actividad investigadora deficiente y no era una medida a utilizar por las características del inculpado.

Anteriormente, por ejemplo, había sostenido que se podía pedir la geolocalización de aparatos celulares con la autorización de un juez. Sin embargo, este caso era distinto. Aquí la autorización de un juez no sería suficiente, porque no sólo se pretendía proteger un derecho como la intimidad, sino un conjunto de derechos que incluían al menos la libertad personal, el debido proceso, la presunción de inocencia, la integridad física por riesgo de tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y la libertad de circulación. Es por ello que las medidas que establecían el arraigo debían pasar

por un estándar más severo que en el caso de la protección a la intimidad personal.

Si aplicábamos a la figura del arraigo los estándares para la protección de esos derechos en una sociedad democrática, daría como resultado una figura que no sería distinguible del proceso judicial mismo, ya que no sólo se requeriría la autorización de un juez, sino de una acusación en sentido formal, y la medida perdería todo su sentido.

Aun cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha generado un criterio específico sobre la figura del arraigo, sí existen varias opiniones de comités y de grupos de trabajo internacionales que se refieren directamente a la figura y recomiendan su eliminación.

En ese sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece una serie de protecciones al individuo que se ven afectadas de manera severa por una medida como el arraigo. En su artículo 5 establece que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; que nadie puede ser sometido a torturas ni a tratos crueles o inhumanos y que toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. El artículo 8 exige que se presuma la inocencia de toda persona inculpada de un delito mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. El artículo 22 determina que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular por él.

Así, el mantener a una persona privada de su libertad fuera de un proceso, aun con autorización judicial, pone a la integridad de la persona en condiciones de mayor vulnerabilidad cuando la intención de la autoridad investigadora es recabar pruebas que le permitan consolidar su acusación e iniciar un proceso.

Otra consecuencia directa de mantener a una persona privada de su libertad fuera del proceso es que se viola de manera severa el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 8 de la

Convención. En efecto, no es posible que el Estado sostenga, por una parte, la presunción de inocencia de un individuo y, por la otra, lo prive de su libertad sin que haya iniciado un juicio que permita al juez analizar caso por caso las características de la acusación, del sujeto y de la posibilidad de que se evada de la justicia. Además, el mantener privado de su libertad a cualquier individuo no permite que ejerza su derecho a la libre circulación, protegido por el artículo 22 de la Convención.

El arraigo afecta cada uno de estos derechos, pero el que resulta más vulnerado es el de la libertad personal que establece el artículo 7 de la Convención, el cual determina que toda persona tiene derecho a la libertad y que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; que toda persona detenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez para ser juzgada dentro de un plazo razonable, o ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso. Además, toda persona privada de la libertad tiene derecho a recurrir ante un juez a fin de que se decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto y en caso de ilegalidad se ordene su libertad.

Todas estas protecciones buscan que se inicie un proceso penal y sólo bajo la existencia de este proceso se podrá limitar la libertad de un individuo. Por ello, aunque el arraigo sea autorizado por un juez, no cumple con la exigencia de la puesta a disposición sin demora para el inicio del proceso penal, que es el sentido del artículo 7 de la Convención.

Por lo tanto, estoy convencido de que la figura del arraigo no encuentra cabida dentro de las posibilidades de actuación estatal que garantiza la Convención. Así, se puede observar que los derechos de fuente internacional otorgan una protección más amplia de la persona humana. Por ello, conforme al mandato del artículo 1 de la Constitución Federal se debe elegir dicha protección sobre la propia restricción constitucional, lo que hace imposible aceptar la existencia de la medida en el derecho interno mexicano. Ejemplos

como éste muestran lo inadecuado de haber sostenido el criterio de las restricciones constitucionales a que aludí con anterioridad.

Con base en todo lo anterior, mi postura en el caso de Jorge fue declarar inconstitucional la figura del arraigo establecida en el entonces Código Federal de Procedimientos Penales y, en consecuencia, ordenarle al Tribunal Colegiado que analizara de nuevo el caso excluyendo todas aquellas pruebas que estuvieron vinculadas con tal medida.

5

# Combate al virus de la discriminación

## Las fuerzas armadas y el virus de inmunodeficiencia humana

Durante los años de la Alemania nazi, el gobierno del Tercer Reich utilizó el término *unbrauchbar* (inservibles, en español) para referirse a los discapacitados y enfermos mentales. Esta población era vista por las autoridades alemanas como un obstáculo para el proyecto de hacer resurgir una "raza superior", por lo que se decretaron leyes que autorizaban su exterminio. Miles de personas murieron al amparo de este criterio inhumano.

Los portadores de enfermedades consideradas contagiosas no corrieron con mejor suerte. Entre los años 1933 y 1945 fueron sometidos a programas de esterilización forzada a fin de evitarla propagación de sus "males" y conseguir la pureza étnica con la que soñaba Adolf Hitler.

Eran tiempos en que los derechos humanos no tenían la misma preponderancia que tienen en la actualidad. Aunque atroces, las prácticas nazis sirvieron de ejemplo a la humanidad de lo que nunca más deben hacer las sociedades libres, democráticas y que se rigen por un Estado de derecho.

En México, uno de los grupos más discriminados son los portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Esta

situación, hay que subrayarlo, no es equiparable al exterminio nazi, pero sí habla de cómo prevalecen tendencias a la segregación. La desinformación y una serie de prejuicios alrededor del sida provocan el aislamiento de las personas que lo padecen y generan complicaciones para su debido tratamiento.

En 2015, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos publicó la Cartilla de los Derechos Humanos de las Personas que viven con VIH, que en su artículo 8 refiere: "Vivir con VIH o con sida no puede ser considerado como causal para la negación de servicios de salud, despido laboral, expulsión de una escuela, desalojo de una vivienda o expulsión del país".

El recuento viene al caso, ya que nos ayuda a comprender la dimensión y las repercusiones de un asunto que llegó a manos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que varios militares fueron expulsados de las filas de las fuerzas armadas al ser catalogados como "inútiles" por haber contraído el VIH.

## ANTECEDENTES

En 2007, el pleno de la Suprema Corte resolvió varios asuntos relacionados con militares contagiados con VIH. En todos los casos se reclamó el carácter inconstitucional de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las fuerzas armadas mexicanas que en su artículo 226 establecía como causa de retiro por "inutilidad" ser portador de VIH.

Imaginemos la historia de Hugo. Él causó alta en el Ejército mexicano como soldado de sanidad en la Escuela Médico Militar en 1990. Posteriormente ingresó al Heroico Colegio Militar como cadete y egresó como subteniente de infantería, para después ser ascendido a teniente. En 2001, le realizaron diversos exámenes médicos para ascender a capitán segundo de infantería, entre los

cuales estaba el de la detección de VIH, mismo que le fue practicado sin su consentimiento y salió positivo.

El Hospital Central Militar le expidió un certificado médico en donde se le declaró inútil. Posteriormente la Dirección General de Infantería le informó que había procedido la baja definitiva del activo del Ejército mexicano. Como consecuencia, se le dejaron de pagar los haberes y niveles a que tenía derecho, y también se le retiró el suministro del servicio médico y los medicamentos.

Los demás casos que llegaron a la Corte son similares. Se trata de uniformados con carreras honorables como soldados, cabos, sargentos, capitanes, mayores o tenientes. Debido a su desempeño, llevaban una trayectoria ascendente, hasta que se les detectó VIH. Se les declaró "inútiles" por padecer "seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, confirmada con las pruebas suplementarias", y se les notificó la procedencia su retiro por "inutilidad" en actos fuera del servicio, lo que resultó en sus bajas como activos del Ejército mexicano.

Hugo y los demás militares promovieron juicios de amparo en donde, entre otras cosas, pedían que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 226, fracción 45, de la Ley del Instituto de la Seguridad Social de las fuerzas armadas. Los distintos jueces de distrito que conocieron de los casos dictaron resoluciones no favorables a esta pretensión.

Ante ello, interpusieron recursos de revisión y los Tribunales Colegiados de Circuito remitieron los asuntos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por tenerse que definir la constitucionalidad de la referida ley.

La Suprema Corte concedió los amparos para que las autoridades responsables anularan el procedimiento de retiro instaurado en contra de los militares, se les reincorporara a las fuerzas armadas, se cubrieran los haberes caídos, con descuento de la cantidad que hubieran recibido por concepto de "compensación de servicios" y se les proporcionara asistencia médica.

## UNA NORMA DISCRIMINATORIA

¿Es correcto que aduciendo la finalidad de que los miembros de las Fuerzas Armadas gocen de la salud necesaria para el desempeño de sus obligaciones, la Ley del Instituto de Seguridad Social de las fuerzas armadas decrete el pase a retiro de las personas portadoras del VIH por estimar que quedan inutilizadas?

Confrontado por la pregunta anterior y consciente de que carecía de los elementos de juicio necesarios para formar mi opinión al respecto, contacté al presidente de la Academia Mexicana de Ciencias para que, con su colaboración, localizáramos especialistas adecuados para dar respuesta a mis inquietudes y sustentar científicamente mi decisión.

Dos investigadores calificados dieron respuesta puntual a mi cuestionario y aportaron elementos que resultaron esenciales para centrar la discusión del pleno de la Suprema Corte, contribuyendo a fundamentar su posición.

Como explica el documento que nos proporcionaron los especialistas, ser portador del VIH y tener el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) son "dos estadios de la historia natural de un mismo proceso infeccioso". Cuando un individuo adquiere el VIH, continúa el documento, queda infectado por el mismo y puede ser diagnosticado mediante la detección de anticuerpos contra el virus en suero, razón por la que se denomina como seropositivo.

Los científicos expusieron que un individuo seropositivo no presentará síntomas por un periodo de entre 7 y 10 años en promedio, hasta que, ya sea que con motivo de alguna infección oportunista o neoplasia (cáncer) asociada, o hasta que sus conteos de linfocitos CD4+ (células de defensa del cuerpo) sean menores de 200 células/ml, muestren su condición de afectado con sida.

Para diagnosticar la infección se requieren estudios que demuestren la presencia de anticuerpos específicos contra el VIH y los habituales son: Elisa para VIH, que mide anticuerpos en conjunto, y el Western blot (inmunoelectrotransferencia), que cuantifica anticuerpos específicos y se usa para confirmar un resultado positivo por Elisa. Todo paciente en quien se sospeche infección —asintomático o con síntomas— debe ser examinado con estas pruebas.

De la consulta con los especialistas se desprende que para que se diagnostique propiamente sida deben ocurrir, además de resultados positivos en las pruebas anteriores, enfermedades infecciosas o neoplasias como tuberculosis, sarcoma de Kaposi, neumonía, diarrea, pérdida de peso y otras manifestaciones clínicas.

También señalaron que en un principio todos los individuos afectados morían irremediablemente ante la ausencia de tratamientos adecuados; sin embargo, en los últimos 10 años, se habían podido evitar por tiempos variables, aún no definidos completamente, pero prolongados, el avance o progresión al desarrollo de sida, cambiando la repercusión que cada individuo afectado presenta.

Los especialistas destacaron que tanto para los portadores asintomáticos de VIH como para aquellos que ya lo tienen, la atención médica y farmacológica resulta esencial, porque permite al seropositivo estabilizarse en la etapa asintomática y, por tanto, evitar durante muchos años la aparición de cualquier signo de enfermedad. Para los seropositivos el tratamiento les permite "no llegar a tener sida por un lapso prolongado y vivir probablemente más de 20 años con excelente calidad de vida".

A partir de todo lo anterior, ¿cuál fue el impacto de la condición de ser seropositivo tratado en sus capacidades para desempeñar un trabajo? Más concretamente, ¿el desempeño de un militar seropositivo resultaba afectado por su tratamiento médico?

Los especialistas dieron una respuesta precisa y puntual, central para el análisis que estábamos haciendo: "En la etapa asintomática de la infección, no existe en forma general, afectación de la capacidad ni física ni mental del afectado que cause alguna limitación para la realización de actividades, familiares, laborales, etcétera".

Por tanto, "no puede afirmarse que la seropositividad (portador asintomático) ocasione inutilidad para cualquier trabajo y organización. Tampoco implica límites al trabajo físico", ni siquiera respecto de "actividades físicas extenuantes tales como fisicoculturismo, maratón, natación, etcétera".

Se puede establecer, a la luz de la opinión de los expertos médicos, que a estos individuos tampoco se les debe excluir de ninguna actividad laboral ni social, pues "son capaces de realizar cualquier trabajo de los más exigentes de un miembro de tropa de las fuerzas armadas."

Ni siquiera si el asunto estuviera relacionado con personas con la enfermedad plenamente manifiesta, puede detectarse una afectación a la capacidad de desempeñar un trabajo. Los especialistas lo plantearon así:

> No puede afirmarse que la infección demostrada por pruebas específicas y la historia de infecciones, o neoplasias, ocasione inutilidad. Es claro que en presencia de una infección activa (no controlada y en resolución) sí existen limitaciones, como en cualquier persona enferma, incluso sin VIH. A largo plazo, en la mayor parte de los casos, en especial con tratamiento antiviral, la capacidad física se puede recuperar completamente. No ocasiona inutilidad para ninguna actividad física una vez que el tratamiento es óptimo.

Con base en lo anterior, se puede concluir que la excesiva amplitud de la causa de retiro impugnada, no respaldada por criterios médicos, la convertía en un foco de discriminaciones injustificadas. La norma era sobreinclusiva, porque abarcaba a personas que no

estaba justificado incluir, pues existen personas seropositivas que tienen las condiciones necesarias para estar en el activo del Ejército. Es evidente que la causal prevista en la Ley del Instituto de la Seguridad Social de las fuerzas armadas mexicanas no guardaba correspondencia con el fin que la justificaba, sino que lo desbordaba con amplitud, afectando innecesariamente los derechos al trabajo, a la salud y a la seguridad social de un grupo de personas que eran, así, discriminadas por la ley examinada.

## La verdad sobre el contagio

Algunos ministros intentaron relacionar la "inutilidad" para el Ejército y la seropositividad al VIH a partir de un elemento muy concreto: el riesgo de contagio. Argumentaron que más allá de la fortaleza o debilidad de su estado de salud (así se trate de personas absolutamente asintomáticas), está justificado retirar del Ejército a los portadores de VIH porque todos ellos, sin excepción, representaban un riesgo de contagio para sus compañeros y para la población en general.

Esta postura no tenía sustento alguno en la información y conclusiones aportadas por los especialistas médicos. De conformidad con el documento presentado por la Academia Mexicana de Ciencias, las vías de contagio del VIH son básicamente tres: *a)* sexual, tanto entre hombre y mujer, como entre hombres; *b)* a través de la sangre y sus productos, por ejemplo, derivada de la transfusión, de compartir agujas entre usuarios de drogas intravenosas, o de accidentes de personal de salud, caso en el cual el riesgo de transmisión es muy bajo, y *c)* de madre a hijo durante el parto o en la etapa de lactancia, aunque también hay casos de transmisión intrauterina.

¿Existen criterios médicos que identifiquen ciertos trabajos o actividades como de "riesgo" desde la perspectiva de la posibilidad de transmitir el VIH a otras personas?

Los especialistas contestaron que

> sí existe riesgo cuando están involucradas las posibles vías de transmisión. Por ejemplo, ejercer un trabajo sexual puede ser de alto riesgo. Un trabajador de la salud infectado por VIH muy remotamente pudiera transmitir el virus si no usara la protección adecuada, pero no es una contraindicación absoluta para que abandone su trabajo, sólo que evite actividades de riesgo. En todo aquel trabajo o labor en la que no se impliquen ninguna de las vías de transmisión no existe ningún riesgo para contagiar a otras personas.

En ese sentido, era claro que el riesgo de contagio no es mayor en el Ejército que prácticamente en casi la totalidad de las profesiones, en cuyo contexto el VIH no se percibe como una amenaza ni desencadena campañas masivas de detección o prácticas de despido.

En otros países las personas con VIH han sido protegidas de las prácticas laborales discriminatorias, incluido el ámbito militar. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana determinó que un portador de VIH no puede ser expulsado de una escuela militar y además estableció que tampoco puede estimarse que un portador asintomático de VIH sufra una "enfermedad", por lo que en caso de haber sido dado de baja debe ser reintegrado en su batallón y recibir el tratamiento médico idóneo del Ejército Nacional.

No hay que olvidar que, ordinariamente, estamos bajo un cierto riesgo de contagio por VIH que es asumido como algo normal por los ciudadanos. Si sólo consideramos el caso de inoculación sanguínea involuntaria, uno podría considerar como conductas de riesgo actividades tan rutinarias como acudir al dentista o a centros de depilación. Sin embargo, la existencia de este riesgo no ha

propiciado la adopción de medidas especiales, ni la inhabilitación de dentistas o estilistas seropositivos.

A mi juicio, un padecimiento podía considerarse "contagioso" y justificar una reubicación laboral cuando existiera un peligro considerable de que se trasmitiera en las circunstancias ordinarias en que se desarrolla una actividad profesional. Y si ello podría llegar a ser comprensible respecto de ciertos puestos en el sector sanitario, no lo es en el ámbito de las fuerzas armadas.

En el contexto militar, el VIH podría transmitirse sólo por vía venérea, por inoculación sanguínea o por transmisión madre-hijo, situaciones ajenas al desarrollo de la inmensa mayoría de actividades y funciones del Ejército en tiempos de paz. El riesgo de contagio por VIH en un puesto ordinario de las fuerzas armadas no es mayor que el producido en un puesto ordinario en, pongamos por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Considerar jurídicamente relevante el riesgo de que los militares se contagien durante su tiempo libre, exigiría, de nuevo, estar preparado para extender tal juicio a cualquier profesión, lo cual propiciaría un ambiente de inquisición y una persecución generalizada que haría trizas la idea de una sociedad formada por individuos libres.

Si se detectan puestos en el Ejército en los que, previa demostración, la probabilidad de contagio sea superior a la ordinaria, se podría justificar la reubicación del militar dentro de la estructura del Ejército (hipótesis aceptada en la Ley del Instituto de la Seguridad Social de las fuerzas armadas, que prevé incluso que a los reubicados debe proporcionárseles la capacitación que requiera su nueva labor), pero en ningún caso la baja del activo.

La mayor parte de opiniones sobre lo contagioso del VIH y sobre el supuesto "peligro" que representan los seropositivos para los demás se fundamentan, básicamente, en prejuicios horribles, y proveen uno de los ejemplos más claros del tipo de estigmatización social que combate el artículo 1 de la Constitución Federal.

## DERECHO Y CIENCIA

Ahora me pregunto: ¿hice bien en consultar a especialistas con conocimiento probado sobre el VIH y el sida, su tratamiento y las afectaciones a la salud y en el desempeño laboral de las personas que portan el virus o padecen la enfermedad? ¿Es correcto documentarme sobre áreas científicas que desconozco y proveerme de información para emitir un juicio suficientemente sustentado? ¿Debo conformarme con las pruebas que presentan las partes en el juicio, aunque ello implique emitir resoluciones sin el debido conocimiento?

Hay ministros que piensan que hice mal. A mi juicio, esta diferencia de opiniones se basa en la confusión entre, por un lado, lo que son herramientas cuyo uso resulta legítimo para descubrir los hechos que dieron origen al caso (una discusión que gira en torno a los medios de prueba que las partes deben aportar) y, por otro, lo que son elementos que el juez necesita para atribuir el significado de las normas y determinar si una norma respeta a otra. Si no distinguimos entre "hechos" y "derecho", cabría asumir que todo cae completamente en el ámbito del "derecho", y como la determinación del derecho aplicable al caso, así como su interpretación, es responsabilidad del juez, no tendría sentido buscar opinión alguna.

De ahí la falta de pertinencia del señalamiento hecho por algunos ministros, según el cual los juzgadores de amparo no pueden reunir elementos que no hayan sido presentados por las partes u ofrecidos como pruebas por ellas. Desde su perspectiva, más allá del deber de considerar los documentos integrados en el expediente, resultaba inadecuado interesarse por lo que los especialistas médicos tenían que decir sobre el VIH, el sida y su efecto en la capacidad o incapacidad ("utilidad" o "inutilidad") para desarrollar la actividad propia de los miembros de las fuerzas armadas mexicanas.

Lo primero que había que puntualizar es que la ley permite, en términos bastante amplios, la posibilidad a los jueces de incorporar nuevos medios probatorios necesarios para el esclarecimiento de la verdad. Los artículos 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles autorizan a los tribunales para realizar cualquier diligencia o valerse de cualquier persona, cosa o documento, para conocer la verdad, sin limitación temporal alguna, con la sola restricción de no practicar diligencias u ordenar pruebas que sean contrarias a la ley, ni lesionar el derecho a la igualdad entre las partes.

Además, existen precedentes en la Suprema Corte de Justicia de la Nación que confirman la aplicabilidad de estos artículos al juicio de amparo y aclaran que el artículo 91 de la Ley de Amparo prevé que en la revisión de un amparo el pleno de la Suprema Corte sólo tomará en consideración las pruebas rendidas ante la autoridad. Sin embargo, lo que prohíbe este artículo es la admisión de nuevas pruebas aportadas por los recurrentes, pero no que los juzgadores se vean limitados en su facultad de allegarse de información adicional necesaria para formar su criterio.

Lo relevante para los casos discutidos es la parte del artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, según la cual "los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables *para formar su convicción respecto del contenido de la litis*, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas en relación con las partes" (el énfasis es mío).

Los juzgadores de amparo pueden proveerse de los datos que necesiten para una adecuada impartición de la justicia. Sería absurdo que los jueces no estuvieran facultados para buscar los recursos para entender completamente las cuestiones técnicas en los casos que así lo requiera para realizar el contraste de la norma reclamada y la Constitución. Sugerir que por interesarse en esta información científica, la Suprema Corte estaba delegando la decisión sobre la constitucionalidad de la norma en los especialistas,

era no entender la naturaleza del derecho ni las características de la actividad jurisdiccional.

Los científicos no podrían pretender que, al responder las preguntas que le formulan los jueces, pueden sumergirse en los juicios y operaciones evaluativas que exige la actividad de aplicación justificada del derecho; por ejemplo, no podrían sostener que el conocimiento científico determina, por sí mismo, cuál es el contenido protegido por un derecho humano en un asunto determinado, o qué tan bien equilibra una ley los diversos intereses y derechos constitucionales en un caso en concreto. Del mismo modo, los jueces no pueden apropiarse la facultad de construir, por sí solos, todos los elementos de los razonamientos en los casos en que el derecho mismo impone que alguno de esos elementos sólo puede ser adecuadamente descrito por especialistas.

A este respecto, es oportuno recordar que desde 1993 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América emitió una resolución que sentó un valioso criterio sobre esta cuestión: *William Daubert et al. vs. Merrel Dow Pharmaceuticals, Incs.,* 509 US 579 (1993). El tribunal determinó que los jueces federales pueden admitir evidencia científica proporcionada por expertos cuando la misma pueda ser calificada de "conocimiento científico" y el testimonio al respecto sea científicamente "confiable y válido".

¿Cómo podría estar fundada y motivada (justificada) una resolución si, cuando el derecho remite a áreas de conocimiento en las que los ministros no somos expertos, utilizáramos meras especulaciones o de plano información falsa o prejuiciada en vez de información científica que debe estar entre nuestros puntos de partida para resolver en uno u otro sentido?

Los ministros de la Suprema Corte no tenemos la obligación de manejar a profundidad el conocimiento médico mundialmente aceptado en materia de VIH, pero sí de informarnos cuando el respeto a los derechos de las personas depende de que una ley no establezca determinaciones arbitrarias en este tema.

## CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS

Quiero señalar ahora algunos aspectos un poco más teóricos, que no compartí de la fundamentación de la sentencia. En ella se dijo que en el caso concreto entraban en conflicto dos principios constitucionales: el de "eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros" y el de "igualdad y no discriminación por razón de salud".

En primer lugar, me pareció que en el contexto del presente asunto, resultó más complicado que clarificador, sostener que del conjunto de los artículos 4, 13, 31, 32, 123 y 129 de la Constitución se extraía el "principio y salvaguarda de la eficacia del Ejército", que "requiere la conservación de la disciplina militar y la posibilidad de que las autoridades en dicho ámbito puedan establecer ciertas medidas de seguridad, exigir ciertas condiciones físicas, mentales y de salud a los integrantes del Ejército".

Ello, porque las previsiones sobre el Ejército contenidas en dichos preceptos son de diversa naturaleza como para ser adecuadamente englobadas y referidas a un mismo principio. En esos artículos se regulan disposiciones tan variadas como la que protege el derecho a la salud; la que prevé la subsistencia del fuero militar y delimita la competencia de los tribunales militares y los civiles; la que incluye entre las obligaciones de los mexicanos la de alistarse en la Guardia Nacional; la que establece que en tiempos de paz ningún extranjero puede servir en el Ejército y que sólo los mexicanos por nacimiento pueden estar en el activo y desempeñar cargos y comisiones en el mismo, en la Armada o en la Fuerza Aérea; la que dispone que, en lo que respecta al trabajo y la previsión social, los militares y marinos se regirán por sus propias leyes, o la que delimita las competencias de las autoridades militares en tiempos de paz.

En segundo lugar, si bien celebré que se tuviera un método bien especificado que facilita a la Suprema Corte la resolución justificada de conflictos entre principios para ayudar a determinar cuál principio

prevalece sobre el otro en el caso concreto (sin que ello conlleve la invalidez del que no prevalece), creo que la cuestión jurídica que enfrentábamos en el presente asunto no exigía la aplicación de la totalidad de este método.

Me explico. Para que una limitación a un derecho humano por parte del legislador se encuentre justificada: *a)* debe perseguir una *finalidad* constitucionalmente legítima; *b)* debe ser *adecuada* para alcanzar la finalidad perseguida; *c)* debe ser *necesaria*, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad, y *d)* debe ser *razonable*, de tal forma que cuanto más intensa sea la limitación al derecho humano, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.

En la sentencia se identificó la *finalidad* de la causal de inutilidad examinada con la necesidad de garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la integridad de sus miembros y de terceras personas. Calificada esa finalidad como constitucionalmente legítima, se concluyó que la misma resultaba, sin embargo, *inadecuada* para alcanzarla, porque la ciencia médica ha demostrado la imposibilidad de decretar, en automático, que una persona seropositiva deba ser considerada incapaz o inútil para el Ejército. Posteriormente, se determinó que la norma era *innecesaria* y *desproporcional* porque existen medios alternativos para alcanzar con el mismo grado de eficacia el objetivo anterior. Por ejemplo, la reubicación dentro del Ejército, medida menos gravosa para el goce y ejercicio de los derechos humanos del militar. Además de que la indiferenciación de "seropositividad", "enfermedad" e "inutilidad" resultaba contraria a los principios de igualdad y no discriminación por razón de salud constitucionalmente reconocidos.

En ese sentido, consideré que no era preciso incluir el análisis relativo a la "necesidad" de la medida por dos motivos. Uno, porque era evidente que la norma afecta a un grupo de personas que, fuera de toda duda, ha sido y sigue siendo víctima de actitudes abiertamente discriminatorias y que merecen una protección

reforzada en términos del artículo 1 de la Constitución Federal. Y dos, porque en cualquier caso, la norma examinada no sobreviviría a ningún nivel de escrutinio, puesto que el problema que presenta es la ausencia de conexión "causal" entre seropositividad e inutilidad para el desarrollo de las funciones militares, a la luz de la información que nos remitieron los especialistas en el tema más prestigiosos de nuestro país.

Por todas las razones anteriores fue que en el asunto de los militares, si bien compartí la decisión final de la sentencia, me aparte de las consideraciones que la sostuvieron.

6

# La cátedra que los ministros no impartieron

## Desaparición forzada

El 2017 fue terrorífico. Ese año se rompieron todos los récords de violencia. México reportó 5,477 personas sin localizar, según datos del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas, lo que significa que a diario 15 personas salieron de su casa y ya no volvieron; cada hora con 36 minutos una persona se esfumó, sin que las autoridades tuvieran una respuesta para contener el fenómeno.

Fue justo en 2017 cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de aportar algo para contener la ola de desaparecidos, uno de los ilícitos que más aumentó desde 2012. En octubre de ese año se dio la oportunidad de ejercer lo que se conoce como facultad de atracción, que implica, a grandes rasgos, que la Suprema Corte resolverá el asunto que, en principio, tendría que resolver un órgano jurisdiccional diverso, ello con fundamento en el carácter de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional. En este caso se trataba de resolver la revisión de amparo indirecto de un Tribunal Colegiado. De haberse atraído, se habrían dado herramientas a los jueces para apoyar a los familiares de las víctimas de desaparición forzada y fijado obligaciones a las

autoridades para transparentar la forma en que son tratadas las personas detenidas.

La mayoría de los ministros se pronunció en contra de atraer el caso de una mujer cuyo marido fue detenido por militares y que después ninguna autoridad supo de su paradero.

Actualmente, tras el sexenio con más reportes de desaparecidos —el caso más emblemático es el de los 43 estudiantes de la Normal Raúl Isidro Burgos, de Ayotzinapa, Guerrero, ocurrido en septiembre de 2014—, el país cuenta con una nueva Comisión Nacional para la Búsqueda de Personas sin rastro y una de sus principales misiones será crear un padrón confiable. No obstante, siguen pendientes las leyes que den mayor protección a las víctimas, ya que la no localización de personas es uno de los llamados delitos multiviolatorios de los derechos humanos.

## Antecedentes

Pénjamo, cuna de don Miguel Hidalgo, es el municipio más al suroeste de Guanajuato. Económicamente está más ligado a la ciudad michoacana de La Piedad que a los centros urbanos guanajuatenses. Ahí sucedió la siguiente historia.

El 25 de noviembre de 2015, aproximadamente a las 11:00 p. m., Cecilia se percató de que afuera de su domicilio estaban estacionadas al menos dos camionetas del Ejército mexicano y observó cuando un soldado se brincó al patio trasero de la casa para posteriormente abrir el portón y permitir el ingreso de cinco militares más. Cecilia les preguntó por qué estaban ahí. Ellos respondieron que querían hablar con Javier.

Cecilia entró en su casa para llamar a Javier, su esposo, quien se encontraba en la planta alta. Cuando el hombre bajó, fue detenido

por los militares, quienes lo sacaron por la fuerza, lo subieron a una de las camionetas y se lo llevaron sin dar explicación alguna.

Al día siguiente, Cecilia acudió a la agencia del Ministerio Público de Pénjamo para averiguar el paradero de su esposo. Los encargados de la oficina le informaron que ahí no estaba retenido. Entonces, se dirigió a las instalaciones de la Dirección de Seguridad Pública Municipal, donde se le informó que tampoco ahí tenían registro de que su marido hubiera sido detenido.

El 27 de noviembre, Cecilia acudió al destacamento del regimiento militar, donde militares le informaron que su esposo había sido detenido por una falta administrativa y que por ello lo habían puesto a disposición de la Policía Municipal de Pénjamo, es decir, la misma dependencia que negaba tenerlo bajo custodia. Ninguna de las instituciones quería o podía informarle sobre el paradero del hombre "levantado" dos días antes. La mujer comenzó a temer lo peor.

A nombre de su esposo, Cecilia promovió un juicio de amparo indirecto, que fue conocido por la jueza noveno de distrito en el estado de Guanajuato, quien ordenó a las autoridades mencionadas que si tenían a Javier, lo pusieran inmediatamente en libertad. Además, les exigió informar en un máximo de 24 horas el cumplimiento a esa orden y, de ser el caso, de las circunstancias bajo las cuales se detuvo al quejoso. Todas las autoridades respondieron que ellas no lo tenían detenido.

Unos días después, Cecilia amplió su demanda de amparo para manifestar que había tenido conocimiento de que su esposo se encontraba en una zona militar en Guanajuato. Asimismo refirió que tras solicitar el amparo, había sido acosada por agentes ministeriales, quienes sin identificarse, constantemente preguntaban por ella y por su hija; además de que los había visto rondar su domicilio, por lo que temía represalias en su contra o de su familia.

La jueza de distrito admitió la demanda de amparo, ya que estimó que se estaba en presencia de la probable desaparición

forzada de Javier. De igual forma, determinó que Cecilia no sólo había solicitado el amparo a nombre de su esposo, sino que de todo lo que había manifestado se deducía que también estaba solicitando la protección de la justicia federal para ella misma ante la afectación por la incomunicación con su esposo y el desconocimiento sobre su paradero. Así, informó de lo ocurrido al Ministerio Público de la Federación.

En septiembre de 2016, la jueza de distrito dictó sentencia en la que ordenó a la Fiscalía Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas de la Procuraduría General de la República investigar el delito de desaparición forzada, que se publicara la sentencia y que se inscribiera a Javier y a Cecilia en el Registro Nacional de Víctimas.

El agente del Ministerio Público de la Federación, el comandante del Ejército señalado como autoridad responsable y el general secretario de la Defensa Nacional interpusieron recursos de revisión en contra de la sentencia. Alegaron que la jueza de distrito se extralimitó en sus funciones e invadió la esfera de competencia de las autoridades encargadas de la investigación.

La jueza de distrito solicitó a la Suprema Corte que ejerciera su facultad de atracción para conocer del asunto. Yo propuse que se aceptara dicha solicitud, pues el caso era de interés excepcional para el tema de los derechos humanos, además de que era un tipo de asunto novedoso, por lo que ameritaba que la Suprema Corte sentara un criterio jurídico al respecto. Sin embargo, la mayoría de ministros votaron en contra y determinaron no ejercer la facultad de atracción.

## La oportunidad que se dejó escapar

Identifiqué, al menos, cuatro puntos de interés, por los cuales la Suprema Corte debía atraer el caso.

El primero fue que con el asunto se podría determinar cuáles son los alcances del juicio de amparo cuando funciona como recurso de *habeas corpus*. En su acepción clásica, el recurso de *habeas corpus* tiene como objeto la verificación por parte de un juez de la legalidad de la privación de la libertad de una persona. En este sentido, tiene como finalidad lograr la inmediata puesta a disposición de los jueces al detenido, lo que permite asegurar que está vivo y no se encuentra padeciendo torturas o castigos físicos o psicológicos.

Como lo señala la Corte Interamericana, es esencial la función que cumple este recurso para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes.

Es verdad que la Ley de Amparo recoge esta idea en los artículos 15, 17, 20 y 126, que facultan al juez federal para suspender el procedimiento y adoptar las medidas necesarias para que, cuando se trate de una posible desaparición forzada, la víctima se presente ante él. Para ello se permite, por ejemplo, solicitar a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima. Sin embargo, aún no existen criterios definitivos en relación con el contenido y los alcances de estos artículos que establecen las facultades del juez de amparo cuando funge como garante del recurso de *habeas corpus* .

Así, se pudieron haber contestado preguntas tales como, ¿qué tipo de medidas de investigación podrían utilizarse en el juicio de amparo a fin de lograr la localización y presentación de la víctima?, ¿cuál podría ser el resultado jurídico de dicha investigación y el estándar probatorio aplicable a las conclusiones?, ¿qué podría hacer el juez para corregir la violación de los derechos de la víctima?

Al respecto, se debió tener presente que la Suprema Corte no ha abordado el tema de la desaparición forzada específicamente, sino sólo temas relacionados. Primero, determinó cuáles eran las

obligaciones concretas que corresponden al Poder Judicial de la Federación cuando existe una condena al Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos). Después, analizó las condiciones de acceso a la información cuando se trata de investigaciones a hechos que constituyan graves violaciones a derechos humanos (caso Tita Radilla). Posteriormente, determinó que era incorrecto exigir una prueba de correspondencia genética a los familiares de personas desaparecidas, como requisito para tener acceso a la investigación de fosas clandestinas donde podrían estar las víctimas; y, más recientemente, concluyó que era constitucional el tipo penal de desaparición forzada.

Como se puede ver, la Suprema Corte no ha atendido aun de forma específica el tema de la desaparición forzada. Por ello, este asunto hubiera permitido definir, por primera vez, conforme a la ley, cuáles son las facultades y obligaciones que tienen, respectivamente, el Ministerio Público y el juez federal en aquellos casos en los que en un juicio de amparo indirecto, existan motivos razonables para sospechar que una persona ha sido víctima de desaparición forzada, así como precisar sus correspondientes márgenes de actuación, determinando para qué efectos y con base en qué normas y protocolos deberán ejercer sus funciones.

La segunda nota de interés era respecto a la diferencia entre el margen de actuación de un juez federal en un juicio de amparo, en relación con las violaciones de derechos humanos derivadas de la desaparición forzada y el margen de actuación de un juez, en un juicio penal, con motivo del análisis del delito de desaparición forzada. De ahí surgen varias preguntas de enorme relevancia: ¿pueden existir los dos juicios de forma simultánea o son recíprocamente excluyentes?, ¿qué tipo de efectos podrían determinarse en cada uno de los procesos? En el caso de que se admitiera que se pueden tramitar paralelamente, ¿las decisiones en uno de los juicios podrían alterar lo que se decida en el otro o cuál

sería su interrelación para evitar juicios contradictorios? ¿Se requiere de una sentencia que determine que se cometió el delito de desaparición forzada para que un juez de amparo pueda imponer la obligación de investigar a las autoridades responsables?

La mayoría de los ministros respondió que todas estas interrogantes no satisfacían el criterio de importancia y trascendencia para ejercer la facultad de atracción para conocer del recurso de revisión, pues no debía perderse de vista que la actuación de los jueces federales de amparo se encuentra regulada por la propia Ley de Amparo.

Por otra parte, agregué como tercera nota de interés que se advertían varias aristas relacionadas con la técnica del juicio de amparo. Por un lado, porque una de las autoridades a la que se le ordenó cumplir con la sentencia no fue parte del juicio como autoridad responsable. En este sentido, la Suprema Corte pudo determinar cuáles aspectos de la sentencia cabía controvertir por dicha autoridad, es decir, ¿podía controvertir toda la sentencia o sólo lo referente a su obligación específica que la jueza le impuso? Además, también se pudo determinar qué consecuencias tiene el que la autoridad niegue los actos de desaparición forzada, tomando en consideración la evidente dificultad en que una persona en dicha situación pudiera estar para desmentir esa negación, así como las obligaciones que surgen para el juzgador federal en ese escenario.

Mis compañeros tampoco estimaron que ése fuera un tema importante, porque la legitimación de la autoridad para controvertir la sentencia se desprendía en el momento en que se le impuso la obligación de obedecer el cumplimiento del amparo. Por lo que era hasta la revisión de esa sentencia cuando, derivado del cumplimiento de la resolución, se le podría otorgar el carácter de autoridad responsable.

Finalmente, como cuarta nota de interés expuse que dadas las medidas de reparación por violación grave de los derechos humanos de la víctima por parte de elementos del Ejército mexicano, las

autoridades se inconformaron porque según ellos los obligaba a aceptar conductas delictivas realizadas supuestamente por militares sin que se hubieran seguido un juicio penal, lo que violaba el principio de presunción de inocencia, además de que se afectaba indebidamente a las autoridades que no intervinieron en el juicio de amparo como responsables.

La Suprema Corte tuvo la oportunidad de sentar, revisar y consolidar criterios en torno a la reparación integral que ordena el artículo 1 de la Constitución Federal, con base en un juicio de amparo indirecto en su vertiente de recurso de *habeas corpus*. De haber sido así, se habrían podido formular lineamientos específicos sobre qué efectos y medidas pueden emitirse en el juicio de amparo para reparar las violaciones a los derechos humanos de las víctimas en casos de desaparición forzada.

Ante ello, la mayoría de los ministros consideraron que esos temas se escapaban de la materia de constitucionalidad en la que la Suprema Corte debe emitir sus pronunciamientos, toda vez que concluyeron que eran cuestiones de mera legalidad.

Por las razones aquí expuestas, consideré que la Suprema Corte debió haber ejercido su facultad de atracción, pues todos eran temas que revestían una trascendencia significativa en materia de derechos humanos, máxime tomando en consideración los señalamientos que ha recibido nuestro país de parte de organismos internacionales en relación con la gravedad del fenómeno de desaparición forzada en territorio nacional y la necesidad imperiosa de sentar criterios claros y precisos desde el tribunal constitucional para articular jurídicamente su combate.

# PARTE II

7

# La irreverencia de un poeta*

## La libertad de expresión y los símbolos patrios

### Antecedentes

Todos los lunes, antes de iniciar labores, los planteles educativos del país rinden honores a la bandera nacional. En el nivel bachillerato y las universidades es poco común verlo, pero en las escuelas de educación básica es una tradición hacer formaciones en los patios para entonar el himno nacional y hacer el juramento a la bandera. "Te prometemos ser siempre fieles a los principios de libertad y de justicia…", dice una de las estrofas del juramento. En las siguientes líneas argumentaré cómo, en aras de defender al estandarte, se vulneró la promesa de ser fieles a los principios básicos de una sociedad democrática.

Iniciaré con una provocación: la bandera nacional es sólo un objeto. Es cierto que la mayoría de los mexicanos le conferimos un simbolismo relacionado con la identidad nacional y la percibimos como un factor de cohesión social; es verdad también que las autoridades suelen utilizarla para fomentar el amor a la patria y la unidad entre los nacionales. No obstante, eso no le quita su condición de objeto. Mi postura es que el Estado no puede *obligar* a

la población a tener una opinión uniforme acerca de ese símbolo, bajo amenaza de aplicar multas o castigar con cárcel, pues eso atenta contra un principio de la democracia y el derecho fundamental universalmente protegido a la libertad de expresión.

Sergio Hernán Witz Rodríguez publicó en abril de 2001, un poema que hacía referencia a la bandera. Una asociación civil denunció ante la Secretaría de Gobernación la publicación del poema, pues estimó que insultaba a la bandera.

A continuación, para que todos entendamos el asunto, voy a transcribir el poema "La patria entre mierda", que se publicó en una revista local del estado de Campeche. El poema dice así: "Yo/ me seco el orín en la bandera/ de mi país, ese trapo/ sobre el que se acuestan/ los perros y que nada representa,/ salvo tres colores/ y un águila/ que me producen/ un vómito nacionalista/ o tal vez un verso/ lopezvelardiano/ de cuya influencia estoy lejos./ Yo natural de esta tierra,/ me limpio el culo/ con la bandera/ y los invito a hacer lo mismo:/ verán a la patria/ entre la mierda/ de un poeta".

El Ministerio Público acusó al poeta ante un juez de distrito por haber cometido el delito de "ultraje a la bandera nacional". El juez determinó que había pruebas suficientes para iniciar un proceso penal en su contra. El poeta apeló la decisión, pero el Tribunal Unitario que resolvió dijo que la decisión del juez de distrito había sido correcta.

El poeta promovió un juicio de amparo indirecto; sin embargo, la sentencia también le fue desfavorable. Ante ello solicitó que se revisara esta última decisión. El Tribunal Colegiado que recibió su petición envió el asunto a la Suprema Corte para que decidiera si el artículo que regulaba ese delito era constitucional.

Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación debatió si el artículo 191 del Código Penal Federal viola el derecho humano a la libertad de expresión, al establecer que se castigará el ultraje a la bandera nacional con pena de prisión de seis meses a

cuatro años o multa de 50 a 3,000 pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez.

Presentado el asunto, la mayoría de los ministros determinaron que el artículo en cuestión no era inconstitucional, por lo que el juez que tenía en sus manos el caso estaba en libertad de aplicar la sanción que creyera conveniente. Al final, el juez condenó al poeta a pagar una multa de 50 pesos y a una amonestación pública, pena señalada en el Código correspondiente.

Yo consideré que la sentencia reflejaba un entendimiento equivocado del contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, así como de la manera en que un Estado democrático puede condicionar su libre ejercicio mediante la ley y, en particular, mediante la ley penal, más allá de las sanciones que ésta previera. Es decir, el problema no es la sanción, sino la razón para tratar de establecerla.

## El bien mayor: ¿qué se protege y para qué?

La libertad de expresión e imprenta es uno de los derechos del núcleo mismo del Estado democrático de derecho y es reconocida en los principales instrumentos internacionales de los que México es parte; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además, desde luego, de la propia Constitución de 1917.

Dicha libertad tiene dos facetas. La primera es de carácter individual y le impone al Estado el deber de no interferir en la actividad expresiva de los ciudadanos, asegurando con ello un importante espacio de creatividad y desarrollo individual; la segunda se refiere a su dimensión pública, institucional o colectiva. Tener total libertad para expresar, difundir y publicar ideas es imprescindible para ejercer con plenitud otros derechos

fundamentales, como el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objetivo lícito o de petición o a votar y ser votado.

Además, el derecho de libertad de expresión e imprenta constituye un elemento de importancia esencial para la democracia representativa, pues si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que sus autoridades los respetan y protegen en su posibilidad de expresar y publicar libremente sus ideas, es imposible contar con un cuerpo extenso y sólido de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, y capaces de cumplir con su función en un régimen democrático.

## LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

Importa tener presente que cada vez que un tribunal resuelve un caso de libertad de expresión o imprenta, no sólo afecta a los participantes de un juicio en concreto, sino que también se pronuncia sobre el grado en que en el país quedará protegida la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el acceso a la información por parte de la sociedad.

En estos términos lo ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva emitida el 13 de noviembre de 1985:

> Cuando la libertad de expresión de una persona es restringida ilegalmente, no es sólo el derecho de esa persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de "recibir" información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] tiene un alcance y un carácter especiales, que evidencian el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona.

> En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás.

Continúa diciendo la corte:

> La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una [condición necesaria] para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, de todos los que desean influir al público. En resumen, representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre.

Así, al sancionar a una persona por ejercer su libertad de expresión no sólo se estaba limitando el derecho de ese individuo a manifestar sus puntos de vista —así sean discordantes con la opinión mayoritaria—, sino que se estaba minando el derecho de millones de potenciales lectores, radioescuchas, televidentes, cibernautas y, en general, cualquier ciudadano receptor de mensajes, a contar con información que le permita normar su criterio.

En el centro de lo que podemos llamar la "teoría estándar de la libertad de expresión", está la relación entre dicha libertad y la práctica democrática. Una democracia robusta garantiza una mayor libertad de expresión y, a su vez, una mayor libertad para opinar, escribir y disentir mejora el funcionamiento de las instituciones. Ambos valores, libertad de expresión y democracia, se retroalimentan y son interdependientes. Atacar a una merma a la otra.

La libertad de expresión es, en muchos sentidos, un derecho al disenso. Nuestra Constitución Federal garantiza no simplemente un derecho a expresarse, sino un derecho a expresarse *libremente*. La

libertad de expresión, en otras palabras, protege al individuo en la manifestación de ideas que comparte con la gran mayoría de sus conciudadanos, pero también de ideas impopulares, provocativas o, incluso, aquellas que ciertos sectores de la ciudadanía consideran agraviantes. Por esto, la libertad de expresión es un derecho fundamental cuya razón de ser es la protección del individuo frente a las mayorías.

## Los límites de hablar y escribir

Las libertades de expresión e imprenta se protegen de manera especialmente clara y enérgica en materia *política*. El discurso político está más directamente relacionado con la función pública e institucional de la libertad de expresión que, por ejemplo, un anuncio de publicidad comercial. Por lo tanto, proteger su libre difusión resultaba especialmente relevante para que la libertad de expresión pudiera contribuir a formar la opinión pública.

Sin embargo, lo anterior no significaba que las libertades de expresión e imprenta no tuvieran *límites*. El artículo 6 constitucional es claro en cuanto a que la manifestación de ideas sólo puede limitarse en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público.

El artículo 7 de la Constitución es todavía más claro. La libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia es "inviolable" y "*ninguna* ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni *coartar* la libertad de imprenta, que *no tiene más límite que* el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública" (el énfasis es mío).

Conviene aclarar aquí que la Constitución Federal, en la mayor parte de sus artículos, sólo establece enunciados genéricos y son las leyes secundarias las que desarrollan los principios, derechos o

cualquier otro contenido normativo de la Constitución. En este sentido, el legislador puede especificar en las leyes secundarias los límites a las libertades de expresión e imprenta contemplados de manera genérica en la Constitución y, en principio, el Código Penal puede ser parte de los medios de los que puede valerse para tal fin.

A pesar de ello, no se le otorgó al legislador una carta en blanco a la hora de desarrollar los límites a esos derechos. Muy por el contrario, los límites que se establezcan deberán ser necesarios, proporcionales y compatibles con los principios, valores y derechos constitucionales, especialmente cuando dichos límites sean establecidos mediante el derecho penal que, como sabemos, es el instrumento de control social más intenso con el que cuenta el Estado.

Serán consideradas inconstitucionales las leyes que afecten el ejercicio del derecho a la libre expresión cuando el legislador no haya equilibrado de manera proporcionada las exigencias derivadas de este derecho con las limitaciones que se establecen en la Constitución.

## ¿Qué debemos entender por moral pública?

Regresemos a nuestro ejemplo del artículo 191 del Código Penal Federal que castiga con cárcel, multa o ambas, a quien "ultraje a la bandera nacional". Para mí, este artículo era inconstitucional. Recordemos que la Constitución establece que sólo se pueden justificar los límites a la libertad de expresión e imprenta cuando sean necesarios para que no se ataque la moral, los derechos de terceros (en especial la vida privada), no se provoque algún delito o no se perturbe el orden público o la paz pública.

Empecemos por la necesidad de que el ejercicio de la libertad de expresión no "ataque la moral". El concepto de moral tiene una

carga emotiva y una dimensión valorativa muy grandes. Difícilmente dejará de ser un concepto esencialmente controvertido. La religión, la formación académica, el periodo histórico, la ubicación geográfica, los valores familiares inculcados y hasta las relaciones afectivas, todos son factores que interactúan para la configuración de una moral individual o colectiva.

Esto no significa que sea imposible interpretar la Constitución. Lo que sí es claro es que dicha interpretación no puede basarse en lo que el legislador entiende por moral, pues si lo que queremos es contrastar los límites que impone la Constitución con lo que estableció el legislador, es obvio que no podemos delegarle a él la definición de tales límites. Ello significaría darle el poder para decidir acerca de la constitucionalidad de sus actos, en lugar de que dicha actuación sea evaluada por un órgano jurisdiccional a la luz de lo dispuesto en la Constitución.

Para la resolución del caso que aquí se presenta, no era indispensable proporcionar una definición exhaustiva del término "moral", sino sólo precisar lo que *no* queda comprendido en ella. En este sentido, hay que afirmar que el término "moral" que la Constitución menciona no puede identificarse con la moral "social" de un grupo determinado. Esto es, no puede entenderse como el conjunto de normas culturales que prevalecen en una sociedad y en una época determinadas, plasmadas en sus costumbres, tradiciones y estados de opinión.

El término "moral" mencionado en la Constitución debe entenderse de un modo muy restrictivo, como equivalente de la moral "pública", esto es, el núcleo de convicciones básicas y generalizadas de nuestra sociedad sobre lo bueno y lo malo, sin que puedan incorporarse dentro de esta categoría juicios sobre las más variadas cuestiones que acontecen en la misma.

Si se interpreta el término "moral" de modo más extenso, se abre una amenaza contra la misma naturaleza de la libertad de expresión y nos aleja del verdadero objetivo que es simplemente limitarla. ¿De

qué serviría que la Constitución protegiera la libertad de expresión e imprenta, si los individuos sólo pueden ejercerla hasta el límite de no contradecir a la moral social imperante en una comunidad que incluye creencias totalmente intolerantes con el pluralismo ideológico, político y filosófico inherente a las sociedades modernas?

Desde esta perspectiva, el delito de ultraje a la bandera no es acorde con la Constitución Federal. La bandera y el escudo nacional son sólo objetos materiales a los que muchas personas atribuyen un significado simbólico relacionado con sus convicciones políticas y con elementos que, a su juicio, cohesionan a la sociedad en el sentido que algunos buscan.

Cuando el legislador emite una norma penal cuyo alcance indeterminado restringe el *significado político* de la bandera, rebasa cualquier límite razonable para la preservación de la moral pública. Un delito así concebido afecta directamente el núcleo protegido por la libertad de expresión, en el que se encuentra la libertad de expresar libremente las propias convicciones en cualquier materia y, de modo especial, en materia política.

El artículo 191 del Código Penal Federal impone a todos los individuos el deber de aceptar el significado simbólico de ciertos objetos tal y como es formulado por algunos sectores sociales, eliminando con ello la capacidad de los individuos de atribuir a dichos objetos un significado simbólico diferente. Dicho artículo legitima la imposición de una pena para todos aquellos que se atrevan a disputar o desconocer, de palabra o de obra, en público o en privado, el significado simbólico que las mayorías otorgan a la bandera.

El efecto del artículo es obligar a los individuos a no controvertir, en ningún caso, ciertas convicciones políticas, y no simplemente asegurar la protección de las convicciones morales básicas de una sociedad sobre lo bueno y lo malo; por lo que anula el derecho fundamental a la libre expresión y la base del pluralismo político que nuestra Constitución garantiza al más alto nivel.

Hay muchas maneras de entender la moral y lo debido, correcto o conveniente en materia política, y sin duda el respeto a la moral restringe lo que puede decirse y hacerse en materia política. No obstante, nuestro marco constitucional no autoriza que estas restricciones morales impongan a los individuos, bajo amenaza de sanción penal, el significado político simbólico que deben atribuir a ciertos objetos; eso equivaldría a despojar de toda significación a la libertad de expresión e imprenta constitucionalmente protegida.

El escudo y el pabellón nacionales son, ciertamente, objetos dotados de un alto contenido simbólico para un número importante de mexicanos. Pero ello no significa que absolutamente todos y cada uno de los mexicanos deban, bajo amenaza de sanción penal, conferirle un valor simbólico idéntico, o invariablemente positivo.

Por ejemplo, apenas en febrero de 2018, Genaro Lozano, el analista internacional y conductor de televisión, escribió en su cuenta de Twitter una sugerencia para modificar la letra del Himno Nacional Mexicano, al que consideró "belicoso" y "machista". Inspirado por un reciente cambio a la letra del himno de Canadá, cuyos legisladores buscaron hacer un texto más incluyente, el comunicador citó la letra de un himno mexicano anterior al compuesto por Francisco González Bocanegra, el cual tiene menos invocaciones a la violencia.

Precisamente es por las posibles diferencias en la valoración que se otorga a tales objetos, que hay que reconocer que no es aceptable en nuestro orden jurídico la amenaza de sanción penal para quienes no adopten tales símbolos o les confieran un valor diverso. La manifestación de estas diferencias constituye el contenido esencial de la libertad de expresión y, por tanto, la discrepancia sobre el significado simbólico no puede dar lugar a un ataque a la moral pública. Ver en las diferencias de entendimiento o valoración de ciertos símbolos un ataque a la moral que justifique una restricción a la libertad de expresión, es tanto como abogar por imponer una homogeneidad social moralizante y una visión

nacionalista, lo cual es claramente incompatible con el avance hacia la sociedad abierta y democrática que postula nuestra Constitución.

## Derechos de terceros y delitos

En cuanto al límite consistente en la necesidad de respetar los derechos de terceros y, en especial, su derecho a la privacidad, me pareció también claro que no era aplicable en casos relacionados con la bandera nacional. No cualquier derecho puede justificar limitaciones a las libertades de expresión e imprenta; éstos tienen que ser derechos fundamentales de las personas, pues de otro modo se desconocerían las exigencias del texto constitucional sistemáticamente interpretado.

A la luz de esta consideración, es claro que la Constitución mexicana no otorga a ningún individuo o colectivo un "derecho fundamental a la bandera", entendido como un derecho a que la bandera sea debidamente venerada; como es igualmente claro que tampoco puede pensarse que la bandera en sí misma sea titular de derechos fundamentales. En una democracia liberal, sólo las personas son titulares de derechos fundamentales. Éste es uno de los rasgos que nos distinguen radicalmente de los regímenes totalitarios, que tantas veces han instrumentalizado a la persona y a sus derechos básicos para proteger o engrandecer objetos o entidades supraindividuales.

Tampoco fue el objetivo del legislador al redactar el artículo 191 del Código Penal Federal evitar la "provocación de algún delito" derivado del ejercicio de la libertad de expresión e imprenta. La Constitución Federal prescribe acertadamente la necesidad de limitar la libertad de expresión cuando la misma se use para incitar al odio, hacer daño a los demás, cometer delitos o hacer apología pública de actos delictuosos.

No siempre es fácil trazar la línea entre aquellas expresiones que caen bajo el ámbito protegido por la libertad de expresión y aquellas que pueden calificarse de incitación a la comisión de delitos. Sin embargo, para analizar la constitucionalidad de la ley, era fácil concluir que el delito tipificado por el artículo 191 no tenía por objeto evitar que la gente salga a las calles a incitar a los demás a delinquir y causar daños. El objeto central del delito contemplado en dicho artículo era, por el contrario, prohibir a los ciudadanos ciertas ideas en materia política.

En nuestro ordenamiento legal nada autoriza a los particulares a provocar la comisión de delitos en los que, por alguna razón, se haga intervenir a la bandera o al escudo nacional. Tales actos, de existir, podrán ser perseguidos de conformidad con lo dispuesto por otras disposiciones de nuestro orden jurídico, sin que necesite una previsión legal que, como el artículo 191 del Código Penal Federal examinado, contempla comportamientos individuales de naturaleza radicalmente distinta.

## El error de prejuzgar la libertad de expresión

Tampoco podía sostenerse que el delito de ultraje a la bandera quedara cubierto por el límite de que el ejercicio de la libertad de expresión no "perturbe el orden público". El uso de expresiones como "perturbar el orden público" o la "paz pública" significa que quieren evitarse alborotos y alteraciones graves a la paz pública que redunden en daños directos a las personas o las cosas.

Es difícil, desde esta perspectiva, considerar que el delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal Federal sea un instrumento para el mantenimiento del orden público, porque eso significaría tanto como presumir, antes de que suceda, que ciertas formas del ejercicio de la libertad de expresión e imprenta

ocasionarán una alteración de la paz pública, una concepción incompatible con el compromiso de plena vigencia de los derechos fundamentales. No se puede sostener que toda manifestación política contraria a la opinión mayoritaria implique que se esté provocando un alboroto que terminará causando daños a las personas o a sus cosas.

Si el ejercicio de la libre expresión provoca o no una alteración a la paz y al orden público es algo que en un Estado democrático de derecho sólo puede precisarse después de que suceda, y a la luz de las pruebas sobre lo ocurrido en un caso concreto, sin que sea legítimo usar el Código Penal para realizar conclusiones anticipadas al respecto. De nuevo, hay que decir que las alteraciones al orden público debidamente acreditadas podrán legítimamente tratarse como delitos específicos cuyo objeto sea evitarlas.

Es cierto que, junto con la interpretación de "orden público" relacionada con los hechos, era posible hacer una interpretación normativa, caso en el cual se entendería como una referencia al conjunto de bienes y derechos de los que el creador de la Constitución se erige en garante y expulsa del ámbito de lo disponible por los individuos. Aunque cabe señalar que esta definición del artículo 6 constitucional se contrapondría en algún grado con el resultado de interpretarlo no como un artículo aislado, sino complementado por el artículo 7 constitucional.

Sin embargo, si éste fuera el sentido que se le quisiera dar a la expresión "orden público" del artículo 6 constitucional, se debería recordar que toda noción de orden público cuya delimitación no tenga por objetivo fomentar la plena vigencia de los derechos fundamentales individuales y el respeto a los bienes constitucionalmente protegidos, se convertiría en una amenaza al Estado democrático de derecho.

Desde esta perspectiva, es preciso subrayar que la Constitución Federal no incluye a la bandera y el escudo nacionales entre los bienes constitucionalmente valorados y protegidos. La Constitución

menciona en algunos puntos a los símbolos patrios, pero ello no permite considerarlos "bienes constitucionalmente protegidos", situados a un nivel comparable al de los derechos fundamentales individuales.

El artículo 3, por ejemplo, menciona como uno de los variados objetivos que debe perseguir la educación en nuestro país, el de "fomentar, simultáneamente, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional en la independencia y en la justicia", objetivos que se desglosan en apartados que revelan el compromiso de nuestra Constitución con los principios de la democracia liberal (libertad, igualdad, solidaridad, laicidad, pluralismo, defensa de la razón y el progreso científico) y con la premisa, también definitoria del Estado liberal democrático, según la cual el único modo en que el Estado puede intervenir en la formación de las creencias de los individuos es mediante la educación.

Algunos ministros trajeron a colación un criterio sostenido en 1994 por la otrora Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según el cual es justificado destituir a un profesor de una escuela pública, identificado como trabajador al servicio del Estado, cuando se abstiene de rendir honores a la bandera nacional y entonar el himno nacional. Este criterio sólo refleja que no existe un derecho fundamental a recibir una educación absolutamente ajena al afán de *fomentar* el amor a la patria. Sin embargo, de ahí no se desprende que, en *otros contextos*, los ciudadanos deban ser *obligados* a sentir amor por la patria, bajo amenaza de una sanción penal que pueda implicar la pérdida de su libertad.

Lo que el Estado quizá puede hacer por la vía de la educación, no puede hacerlo mediante su instrumento más violento —el derecho penal— cuando ello se dirige, además, no a grupos que guardan con el Estado una relación especial de sujeción (como militares o funcionarios públicos), sino al común de los ciudadanos, y lo que está en juego es la preservación de los derechos fundamentales y el derecho a publicar escritos de modo libre.

Por otra parte, también podemos mencionar como ejemplo el artículo 73 de la Constitución Federal, el cual faculta al Congreso para "legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales", renunciado de este modo a otorgar una categoría constitucional a los símbolos nacionales o a su valor. Además, la expresión "características y uso" son en sí mismos indicativos del alcance que legítimamente puede tener la acción del Congreso en este ámbito, pues sólo se refiere a la determinación de las características externas, materiales y gráficas de la bandera, y a la regulación de sus usos institucionales u oficiales.

Hay una última alusión constitucional a los símbolos patrios nacionales en el artículo 130 que confirma que las opiniones que uno tenga sobre los mismos son inescindibles de las opiniones y convicciones en materia política. En un apartado de este artículo se establece que

> los ministros no podrán asociarse con fines políticos, ni realizar proselitismo a favor o en contra de un candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos de culto o en propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios [...] Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que se relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

Como evidencia su texto, el artículo 130 plasma el principio histórico de la separación entre el Estado mexicano y las iglesias. En congruencia con ello, se limitan los derechos políticos de los ministros de culto, así como la posibilidad de que los ciudadanos desarrollen actos que mezclen lo religioso y lo político.

Estas previsiones exceptúan o limitan las garantías fundamentales de una categoría de personas —los ministros de culto —, o de todos los ciudadanos en un aspecto muy particular —formar

agrupaciones políticas cuyo título incluya alguna referencia religiosa y la de congregarse en templos para celebrar reuniones de carácter político—, buscando evitar, al máximo nivel normativo, la interferencia entre los asuntos religiosos y los políticos.

Para lograr este objetivo la mención de los símbolos patrios resulta clave, ya que es necesario exceptuar explícitamente a los ministros de culto de la posibilidad de agraviar a los símbolos patrios, porque en ausencia de esta regla específica, aplicaría la regla general constitucional de libertad de conciencia, de expresión, de publicación de escritos, así como el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, que permite cuestionar el significado y el valor que las mayorías atribuyen a los símbolos patrios.

## El peligro de los símbolos

Todo Estado cuenta con elementos dotados de una gran carga simbólica que propician la cohesión social y ciudadana, aunque en los Estados multinacionales y pluriculturales estos elementos casi nunca tienen un significado unívoco, y la cohesión social y ciudadana se articula en torno a elementos muy distintos de los que tradicionalmente han servido como símbolos del Estado-nación (un himno, una bandera, un escudo). El Estado puede, incluso, adoptar ciertas medidas respecto de estos símbolos, como por ejemplo dictar una ley para regular sus características y su uso institucional, o dar cierta orientación a los materiales educativos.

Lo que era claramente incompatible con nuestro marco constitucional fue que el Estado (en este caso el legislador) decidió defender "hasta las últimas consecuencias" —esto es, mediante el uso del derecho penal— este ícono simbólico mayoritario, sacrificando derechos fundamentales de los individuos que, a diferencia de la bandera, sí están protegidos por la Constitución.

Como un juez de la Corte Suprema estadounidense dijo en cierta ocasión, utilizar el derecho penal para "defender la bandera" contradice la idea misma de libertad que la bandera representa.

Dicho esto, me gustaría concluir estos razonamientos con una reflexión acerca de la pena contemplada por el artículo 191 del Código Penal Federal. Encarcelar al autor de un poema en una prisión hasta por cuatro años demuestra que el legislador no consideró adecuadamente los elementos constitucionales relevantes, en específico, la necesidad de equilibrar los límites de la libertad de expresión con el ejercicio verdaderamente libre de la misma. El uso de una expresión vaga, como lo es "ultraje", más la posible imposición de penas desproporcionadas, tienen un efecto especialmente negativo sobre el ejercicio de la libertad de expresión. Si los ciudadanos de este país dudan acerca de si su comportamiento puede o no ser considerado por las autoridades como un "ultraje" a la bandera nacional, renunciarán a ejercer su derecho a la libre expresión de un modo desenvuelto, propio de una democracia consolidada, y se refugiarán en la autocensura.

## PARA CONCLUIR

El artículo 191 del Código Penal Federal ha de considerarse violatorio de la libertad de expresar ideas y escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Dicho artículo posibilita la sanción de conductas que están muy lejos tanto de provocar perturbaciones al orden o a la paz pública, o de incitar a la gente a la comisión de delitos, como de atentar contra la moral y los derechos de terceros. La pretensión del legislador de imponer mediante el derecho penal significados simbólicos ligados a convicciones políticas desconoce la libertad fundamental de expresar ideas, protegida en la Constitución Federal.

Es por todas estas razones que estuve en contra de la resolución apoyada por la mayoría de los ministros. Lo que nos correspondía determinar, no podemos olvidarlo, no era si se escribió un buen o un mal poema, o si nosotros diríamos de la bandera nacional lo mismo que él dice. Lo que nos correspondía determinar era aquello que una persona tiene derecho a decir en México sin sufrir una persecución penal que lo marque de por vida y que lo puede llevar incluso a la cárcel.

Nuestra misión era garantizar el ámbito de protección de un derecho fundamental y emitir una resolución que hiciera posible lo que nuestra Constitución establece: otorgar plena vigencia a los derechos civiles de los ciudadanos, elemento sobre el cual se apoya la construcción de la democracia. Ello nos obligaba a otorgarla protección de la justicia federal al poeta contra el artículo 191 del Código Penal Federal, como medida imprescindible para salvaguardar el núcleo de su derecho a expresarse libremente en nuestro país, y a difundir las propias ideas mediante la publicación de escritos.

Ampararlo en esta instancia no implicaba expulsar al artículo definitivamente del ordenamiento jurídico. El delito de ultraje a los símbolos patrios se mantendría en el Código Penal y podría constituir el parámetro para perseguir penalmente las conductas que así lo ameriten. Sin embargo, en un caso como el debatido, en el cual estaba en juego la preservación del contenido esencial de la libertad de expresión (pues escribir poemas es quizá la manifestación más clásica y menos controvertida de esta libertad), el respeto al orden constitucional obligaba a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a declararlo inaplicable, pues el simple hecho de dejar la puerta abierta a un juez para que pueda utilizarlo para calificar penalmente la conducta de un poeta implica legitimar una violación a las libertades más básicas de este último.

* Junto con el ministro Juan N. Silva Meza realicé el presente voto de minoría. Debo aclarar que en este caso el nombre del quejoso es el verdadero, dado que el asunto es de conocimiento público.

8

# Los jueces no son policías de las palabras

## Tropiezos de la libertad de expresión

El caso que a continuación voy a describir es muy peculiar. Retomarlo nos permite extraer lecciones en beneficio de la impartición de justicia en México. Ocurrió en marzo de 2013. En él, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estaba llamada a determinar si una columna publicada en un periódico local afectaba el derecho al honor de una persona o si, por el contrario, tal publicación se encontraba protegida por la libertad de expresión.

La mayoría de los ministros resolvió revocar la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado, misma que había concedido el amparo a un columnista que escribió un artículo por el cual se le había condenado a pagar una reparación por daño moral. Así, consideraron que dos términos utilizados por dicho periodista ("maricones" y "puñal") constituyen expresiones ofensivas, oprobiosas e impertinentes —insultos carentes de utilidad funcional —, al grado de conformar manifestaciones homófobas que no están protegidas por la Constitución.

Yo me aparté del criterio mayoritario. Por más loables que me parecieron las intenciones de mis compañeros ministros en el sentido de mejorar el lenguaje periodístico y evitar la propagación de

ciertas palabras, consideré que la decisión tomada no atendió debidamente al caso concreto y establece un estándar impreciso que impone restricciones excesivas a la libertad de expresión en los términos previstos en nuestra Constitución.

## ANTECEDENTES

En el marco de un desacuerdo entre dos periódicos con circulación en el estado de Puebla, se publicaron diversos artículos que cuestionaban la calidad profesional y honestidad de varios comunicadores. Uno de estos artículos fue escrito por Eugenio, quien se enfocó en criticar a Ángel en su carácter de dueño de un periódico.

Según la columna, Ángel había emprendido una campaña para mejorar su imagen sin obtener resultados. En este contexto, Eugenio manifestó que "columnas viejas, libros pagados, escritores pagados y columnistas maricones son los que […] utilizó para una guerra que de antemano estaba perdida". Asimismo, se refirió a un periodista en particular de nombre Alan, a quien calificó como la "antítesis de un columnista" por no atreverse a dar nombres, citar las supuestas calumnias o presentar pruebas y, finalmente, lo acusó de "ser lambiscón, inútil y puñal".

Ofendido por las expresiones en su contra, Ángel promovió un juicio ordinario civil en contra de Eugenio. El juez de primera instancia condenó a Eugenio al pago de una indemnización, así como a la publicación de un extracto de la sentencia. En apelación, el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla confirmó la sentencia.

Inconforme, Eugenio promovió un juicio de amparo. El Tribunal Colegiado le dio la razón e invalidó la sentencia que lo condenaba, pues si bien en el caso existía un conflicto entre el derecho a la

libertad de expresión y el derecho al honor, debía prevalecer el primero. Para llegar a esa conclusión, sostuvo los razonamientos siguientes.

En primer lugar, el tribunal advirtió que el destinatario de las críticas era una figura pública, por lo que debía tolerar un mayor grado de intromisión en su ámbito personal. Además, al tratarse de un debate entre dos columnistas de medios de información locales, debía existir un umbral de tolerancia mayor, pues ambos podían refutar desde sus publicaciones las opiniones que no compartían.

En segundo lugar, indicó que la nota periodística cuestionada era de relevancia pública, pues expresaba opiniones en torno a una disputa entre los directores de distintos periódicos del estado de Puebla. Así, el autor persiguió la creación de un estado de opinión en la gente, para lo cual utilizó ciertas apreciaciones y juicios de valor, que si bien se realizaron en un tono mordaz y ofensivo, pudiendo incluso resultar hirientes, no rebasaron los límites de la libertad de expresión. De esta manera, dichas expresiones no fueron lo suficientemente insultantes o desproporcionados, al encontrarse justificadas por su propósito de causar un impacto entre los lectores, con lo cual las manifestaciones experimentaron una clara disminución de su significación ofensiva.

Ángel solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la revisión de la interpretación de los artículos 6 y 7 constitucionales realizada por el Tribunal Colegiado. Además, insistió en que la columna impugnada contenía expresiones insultantes con la única intención de denigrarlo y ofenderlo, mismas que se basaban en meras consideraciones personales sin fundamento o medio de prueba alguno.

## Los argumentos de la mayoría

De inicio, en la sentencia de la corte se reiteró el criterio consistente en que la Constitución no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita. Por ello, se sostuvo que el derecho al honor prevalece cuando la libertad de expresión utiliza frases y expresiones ultrajantes, ofensivas u oprobiosas, que se encuentran fuera del ámbito de protección constitucional, pues suponen un menosprecio personal o una molestia injustificada. Para determinar si una expresión cumple con estas características es necesario analizar el contexto y si tienen o no "utilidad funcional" para reforzar la tesis crítica en la que se inserta la expresión, pues en caso contrario se considerarán innecesarias o impertinentes.

Este tipo de expresiones pueden referirse no sólo a una persona en concreto, sino a una colectividad o grupo reconocible y, por tanto, trasciendan a sus miembros o componentes. De acuerdo con la posición mayoritaria, el respeto al honor de las personas debía tener mayor protección cuando determinada manifestación de ideas se refiriera a colectividades que por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos, habían sido ofendidas colectivamente por el resto de la comunidad.

De ahí que cuando en una sociedad ha existido un constante rechazo a las personas de un grupo social determinado, el lenguaje que se utilice para ofenderlas o descalificarlas adquiere la calidad de discriminatorio. Así, el lenguaje discriminatorio constituye una categoría de expresiones ofensivas u oprobiosas que al ser impertinentes, dan lugar a expresiones absolutamente insultantes y no están protegidas por la libertad de expresión.

De acuerdo con la mayoría, un tipo de manifestaciones discriminatorias son las expresiones homófobas, aquellas que implican una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas.

Así, se estimó, tal como lo han sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en España, el Tribunal Supremo y el Tribunal

Constitucional, que las manifestaciones homófobas pueden llegar a ser una categoría de discursos de odio, que promueven la provocación y el rechazo hacia un grupo social, con el fin de generar un clima de hostilidad que, a su vez, puede concretarse en acciones de violencia en todas sus manifestaciones. Por ello se encuentran excluidas de la protección que la Constitución consagra para la libre manifestación de las ideas.

Con estas premisas, en la sentencia se analizó el artículo periodístico en cuestión y se concluyó que el empleo de los términos "maricones" y "puñal" conformaron un discurso homófobo, pues son una referencia a la homosexualidad, no como una preferencia sexual personal, sino como un aspecto de diferenciación peyorativa.

En este sentido, de acuerdo con la lectura de la mayoría de los ministros, el término "maricones" se utilizó con un claro matiz peyorativo y el término "puñal" se utilizó para mostrar menosprecio. Por tanto, consideraron que si bien dichos términos no podían entenderse como manifestaciones abiertamente hostiles hacia las personas homosexuales, lo cierto era que dado el contexto sí eran expresiones jocosas o burlescas cuya objetivo pretendió ridiculizarlas, lo que implicaba, en última instancia, una postura discriminatoria que incitaba a la intolerancia hacia la homosexualidad.

De igual forma, estimaron que los términos "maricones" y "puñal" fueron impertinentes, toda vez que la pericia periodística no tiene relación alguna con que la persona que la ejerce sea homosexual. Por ello, dichas expresiones carecían de cualquier utilidad funcional dentro del texto periodístico y no está justificada (ni protegida) su inclusión.

## LAS RAZONES DE MI DISENSO

Yo advertí con preocupación que la Primera Sala estaba construyendo un estándar impreciso que limita la libertad de expresión, alejado de las circunstancias especiales del caso concreto y con el potencial efecto —del todo indeseable para una sociedad democrática— de restringir excesivamente la libre manifestación de las ideas e incentivar la judicialización de las diferencias periodísticas.

A fin de explicar las razones que me apartaron de la mayoría, dividiré mi exposición en tres apartados. En el primero abordaré el razonamiento central sostenido por mis compañeros ministros consistente en que "la Constitución no protege un derecho al insulto" y argumentaré por qué tal afirmación resulta, cuando menos, equívoca. En segundo lugar, demostraré por qué la sentencia no atendió debidamente las circunstancias especiales del caso concreto, con las consecuencias perjudiciales que ello conlleva. En tercer lugar, haré una breve reflexión sobre la excepcionalidad de una limitación a la libertad de expresión en razón de su contenido.

*I) La supuesta inexistencia de un derecho al insulto*

En varias ocasiones me distancié de mis compañeros ministros cuando afirmaban categóricamente que la Constitución no reconoce un derecho al insulto. Esta vez no fue la excepción. En efecto, la Primera Sala sostuvo desde 2010 que aquellas expresiones ofensivas u oprobiosas que sean impertinentes, según el contexto, no gozan de protección constitucional, consideración que no compartí.

Desde mi punto de vista, el mero insulto no podía ser un criterio sólido para evaluar cuándo se está frente a un discurso protegido o excluido por la Constitución. Pues, como ha sucedido en diversos asuntos de los que ha conocido la Suprema Corte, las manifestaciones combatidas por medio de un juicio pueden ser terriblemente descalificatorias y ofensivas y, sin embargo, encuentran protección por ser de relevancia pública. De ahí que lo

crucial en un asunto no era el mero carácter ofensivo de una expresión, lo cual es sumamente subjetivo y variable, sino la violación a algún derecho humano y el nivel de protección dependiendo del interés público que tenga la actividad del sujeto criticado.

En efecto, la Constitución no prohíbe ni permite el insulto, sino que éste puede generar una responsabilidad posterior cuando es un medio para la vulneración de derechos humanos, tales como el derecho al honor o a la intimidad. Por ejemplo, mientras que la difamación ataca de forma clara el derecho al honor, la ofensa y la vejación parecieran depender del sentimiento, ya sea del sujeto referido en la expresión o —peor aún— del propio juzgador.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado en este sentido, al estimar que "el carácter ofensivo del discurso, por sí solo, no es razón suficiente para restringirlo", y destaca la especial importancia que tiene proteger la libertad de expresión en lo referente a las ideas que "ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población".

En conclusión, me parece que la Primera Sala negó la protección al insulto, pero no formuló un criterio preciso que le permita a un ciudadano determinar los casos en que su conducta va a ser sancionada y en cuáles no. Además de que pueden sacrificarse expresiones que pudieran ser valiosas en un contexto de deliberación.

*II) La desatención a las circunstancias especiales del caso*

Un segundo aspecto sumamente problemático de la sentencia fue que pareció que se hicieron a un lado los rasgos propios del caso sometido a análisis. Esto es: *1)* se trataba de una confrontación entre dos periódicos en igualdad de circunstancias; *2)* la intención del artículo periodístico impugnado era criticar de manera ofensiva el

ejercicio profesional de diversos comunicadores, no discriminarlos, y *3)* la pretensión del actor en el juicio ordinario civil era ser indemnizado por sentirse vulnerado en su derecho al honor y buena fama, no por sentirse discriminado en razón de su preferencia sexual.

Analicemos cada uno de estos aspectos. En primer lugar estaba el hecho de que era una confrontación entre periódicos en igualdad de circunstancias. La Primera Sala ha sostenido que en casos de debate periodístico entre dos medios de comunicación, los sujetos involucrados deben tener un umbral de mayor tolerancia. El razonamiento detrás de dicho criterio es que si la prensa goza de la mayor libertad y del más amplio grado de protección expresiva, es lógico concluir que la crítica a su labor también debe gozar de esa misma libertad y grado de protección.

Además, la prensa posee las mejores y más efectivas herramientas para defender su actuación o punto de vista: la réplica y la contraargumentación. Sin embargo, en este caso, la mayoría de los ministros consideró que no obstante que estaban involucrados dos medios de comunicación escrita, ello no evitaba que las expresiones combatidas fueran discriminatorias y que fueran los propios medios de comunicación los que tienen una responsabilidad especial para evitar la difusión de dichas expresiones.

La mayoría de la Primera Sala desatendió el criterio que había establecido en casos anteriores. Por eso consideré que al estar frente a un intercambio de señalamientos e insultos entre dos periódicos en igualdad de circunstancias y con total capacidad de réplica, la solución no era silenciar el debate mediante una sentencia, sino permitir la crítica recíproca, que constituye uno de los mecanismos idóneos para promover el comportamiento ético de los medios de comunicación.

Ahora analicemos el segundo punto, relativo a la intención de la columna impugnada. En el contexto de la guerra periodística entre los dos medios poblanos, el propósito del artículo al referirse a los

columnistas del periódico contrario como "maricones" y calificar a uno de ellos como "lambiscón, inútil y puñal", era señalar su cobardía, sumisión y servilismo al dueño del periódico. Estas afirmaciones no iban encaminadas a incitar hostilidad o violencia en contra de la comunidad homosexual, sino a descalificar a los periodistas de manera ofensiva.

No obstante, la mayoría de la Primera Sala concluyó que el lenguaje utilizado era discriminatorio y predisponía a la marginación de las personas homosexuales. A mi juicio, esa conclusión fue indebida toda vez que confunde la intencionalidad del lenguaje, cuestión central para analizar una posible restricción a la libertad de expresión basada en su contenido.

Ahora, si bien se podría sostener que las palabras "maricones" y "puñal" connotan ya un significado peyorativo hacia la homosexualidad, en abstracto e independientemente de su uso, ello tampoco podría constituir una razón suficiente para prohibirlas, como se analizará en el siguiente apartado.

Como tercer punto se tuvo que examinar la pretensión del actor en el juicio ordinario civil. La condición expresiva de insulto, más no de discriminación, se confirmaba al analizar la pretensión del dueño del periódico al demandar una indemnización por daño moral provocado por la columna. En efecto, Ángel se sintió ofendido, no discriminado, y centró su argumentación en la vulneración al derecho al honor y buena fama por el artículo en su totalidad, no por alguna palabra en específico. Nunca aludió a un ataque o intención discriminatoria en razón de su preferencia sexual, sino una ofensa a su reputación.

Sin embargo, la mayoría de los ministros sostuvo que los términos utilizados por el periodista fueron discriminatorios y generaron una incitación o promoción de intolerancia hacia la homosexualidad, aunque así no se hubiera planteado en el juicio ordinario. Esta posición resulta problemática en al menos tres aspectos.

El primero es que, insisto, insultar no es lo mismo que discriminar. La sentencia incorporó el lenguaje discriminatorio a la categoría de "expresiones ofensivas u oprobiosas". ¿Qué consecuencias jurídicas se desprenden de ello? Genera confusión entre los criterios para analizar un insulto y los criterios para analizar un caso de discriminación (el menosprecio a una persona en razón de su preferencia sexual), lo que provoca que se confundan los derechos con base en los cuales se va a hacer el análisis, pues se termina estudiando qué pasa cuando la libertad de expresión vulnera el derecho al honor, en lugar de analizar la vulneración al derecho a la igualdad y la dignidad humana.

El segundo aspecto problemático de la decisión de los ministros fue que, aceptando sin conceder, que la intención del columnista hubiera sido aludir a la homosexualidad de ciertos periodistas, la mayoría de la Primera Sala refuerza el estereotipo que pretende eliminar, pues confirmó que la posible vinculación con la comunidad homosexual tiene efectivamente el carácter de insulto y vulnera el derecho al honor.

El efecto deseado de esta decisión era eliminar el prejuicio, pero lo que reveló es que la supresión de ciertas palabras termina por esconder la discriminación, en lugar de enfrentarla. El combate a los estereotipos debe hacerse mediante la confrontación de ideas y no con la prohibición de determinadas palabras, que hoy pueden ser unas y mañana otras, dada la evolución constante del lenguaje.

Las ofensas califican más al que las emite que a quien las recibe y el resolver este tipo de diferencias en tribunales evita que sea la opinión pública la que debata y delibere sobre su uso. El cuestionamiento y el descrédito social a quien pretende ofender con palabras homofóbicas son una respuesta democrática más coherente que sentencias y prohibiciones. Eliminar una expresión por su contenido es la manera más radical que tiene el Estado de controlar la manifestación de las ideas y un tribunal constitucional debe ser el más riguroso en la utilización de dicho recurso. Me pareció que en

este caso la Primera Sala no atendió completamente la necesidad de utilizar esa medida sólo en casos muy excepcionales.

El tercer problema que reveló la desatención al caso concreto y la confusión entre expresiones ofensivas y discriminatorias, fue que la decisión no esclareció cuáles serán las consecuencias de revocar el amparo al columnista. En efecto, la sentencia concluyó que la columna utilizó expresiones homófobas que no están protegidas por la Constitución, pero reconoció que ello "no implica necesariamente que éstas hayan producido un daño moral". Dichas expresiones ni siquiera estuvieron dirigidas a Ángel, entonces, ¿se vulneraron o no sus derechos? La sentencia no da una respuesta. No obstante, la mayoría resolvió restringir la libertad de expresión del periodista que escribió la columna para proteger en abstracto a la comunidad homosexual, en un juicio en el que ninguno de sus miembros acudió con tal carácter.

Con estas particularidades, la posición mayoritaria impuso un nuevo límite a la libertad de expresión: el lenguaje discriminatorio, sin aclarar si era necesaria la intencionalidad del emisor o incluso un daño al receptor; para ello utilizó un criterio construido con base en el derecho al honor, aunque la discriminación estuviera relacionada con un trato igualitario. A mi juicio, ello se tradujo en un parámetro impreciso, lo que resultó incompatible con la exigencia constitucional de establecer límites claros y precisos a la libertad de expresión a través de las medidas menos restrictivas, pues de lo contrario se impediría el libre flujo de la información.

También es importante señalar que la mayoría de la Primera Sala determinó que "las expresiones homófobas constituyen manifestaciones discriminatorias" y, "en ocasiones, discursos de odio", y a partir de ello desarrolló el significado de dichos discursos.

A mi juicio, este último desarrollo no fue atinado. En un primer momento se había dicho que las manifestaciones discriminatorias eran una categoría de los discursos de odio, a pesar de que en el caso no se advertía que las expresiones tuvieran una finalidad de

generar un clima de discriminación; sin embargo, posteriormente se modificó y matizó la posición, centrando ahora la inconstitucionalidad de las manifestaciones discriminatorias únicamente en su carácter ofensivo y no en el fin práctico de incitar al hostigamiento y la violencia. Ante este cambio en la argumentación, me pareció que las consideraciones sobre los discursos de odio quedó aún más lejos del caso concreto, incluso sin tener relación ya con el criterio propuesto para resolver el asunto.

Por más atractivo que parezca emitir un criterio sobre discursos de odio, un tribunal constitucional debería ser muy cuidadoso en que sus pronunciamientos estén vinculados con el asunto sometido a su consideración, más todavía al tratarse de límites a la libertad de expresión en los cuales deben evitarse las generalidades y ceñirse estrictamente a las circunstancias específicas del caso. Estimo que en el presente asunto no existían elementos para realizar un estudio de esa índole.

*III) La limitación de las expresiones en razón de contenido*

Es común, aunque no por ello menos cierto, decir que la libertad de expresión es la condición indispensable de casi todas las otras libertades. Pocos derechos son más centrales en una sociedad democrática que la libertad de pensar el mundo desde nuestra propia perspectiva y comunicarla a los demás.

En este sentido, cualquier asunto es digno de análisis y discusión. Por ello, una medida estatal dirigida a regular el contenido de un mensaje, con el pretexto de sus efectos negativos, es incompatible con la libertad de expresión, pues un mensaje se puede rebatir con otro y ambos competirán en la búsqueda de la verdad. Esta posición se fortalece cuando se está frente a dos medios de comunicación escrita, en igualdad de circunstancias, como en los casos en que existe total capacidad de réplica.

Parafraseando a John Stuart Mill: silenciar una opinión constituye un robo a la raza humana, porque si la opinión es correcta, nos vemos imposibilitados de sustituir un error por la verdad, y si es equivocada, la sociedad pierde el beneficio de una percepción más clara generada por la confrontación entre verdad y error. Ello es particularmente relevante en materia de estereotipos y prejuicios, como la homofobia, en donde la batalla se libra con argumentos y no con silencios impuestos.

El compromiso de una sociedad democrática con la libertad de expresión no significa que la expresión de ideas deba dejarse de manera absoluta a la autorregulación. En ciertas ocasiones es necesario nivelar el terreno para evitar que la expresión de unos implique la disminución de la expresión de otros, sobre todo cuando la pretensión es la exclusión violenta de ciertos grupos sociales. Sin embargo, si para un tribunal la supresión de ideas debe ser el último recurso para conseguir esta finalidad, debería ser prácticamente imposible la supresión de palabras que no tienen relación con el uso ni con el contexto en el que se pronunciaron.

La función de los tribunales, en particular del constitucional, no es ser policías de las palabras, prohibiendo las que puedan lastimarnos, sino identificar los casos concretos en los cuales su uso debe prohibirse por generar odio, exclusión o violencia contra ciertas personas o grupos. En todo lo que no queda en esos apretados límites estrechamente vinculados con las circunstancias fácticas del caso en cuestión, los tribunales deben dejar hablar con libertad a los ciudadanos.

Por las razones apuntadas y contrariamente a la posición mayoritaria, consideré que la columna impugnada sí estaba protegida por la libertad de expresión y que el Tribunal Colegiado estuvo en lo correcto al otorgar el amparo al periodista que la escribió.

# PARTE III

9

# La necesidad de pensar en grande

## Legalización de la marihuana

En 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió la protección de la justicia federal a cuatro personas para el efecto de que la Secretaría de Salud les expidiera una autorización para la realización de los actos relacionados con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y trasportar) del estupefaciente *cannabis* y el psicotrópico THC, sin que ello implicara la autorización para realizar actos de comercio, suministro o cualquier otro que se refiera a la enajenación o distribución de dichas sustancias.

Si bien estuve de acuerdo con las conclusiones de la sentencia, no compartí la metodología utilizada para resolver el asunto y consideré muy pobres los efectos en la protección a los quejosos.

### ANTECEDENTES

El 31 de mayo de 2013, Jazmín, Alfonso, Jaime y Joaquín, solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, la

autorización para el consumo personal y regular, con fines meramente lúdicos o recreativos, del estupefaciente *cannabis* (sativa, índica y americana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico THC (tetrahidrocannabinol y sus variantes estereoquímicas), en conjunto conocidos como "marihuana".

Además, solicitaron autorización para sembrar, cultivar, cosechar, preparar, acondicionar, poseer, transportar, emplear, usar y, en general, realizar cualquier acto relacionado con el consumo lúdico y personal de marihuana, excluyendo expresamente los actos de comercio, tales como la distribución, enajenación y transferencia de la misma.

Al mes siguiente, el 13 de junio de 2013, el director ejecutivo de Regulación de Estupefacientes, Psicotrópicos y Sustancias Químicas de la Cofepris informó a los peticionarios que no podía ser expedida la autorización solicitada, pues según los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley General de Salud, estaba prohibido en todo el territorio nacional cualquier acto relacionado con las sustancias aludidas.

Ante la negativa de la autoridad, el 5 de julio de 2013, las cuatro personas promovieron un juicio de amparo indirecto en contra de la decisión de la Cofepris, alegando la inconstitucionalidad de los artículos mencionados. El juez de distrito que resolvió el asunto determinó negar el amparo.

Inconformes con la sentencia, los promoventes solicitaron a un Tribunal Colegiado que revisara su caso. El tribunal advirtió que al tratarse de un problema de constitucionalidad se actualizaba la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que le envió el asunto.

La Primera Sala de la Suprema Corte determinó la inconstitucionalidad de los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley General de Salud, en las partes que establecían una prohibición para que la Secretaría de Salud emitiera autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o

recreativos de la marihuana, por lo que ordenó que la Cofepris les expidiera a las cuatro personas la autorización que solicitaron. Pongamos el problema en contexto.

## URGE UN CAMBIO DE ENFOQUE

La experiencia de los últimos 50 años demuestra que la política prohibicionista en materia de drogas ha fracasado y que se requiere un cambio. La política que limita el acceso a sustancias controladas no ha disminuido las adicciones en el mundo ni en nuestro país; al contrario, ha contribuido a incrementar la violencia y la corrupción asociadas con la delincuencia organizada, ha lastimado a comunidades y a individuos, y ha generado un mercado negro de millones de dólares, afectando con todo ello los derechos humanos y la salud de la población mundial y nacional.

En estas circunstancias, urge un debate amplio, incluyente e informado que lleve a todas las autoridades del Estado mexicano y a la sociedad a replantearse su actuación frente al fenómeno del consumo y la producción de drogas. Estoy seguro de que ninguno de mis compañeros ministros, ni aún los más favorables a la legalización de las drogas, pretenden que ésta se lleve a cabo sin la apropiada regulación.

La Suprema Corte tuvo que resolver si era o no violatoria de los derechos humanos la negativa de la Cofepris para autorizar a cuatro individuos a realizar diversas actividades relacionadas con el uso lúdico o recreativo de la marihuana. Partiendo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la sentencia analizó la medida legislativa que prohíbe realizar diversas actividades relacionadas con la producción y el consumo de marihuana, y concluyó que la medida no sólo era innecesaria —pues existen medios alternativos igualmente idóneos y que restringen menos el derecho—, sino que

además era desproporcionada, ya que genera una protección mínima a la salud y al orden público frente a la marcada intromisión al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar.

Sin embargo, estoy convencido de que la resolución debió tener efectos mayores y más específicos, además de haberse hecho cargo de las medidas necesarias para una concesión integral del amparo. Es más, me parece que de no considerar soluciones de carácter estructural, lejos de proteger los derechos de nuestros ciudadanos, los estaríamos poniendo en riesgo. Me explico.

## Crítica a la metodología de la sentencia

En primer lugar y toda vez que la decisión implicaba un pronunciamiento general respecto a la política nacional sobre drogas en la que se incluyen temas como la afectación a la salud de los individuos, la salud pública, el orden público, la violencia, la delincuencia y la corrupción, entre otros temas, hubiera sido deseable acudir al conocimiento técnico y científico especializado *de manera formal*, así como escuchar las opiniones de diversos sectores.

La Suprema Corte ha utilizado este método en ocasiones anteriores, como en los casos de VIH-sida, interrupción del embarazo, telecomunicaciones y el sistema de deducciones tributarias conocido como *costo de lo vendido*, en los que reunió conocimientos especializados y escuchó a la opinión pública.

Recordemos, por ejemplo, que en el caso de la interrupción del embarazo en la Ciudad de México, un tema particularmente sensible para la sociedad mexicana, se realizó un ejercicio amplísimo con la finalidad de que la Suprema Corte reuniera la mayor y mejor información posible sobre el tema. Esa vez escuchamos a médicos,

funcionarios, académicos, jueces, asociaciones, entre muchos otros. Tal ejercicio incluyó la participación de aproximadamente 80 personas de muy distinto origen, formación e ideología. Incluso, se creó un micro sitio en la página electrónica de la Suprema Corte, de acceso abierto al público, con todo el material documental y audiovisual recibido y generado en relación con el asunto.

Desde mi punto de vista, debimos haber realizado un ejercicio similar en el tema de la legalización de la marihuana, con la intervención de todos los actores relevantes y de la opinión pública. Ello hubiera permitido a la Suprema Corte de Justicia no sólo resolver este caso, sino constituirse en el foro nacional para la discusión y futura implementación de una política integral en materia de drogas.

Un segundo aspecto metodológico que no compartí de la sentencia fue que, al colocar como argumento central el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no se entiende por qué se requeriría siquiera una autorización administrativa para realizar actividades relacionadas con el consumo de sustancias que producen una afectación "no tan grave", pues en todo caso se deberían considerar siempre permitidas y sin posibilidad alguna de límite.

No considero que el Estado deba renunciar a su facultad regulatoria simplemente porque una sustancia no sea "tan dañina". La obligación constitucional es garantizar activamente el derecho a la salud. Lo que resulta desproporcionado es que el Estado pretenda utilizar el derecho penal para proteger el derecho a la salud y el orden público. Sin embargo, ello no puede traducirse en que el Estado no pueda utilizar otras medidas para proteger esos derechos.

En otras palabras, que el consumo de cierta sustancia esté permitido no tiene como consecuencia que el Estado se vea impedido para regular las conductas asociadas a tal consumo ni prevenir, atender o tratar sus efectos. Si bien la misma resolución aceptaba que las campañas de información y las estrategias de salud pública serían más efectivas que la prohibición misma, al final su

construcción argumentativa se centró en la no intromisión estatal para favorecer las libertades individuales. Ello dificultó asumir y desarrollar un enfoque de salud pública, indispensable para proteger debidamente los derechos humanos de la población en general y el derecho a la salud en particular.

También me pareció preocupante que en la argumentación de la sentencia fuera la magnitud del daño generado el único valor considerado para evaluar la medida legislativa. El grado de afectación no es el único criterio que el legislador puede tomar en cuenta para regular una sustancia; por ejemplo, puede considerar las formas de uso y abuso, las posibilidades legales y fácticas de combatir el abuso con éxito, las costumbres sociales, el marco de cooperación internacional en el tema de las drogas y, de manera muy relevante, la incidencia de la delincuencia organizada en su comercialización.

Limitar la discusión al libre desarrollo de la personalidad y la magnitud del daño generado por el consumo es una sobresimplificación del problema de la política en materia de drogas, y deja en una pobre posición al Estado para generar la regulación que garantice los derechos humanos.

Tampoco me convenció la comparación de la marihuana con el tabaco y el alcohol, por ser sustancias que producen "un daño similar". Pienso que cada sustancia debe ser regulada conforme a sus especificidades e incluso tener un tratamiento diferenciado. Contrariamente a lo que sostiene la resolución, el que el tabaco y el alcohol se encuentren regulados y no prohibidos, no se sigue en automático que deba autorizarse la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión y transporte de la marihuana. Una comparación de ese tipo obligaría a aceptar su venta y comercialización.

En suma, si bien estuve de acuerdo en que se concediera el amparo para que se otorgara la autorización solicitada, me pareció que el camino propuesto para llegar a esa conclusión fue, cuando

menos, problemático y carente del componente fundamental que debería acompañar una resolución como la que fallamos, esto es, el enfoque de salud pública, pues la autorización de las sustancias necesariamente conlleva su regulación a partir de ese eje central.

## Crítica a los efectos del amparo

La sentencia no es una alternativa de despenalización general de las conductas relacionadas con la marihuana. Únicamente se refiere a la posibilidad de autorizar a cuatro individuos su uso lúdico o recreativo. Sin embargo, ello no implica ninguna diferencia para quienes en el pasado realizaron idénticas conductas y hoy se encuentran privados de su libertad. Tampoco autoriza el uso a aquellas personas que no tengan el permiso correspondiente. Esto significa que cada persona que quiera realizar esas actividades tendrá que hacer la solicitud a la autoridad correspondiente y después buscar obtener un amparo, pues hasta que la autoridad legislativa no modifique las disposiciones legales prohibicionistas, los sujetos que no cuenten con una autorización podrán ser procesados.

Por eso, opiné que no debimos otorgar una autorización sin acompañarla de lineamientos para el establecimiento de una política pública integral en materia de drogas. El hecho de que no exista evidencia científica concluyente sobre el grado de afectación del consumo de marihuana no nos permite considerarla como una sustancia inofensiva.

No hay que perder de vista que a nivel mundial, la permisión y descriminalización del uso recreativo de la marihuana se ha dado mediante procesos de deliberación democrática en el seno de congresos y parlamentos. Los cuatro casos que citó la sentencia, el de los estados de Colorado y Washington en Estados Unidos, los Países Bajos y Uruguay, han sido producto de amplios procesos

legislativos, acompañados del establecimiento de políticas públicas muy sólidas. Si bien las causas, los procesos de implementación, regulación y las consecuencias varían de país en país, un elemento común es que dichas medidas se han dado en un marco regulatorio fuerte, ordenado, integral y consensuado democráticamente.

Pongamos un par de ejemplos. En Uruguay, si bien estaba permitido el consumo personal desde 1974, fue hasta 2011 cuando se llevó a cabo el primer debate para la autorización del cultivo de marihuana, en el cual el Parlamento uruguayo discutió la posible despenalización del cultivo de *cannabis* y la reforma de la penalización para quienes comerciaran con dicho producto. Este debate no sólo tuvo resonancia legislativa, sino que el sector social y los medios nacionales e internacionales apoyaron dichas medidas. En 2013, el Senado uruguayo aprobó la ley mediante la cual se reguló la producción, distribución y venta de *cannabis*. Se estableció que era el Estado quien asumiría el control y regulación de las actividades de importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, comercialización y distribución de *cannabis* y sus derivados. Uno de los objetivos de dicha ley fue la de proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico. Con este primer ejemplo queda claro que la legalización de la marihuana en Uruguay no se dio como una medida aislada, sino en el marco de un proceso regulatorio integral.

Por su parte, el estado de Colorado convocó a una iniciativa popular en 2012, en la que los ciudadanos votaron a favor de la enmienda 64 que reformó la Constitución del estado, que permitió el uso recreativo de la marihuana, así como su cultivo comercial y venta. Este esfuerzo ciudadano tampoco fue algo aislado, ya que luego de la aprobación de la citada enmienda, el gobernador firmó un decreto para crear un grupo especial encargado de analizar todos los temas relacionados con las políticas públicas y regulaciones de la misma. Este grupo tenía el encargo de entregar cada determinado

tiempo un reporte sobre la implementación y las medidas que se consideraba debían ser tomadas por el gobierno del estado. Así, lo que inició a través de un proceso de democracia directa, se reforzó por una política integral del gobierno estatal para acompañar las decisiones de la población.

En contraste con las experiencias relatadas, con la sentencia aprobada en México se inició el proceso en sentido inverso. Antes de construir un marco regulatorio, se otorgaron autorizaciones administrativas aisladas. Ello conlleva una enorme responsabilidad para la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por eso la sentencia debió precisar mejor no sólo los efectos concretos, sino también las medidas de carácter integral y estructural. Esto lo prevé la nueva Ley de Amparo y la Constitución así nos lo ordena.

En efecto, la Ley de Amparo impone a los juzgadores federales la obligación de establecer los efectos del otorgamiento del amparo y las medidas adicionales para restablecer al solicitante del amparo en el pleno goce del derecho violado. Esto, en consonancia con el artículo 1 de la Constitución Federal, que obliga a todas las autoridades a reparar las violaciones a los derechos humanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ya no tiene el carácter de mero "legislador negativo", es decir, para sólo invalidar leyes inconstitucionales. Se ha convertido en un auténtico tribunal constitucional, encargado de la más amplia protección de la Constitución y los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al interpretar que la obligación de reparación contenida en el artículo 63.1 de la Convención Americana va ligada al deber del Estado de adoptar las medidas necesarias a fin de que no se repitan hechos similares y a contribuir a su prevención.

Nuestra sentencia se quedó corta asumiendo únicamente los efectos tradicionales del juicio de amparo. Se trata, más allá del problema resuelto, de una resolución muy convencional. No debió pasar por alto que introdujo una modificación sustancial en la

política estatal sobre drogas. Como consecuencia de lo anterior y a fin de prevenir la repetición de violaciones a los derechos humanos, como tribunal constitucional teníamos la obligación de identificar y después exhortar a todas las autoridades del Estado a adoptar las medidas necesarias, legales, administrativas y de otra índole, para hacer efectivo el ejercicio pleno de los derechos humanos de los ciudadanos.

La obligación de reparar no debe ser extraña para el Estado mexicano. La Corte Interamericana en todos los casos contenciosos en los que México ha sido condenado, ha ordenado la adopción de medidas de no repetición con el objeto de reparar integralmente el daño causado por las violaciones de derechos humanos. De esta forma, se le ha ordenado a nuestro país modificar la legislación electoral; fortalecer las capacidades institucionales del Estado con la capacitación de funcionarios de las fuerzas armadas sobre los principios y las normas de protección de los derechos humanos; realizar reformas constitucionales y legislativas en materia de jurisdicción militar; fortalecer el funcionamiento y utilidad del marco del registro de personas detenidas en el país y, finalmente, capacitar a operadores de la justicia para que identifiquen, reaccionen, prevengan, denuncien y sancionen el uso de técnicas de tortura.

Tampoco han sido raras en el derecho comparado las resoluciones con efectos mucho más ambiciosos y acordes con la dimensión del problema planteado. No pretendí sostener en modo alguno, que estuviéramos obligados a seguir las prácticas de tribunales constitucionales de otros países. Simplemente quise ilustrar que los conflictos planteados ante este tipo de órganos han generado soluciones como las que nos permite nuestro propio orden jurídico.

Un buen referente es el caso de la Corte Constitucional de Colombia que en un caso de establecimientos carcelarios, situación de la población interna desplazada y el acceso a los servicios de salud, ordenó también medidas para establecer los lineamientos que

permitieran reformar de manera sistémica dichas problemáticas en el Estado colombiano. Este proceder judicial implicó la determinación de acciones reales y concretas ordenadas a las autoridades responsables, en el marco de un proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas.

La resolución debió atender dos dimensiones de los efectos y las medidas propios de la concesión del amparo. La primera correspondía al caso concreto, que se traduce en el otorgamiento de una autorización administrativa específica para cuatro individuos. La segunda era mucho más relevante; debimos emitir una sentencia exhortativa de carácter estructural que posibilitara la creación de una política pública integral en materia de drogas.

## EFECTOS ADICIONALES EN EL CASO CONCRETO

La sentencia debió tratar de modular la actuación de la Cofepris. No haberlo hecho así implicó dejar a la autoridad con un amplio margen de discrecionalidad que, incluso, podría poner en dificultades el total cumplimiento de lo que se ordenó en la sentencia.

Al respecto, es importante hacer notar que la sentencia implica el otorgamiento de autorizaciones que, hasta ese momento, la Cofepris no podía conceder por no estar reguladas de manera expresa en sus facultades. Por eso era necesario señalar en el fallo los lineamientos generales que podría seguir la autoridad, relativos a autorizaciones, certificados y vigilancia sanitaria. Desde mi punto de vista, sólo así se hubiera logrado reparar de manera efectiva a los quejosos en el goce de sus derechos al dotarlos de un marco jurídico certero que satisfaga la seguridad pública.

## PROPUESTA DE SENTENCIA CON CARÁCTER ESTRUCTURAL

La Suprema Corte debió exhortar a todas las autoridades del Estado mexicano involucradas en la política pública nacional en materia de drogas a revisar el modelo prohibicionista a fin de replantear el marco normativo para evitar la violación de los derechos humanos de los gobernados y enfocar el problema desde el punto de vista de la salud pública integral, así como para ajustar todo el esquema de la prohibición sancionada penalmente al de la legalización regulada bajo los parámetros generales de la salud pública y la protección de los derechos humanos de los consumidores y no consumidores.

Por ejemplo, debía considerar la modificación de la Ley General de Salud, con el fin de permitir el uso lúdico de la marihuana y adecuar con particular relevancia que las acciones de siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte de la marihuana para fines lúdicos o recreativos no pueden estar sujetas a los límites estrictos de la cantidad (5 g) establecida en la tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato, prevista en el artículo 479 de dicha ley. En caso de que en el nuevo marco legal se estimara necesaria la tramitación de una autorización para realizar estas actividades se requeriría también revisar los artículos respectivos en la ley.

También se debió exhortar al Congreso para que modificara los artículos 194, 195 y 195 bis del Código Penal Federal, para incorporar la delimitación de las conductas que comprenden el uso lúdico y recreativo de la marihuana (siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte) a fin de que no puedan ser considerados delitos. En la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se debería modificar el artículo 2 para hacer congruente el sistema normativo penal e incluir como excluyente de delito el uso de la marihuana para fines lúdicos.

Convendría también, ahora que la Suprema Corte ya ha fallado los cinco precedentes necesarios para integrar jurisprudencia (los últimos dos de ellos, el pasado 31 de octubre de 2018) considerar la expedición de una ley propia para regular las actividades de estas

sustancias, en la que se determinen cuestiones como la cantidad de plantas de *cannabis* que una persona puede sembrar o los espacios en que se puede llevar a cabo el consumo.

Adicionalmente, se debería eliminar, como requisito para que un condenado a prisión alcance el beneficio de libertad anticipada, el compromiso de no consumir marihuana.

También debimos exhortar a la Cámara de Diputados para que, en el Presupuesto de Egresos de la Federación, asegurara las medidas presupuestarias para incrementar los recursos necesarios a las autoridades competentes en materia de prevención y control de adicciones.

De igual manera, se debió exhortar al Poder Ejecutivo Federal y a su Administración Pública para que elaborara un programa nacional en el que se fijaran objetivos, metas, estrategias y prioridades de una política pública integral en materia de drogas.

Así, la Secretaría de Salud podría elaborar el anteproyecto de presupuesto para la prevención y el combate de las adicciones; expedir las normas oficiales mexicanas en materia de regulación, control y fomento sanitarios de la producción para el autoconsumo de la marihuana y vigilar su cumplimiento; proponer políticas de prevención y promoción de la salud necesarias para combatir las adicciones; coordinar el desarrollo de los Centros Nacionales para la Prevención y Control de las Adicciones y emitir las normas para la evaluación de su desempeño; así como instrumentar, supervisar y evaluar las estrategias de comunicación social, materiales didácticos y metodologías para la capacitación del personal que operará los programas sobre adicciones.

El Consejo de Salubridad General podría emitir las disposiciones generales y las medidas que rediseñen la estrategia integral de prevención, consejería, tratamiento y control de adicciones, en especial las referentes al consumo de la marihuana, desde el ámbito de la salud pública.

La Secretaría de Educación Pública podría evaluar, en coordinación con la Secretaría de Salud, la inclusión en los programas académicos de información detallada sobre el consumo de drogas y sus riesgos, así como sobre la prevención de las adicciones, además de realizar campañas de sensibilización sobre los riesgos y daños asociados con el consumo de drogas.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podría tomar en especial consideración el proyecto de presupuesto que le envíe la Secretaría de Salud.

La Secretaría de Relaciones Exteriores podría analizar los efectos que el cambio en la política nacional de drogas pudiera llegar a tener en el ámbito del sistema de fiscalización internacional de estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas.

La Procuraduría General de la República y demás autoridades encargadas de la administración de justicia podrían realizar una revisión de las investigaciones y los procesos penales en trámite, así como de los procedimientos de ejecución de penas impuestas por la comisión del delito contra la salud, que implique estrictamente la siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte de la marihuana para fines lúdicos, lo que permitiría establecer la procedencia del no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, el sobreseimiento de causas penales o extinción de sanciones.

Finalmente se debió exhortar a las autoridades estatales, de la Ciudad de México y municipales, a adecuar sus normas jurídicas, planes, programas y presupuestos, a la realización de las acciones necesarias para regular, en el ámbito de sus competencias, lo necesario para hacer eficaz la política nacional sustentada en el paradigma de la salud pública y no en el de la criminalización.

Como última reflexión, quiero mencionar que si en contra de lo que ha sido la experiencia internacional, esta Suprema Corte dio un paso tan grande para lograr la legalización de las drogas, hubiera sido deseable ser igualmente previsores y responsables para generar

una sentencia de la misma magnitud, dada la jerarquía de jueces supremos de la nación.

# PARTE IV

10

# La mamá, el papá y la distancia

## Restitución internacional de menores

La tarea de impartir justicia coloca con mucha frecuencia a los jueces ante la necesidad de adentrarse en las pasiones humanas, a partir del conocimiento de casos concretos que llegan a los tribunales. La resolución de los casos nos obliga a documentarnos sobre los resortes que motivan a una persona a actuar en situaciones extremas.

Una madre de familia, en un acto legítimo de supervivencia, puede tomar un avión con sus hijos y viajar a otro país con el objetivo de ponerse a salvo de las agresiones del esposo. Nadie podría reprocharle esa acción cuando la integridad física y emocional, tanto de los pequeños como de ella, están en peligro. Sin embargo, ¿quién nos asegura que esa medida es la mejor para los niños? Ésta y otras circunstancias deben revisarse con detenimiento.

Un caso de esa naturaleza se discutió en la Primera Sala en 2014 y fue un asunto que despertó enorme interés en los medios de comunicación y en la opinión pública, pues en el centro del conflicto estaban dos niños extranjeros que eran disputados por sus padres, una residente en México y el otro en España.

De un lado estaba la madre, que un día tomó a sus dos hijos y salió de su país para trasladarse a México. Del otro lado estaba el esposo, quien recurrió a vías diplomáticas y jurídicas para exigir la restitución de sus hijos.

En este asunto, la Suprema Corte estaba llamada a determinar cuándo es posible negar la restitución de los menores con fundamento en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en lo sucesivo "Convenio sobre Sustracción de Menores"), a la luz del interés superior del menor.

La Primera Sala de la Suprema Corte anuló la sentencia de un Tribunal Colegiado que ordenaba la restitución de los niños a su padre, con el argumento de que el tribunal no había analizado la totalidad de las circunstancias y los elementos para valorar debidamente, y conforme al interés superior de los menores involucrados, si se actualizó un riesgo grave en su restitución inmediata.

## ANTECEDENTES

Baleares son unas islas españolas ubicadas al oriente de la península ibérica, en el mar Mediterráneo. Ahí vivían en matrimonio Mariela y Adolfo, con dos hijos: el mayor nacido en octubre de 2008 y el más pequeño en septiembre de 2010.

Lamentablemente hubo problemas de violencia. El 28 de septiembre de 2011, la mujer acudió a la Guardia Civil para denunciar a su cónyuge por haberle quemado el brazo derecho con la plancha, además de que anteriormente ya había ejercido reiteradamente violencia psicológica sobre ella.

Posteriormente, el padre contó que ésa fue la última vez que vio a sus hijos y a su esposa, quien dos días después le había llamado

para informarle que estaba en México con los niños.

En Nayarit, Mariela denunció penalmente a su pareja por los delitos de maltrato y violencia familiar y, en la vía civil, demandó la disolución del vínculo matrimonial, la pérdida de la patria potestad, guarda y custodia, y el pago de una pensión alimenticia a favor de sus hijos.

El juez civil nombró tutor dativos de los niños a la Procuraduría Auxiliar de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado de Nayarit, además determinó la custodia provisional a favor dela madre y una pensión alimenticia provisional de 15 mil pesos mensuales.

El padre solicitó desde España el regreso de los niños, en apego al Convenio sobre Sustracción de Menores. Por esas fechas, los infantes contaban con dos años y un año de edad, respectivamente.

A través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el juez recibió el exhorto internacional. Además, le solicitó a Mariela que se presentara en el juzgado en compañía de sus hijos y ordenó que se les hiciera una valoración a la madre y a los niños para saber si resultaba sano que los menores fueran devueltos con su padre a España y permanecieran alejados de su madre.

Tras analizar los elementos disponibles, el juez determinó negar la restitución de los menores de conformidad con el artículo 13 del Convenio sobre Sustracción de Menores, pues consideró que la restitución de los menores podría causar un daño en su salud psicológica, por lo que sólo fijó un régimen de convivencia con el padre.

Adolfo promovió un juicio de amparo directo. El Tribunal Colegiado que conoció del juicio, ordenó la inmediata restitución de los menores con su padre, considerando que, hasta ese momento, no se podía afirmar de manera inequívoca que se hubiera actualizado la excepción prevista en el artículo 13 del Convenio sobre Sustracción de Menores, toda vez que de las pruebas aportadas no se podía concluir que existieran malos tratos, violencia familiar o cualquier situación peligrosa para los menores.

Inconforme, la madre de los niños le solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que revisara su caso, dada la interpretación que había hecho el Tribunal Colegiado del Convenio sobre Sustracción de Menores, así como del artículo 4 constitucional.

## Las consideraciones de la mayoría

En primer lugar, la mayoría de ministros reconoció que en el caso no se había seguido la directriz de resolver los procedimientos de restitución de menores de forma pronta y breve, pues la solicitud de restitución fue presentada en noviembre de 2011 y en septiembre de 2014 todavía no existía una decisión final. Sin embargo, decidió devolver el asunto al Tribunal Colegiado a fin de que dictara una nueva sentencia, pero ahora tomando los lineamientos dados por la Suprema Corte, pues en la anterior no se habían tomado las medidas necesarias para proteger el interés superior de los menores involucrados.

Para llegar a tal conclusión, estimaron que no bastaba la mera presentación de la solicitud de restitución internacional de menores para que fuera procedente, sino que la autoridad correspondiente debía cerciorarse de si el regreso de los menores a su lugar habitual de residencia resultaba conveniente a sus intereses. De advertir la configuración de un riesgo o peligro, sin duda se debe negar la restitución del menor.

En el caso concreto y a juicio de la mayoría, el Tribunal Colegiado debió considerar las diversas denuncias por violencia familiar interpuestas por la madre y verificar si esa situación representaba o no un riesgo para los niños en el caso de su restitución.

Además, determinó que se debía garantizar el derecho de participación en el procedimiento de los menores sin importar su corta edad, pues anteriormente se había determinado que en ese

tipo de casos el juez familiar debía escuchar a un representante de los niños diferente a sus padres a fin de recabar su opinión.

Asimismo, la mayoría consideró que aun cuando en el caso la solicitud de restitución se presentó a los dos meses de la sustracción, ello no era obstáculo para analizar si los menores ya se habían integrado a su nuevo entorno familiar, dada la tardanza del proceso, conforme al artículo 12 del Convenio para Sustracción de Menores.

Lo anterior, para proteger el interés superior de los menores, considerando que podrían ya haber estado integrados debidamente en México dado que ya habían pasado el mayor tiempo de su vida en este país: el mayor salió de su país cuando tenía dos años con 11 meses y al momento de la sentencia ya tenía cinco años y 10 meses; el más pequeño tenía un año de edad al llegar a México y para julio de 2014 ya tenía tres años con once meses.

Con estos razonamientos, la mayoría de los ministros revocó la sentencia para que el Tribunal Colegiado emitiera una nueva en la que resolviera el problema planteado atendiendo a los lineamientos del fallo.

## LAS RAZONES DE MI VOTO EN CONTRA

Debo empezar diciendo que en aquella ocasión coincidí con la decisión de la mayoría en el sentido de que no bastaba con la mera presentación de la solicitud de restitución internacional de menores para otorgarla automáticamente, sino que la autoridad correspondiente debía cerciorarse si el regreso del menor a su lugar habitual de residencia era conveniente.

Sin embargo, lo que no compartí fue la interpretación de los artículos 12 y 13 del Convenio sobre Sustracción de Menores propuesta por la mayoría para resolver el asunto.

Me pareció que la sentencia no logró establecer lineamientos precisos y claros de cómo y cuándo operan las excepciones para la restitución de los menores y temo que en este caso, desafortunadamente, se haya desdibujado el interés superior de los niños involucrados.

El punto de partida debió ser el reconocimiento de que el Convenio sobre Sustracción de Menores es, ante todo, un tratado de cooperación entre países que pretende evitar los traslados y retenciones ilícitas de menores mediante la colaboración estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados parte. Esta naturaleza no está en contravención a los mecanismos de protección a la infancia, sino que es un elemento más del sistema internacional para su protección. De ahí que nunca puedan interpretarse las obligaciones previstas en este tratado internacional en un sentido opuesto al interés de las niñas y los niños involucrados.

Es verdad que ningún artículo del Convenio contiene una mención explícita al interés superior del menor como criterio rector del tratado. Sin embargo, eso no implica ignorar el paradigma de la obligación de todas las autoridades de velar por el bienestar de los niños al resolver los problemas que les afectan. El propio preámbulo establece que los Estados firmantes declaran estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia"; así como "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos".

En la sentencia se reconoció que la finalidad última del Convenio era proteger los intereses del menor, que al haber sido sustraído de su residencia habitual es el que resiente en mayor medida los perjuicios de tal acción, pues se ve obligado a adaptarse a las nuevas condiciones culturales e incluso climáticas del país al que ha

sido trasladado, asumiendo una nueva educación, nuevas amistades y, en ocasiones, hasta un nuevo idioma.

No obstante lo anterior, me parece que la decisión mayoritaria mermó el espíritu de confianza mutua entre países en el que se inspiró el Convenio, cuando interpretó de forma tan amplia las excepciones aplicables a la restitución previstas en él.

Son tres las cuestiones de la resolución que consideré entraron en conflicto con los objetivos convencionales: *1)* los criterios para tener por probado un alegato de violencia doméstica que sirva para fundamentar la excepción a la restitución; *2)* los alcances del derecho de participación del menor durante el procedimiento, y *3)* la interpretación propuesta del artículo 12 del Convenio sobre la integración del menor al nuevo entorno como excepción a su restitución. Desarrollo cada una.

## ¿Quién y cómo prueba la violencia doméstica?

Sabemos que los dos objetivos del Convenio —uno preventivo y otro destinado a lograr el retorno inmediato del menor a su entorno de vida habitual— responden en su conjunto a una concepción determinada del "interés superior del menor". En este contexto, el propio acuerdo reconoce que el traslado de una niña o un niño puede estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ello, el Convenio establece ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita.

En la sentencia se analizó el supuesto previsto en el artículo 13 del Convenio, referente a la excepción a la restitución cuando se advierta la existencia de un grave riesgo o que se exponga al menor a un peligro físico o psíquico, o en general a una situación

intolerable. En el análisis se concluyó que el Tribunal Colegiado no había valorado todas las pruebas para verificar el riesgo que sufrirían los menores con su restitución inmediata; entre ellas, no había considerado "la alegada violencia familiar por parte de la madre".

Considero que esto no fue así. El Tribunal Colegiado abordó de frente el planteamiento sobre la violencia doméstica y valoró las diversas pruebas para concluir que con las meras denuncias realizadas por la madre "no se puede afirmar de manera inequívoca que se evidencia la actualización de la excepción referida". Es decir, el tribunal no encontró evidencia suficiente sobre las agresiones denunciadas por la madre ni se pudo determinar en qué medida esos actos de violencia ponían en riesgo a los dos hijos de la pareja.

Pareciera que lo que estuvo detrás de la decisión de la mayoría de mis compañeros ministros fue no compartir los criterios del Tribunal Colegiado para decidir si estaba probada o no la violencia familiar. Aquí debemos preguntarnos entonces, ¿cuáles deben ser los lineamientos para probar esas acusaciones en relación con la excepción que establece el Convenio?

Todos sabemos que la violencia doméstica es una cuestión compleja que requiere un enfoque preciso y perspectiva de género. La Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio sobre Sustracción de Menores ha identificado un incremento considerable en el número de casos en los que se alega violencia doméstica como excepción a la restitución, por lo que es indispensable establecer lineamientos claros sobre el alcance y la naturaleza de la evidencia necesaria para probar este tipo de alegatos, para los cuales no basta la simple acusación, sino que el nivel de prueba requerido deber ser el apropiado.

A mi parecer, la persona que se lleva al menor tiene el deber de probar las alegaciones, sin que esto sea obstáculo para que las autoridades investiguen más profundamente con tal de asegurar la protección del niño. El juez debe analizar las pruebas sustanciales y convincentes, pues se trata de situaciones de riesgo intolerable,

actual y comprobable por la autoridad en su contacto con el menor y, debe desechar aquellas pruebas basadas en hipótesis o conjeturas. También debe tener presente que la cuestión a evaluar por la autoridad correspondiente es la existencia de un riesgo de grave peligro físico o psíquico, no la valoración sobre la violencia misma o la decisión sobre a quién debe otorgarse la custodia del menor.

Por lo tanto, si bien no puede exigirse que la evidencia sobre violencia sea concluyente —pues ello sería demasiado gravoso para la posible víctima que puede encontrarse en un grado significativo de vulnerabilidad—, la prueba debe ser clara y objetiva, de lo contrario, la excepción se convertiría en la regla general.

En el caso en concreto, ninguno de los peritajes, en mi opinión, mostraba una relación entre los menores y su padre que significara un riesgo físico o psicológico para los niños, sin que el hecho de que la madre hubiese denunciado tanto en España como en México al padre por violencia familiar fuera evidencia sustancial y convincente de que efectivamente se hubiera registrado un trato violento.

La exigencia no podía ser una sentencia que hubiera condenado al padre de los menores por violencia doméstica (ello elevaría en exceso el nivel de prueba razonable, poniendo en peligro la propia protección a los niños), pero la exigencia tampoco podía ser tan laxa como para permitir que una acusación por sí misma, sin otros elementos de prueba, legitimara que la madre se hubiera llevado a los niños violentando los derechos de custodia tanto del padre como de los menores.

Desde mi punto de vista, el Tribunal Colegiado sí valoró todos los elementos aportados y concluyó que no se había logrado "probar", en el sentido que ya se explicó, la violencia familiar.

## ¿Los niños tienen derecho de ser escuchados?

Coincidí con mis compañeros ministros en que los menores involucrados en el juicio tenían el derecho de participar y ser escuchados por la autoridad correspondiente. También coincidí en que para garantizar su derecho de acceso a la justicia de forma completa, sería conveniente que por su corta edad (cinco y tres años) pudieran participar mediante un representante imparcial que los auxiliara durante el procedimiento.

Sin embargo, en la sentencia nunca se precisó algo que me parece central: la participación de los menores no supone la admisión automática y mecánica por el juez de los deseos del niño. El juez, frente a la obligación de escuchar a los menores y tomar en cuenta su opinión al momento de resolver, aún guarda su poder para examinar las opiniones de acuerdo con la edad y madurez de los niños; una conclusión contraria implicaría dejar la resolución en manos del menor, lo que a todas luces constituiría un absurdo.

## La integración al nuevo entorno

Uno de los aspectos más problemáticos de la decisión de la mayoría fue la interpretación del artículo 12 del Convenio. Según mis compañeros ministros, resultaba posible considerar que los menores ya estaban integrados debidamente en México por el transcurso del tiempo.

Me parece que de una interpretación literal del artículo 12 del Convenio, la excepción para negar la restitución del menor consistente en que el niño ya se haya integrado en su nuevo entorno, se puede utilizar únicamente cuando el procedimiento de solicitud de restitución hubiera iniciado después de un año desde el momento en que se produjo el traslado o la retención ilícitos.

Esta hipótesis no se dio en el caso concreto toda vez que la solicitud de restitución internacional de los menores se presentó a

los dos meses de la sustracción. En consecuencia, me pareció indebido y contrario al tratado internacional que se haya tomado en cuenta este factor para "poner en entredicho" la restitución de los niños.

Esto generó como consecuencia que se aceptara un acto ilícito por el mero paso del tiempo, en clara vulneración de los derechos de custodia tanto del padre como de los menores. Pareciera que basta con sustraer ilícitamente a los menores por suficiente tiempo para no tener que cumplir con la ley.

Se afirmó en la sentencia que deberá cuestionarse la restitución si con ello se afecta la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones afectivas, por ser aspectos que inciden directamente en la estabilidad emocional del infante. No estuve de acuerdo.

Los jueces debemos ser especialmente cautelosos de no desvirtuar el fin perseguido por la convención justificando el no retorno con argumentos en relación, no ya con el peligro grave, sino con el bienestar del niño en su nueva residencia. Si se hace, se estaría confundiendo el procedimiento de restitución con el de guarda y custodia.

En suma, soy de la opinión de que la mera invocación genérica del beneficio del niño o del cambio de ambiente no basta para configurar la situación excepcional que permitiría denegar la restitución con base en el Convenio sobre Sustracción de Menores.

Por las razones antes expuestas, disentí respetuosamente del criterio de mis compañeros ministros.

11

# Presunción no es percepción

## Los alimentos a debate

En 2012, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo que resolver una contradicción de tesis entre dos Tribunales Colegiados para determinar si para el otorgamiento de la pensión alimenticia solicitada por una esposa a su pareja existía a su favor la presunción de necesitar los alimentos que demandaba y, en consecuencia, era el esposo quien debía destruir esa presunción, o si por el contrario, al no gozar de tal presunción, era la esposa quien estaba obligada a demostrar la necesidad de recibirlos.

En el ámbito jurídico una presunción es la posibilidad de que un hecho se tenga por cierto sin la necesidad de que sea probado. Existen dos tipos de presunciones: la legal y la humana. La legal tiene fundamento, como su nombre lo indica, en la ley. La humana es cuando un hecho se deduce de otros hechos conocidos por el juzgador o en pruebas que aisladamente no demuestran el hecho que se pretende probar, pero que lo hacen probable, de tal modo que al analizar todas las pruebas en su conjunto se permita inferirlo con certeza. Es decir, las presunciones humanas son el resultado de los razonamientos claros y precisos que realiza el juez basado en hechos ya conocidos.

La opinión mayoritaria fue que la esposa que demanda el pago de alimentos a su esposo tenía a su favor la presunción de necesitarlos, siempre que argumentara haberse dedicado preponderantemente al trabajo del hogar o al cuidado y la educación de los hijos.

Yo no compartí las bases argumentativas en que se apoyó la decisión, ni la conclusión alcanzada.

## Antecedentes

En 1978, Alondra contrajo matrimonio con Felipe en Veracruz y tuvieron tres hijos. Alondra se dedicó al cuidado del hogar y de sus hijos, mientras que Felipe trabajaba en una empresa orientada a hacer electrodomésticos. Después de vivir 30 años juntos, Felipe decidió irse de la casa, pues dijo que ellos ya no tenían nada en común y dejó de aportar dinero para los alimentos, ropa y medicinas de su esposa.

Alondra demandó a Felipe para que le pagara una pensión alimenticia, argumentando que ella se había dedicado siempre al hogar y a sus hijos, sin haber tenido la oportunidad de acumular bienes y debido a su edad no había podido encontrar trabajo. El juez ordinario determinó que le correspondía una pensión alimenticia del 15% del sueldo de su esposo.

Felipe presentó un recurso de apelación, en el cual se confirmó la sentencia anterior. Ante esto, promovió un juicio de amparo en el que obtuvo una victoria parcial, pues el Tribunal Colegiado ordenó que se volviera a dictar una nueva sentencia en la que se analizara si Alondra había presentado pruebas suficientes para establecer su necesidad de solicitar alimentos a su esposo, pues fue ella quien debió ofrecer todas las pruebas posibles para demostrar sin lugar a

dudas sus circunstancias personales, ya que la ley no establecía la existencia de presunción alguna a su favor.

El caso de Brenda y Ernesto fue muy similar: Brenda dedicada al hogar y a los hijos, mientras que Ernesto ejercía la medicina.La única diferencia esencial es que el juicio de amparo lo resolvió un Tribunal Colegiado diferente, el cual dio una respuesta opuesta a la del otro Tribunal. En este caso se determinó que cuando la esposa demandara los alimentos a su marido, ella tenía a su favor la presunción legal de necesitarlos y, en consecuencia, era al esposo a quien le corresponde probar que no existe necesidad de darle una pensión, lo cual podría ocurrir si demostraba contundentemente que la actora cuenta con una fuente de trabajo o que tiene bienes que le generan ingresos para sufragar sus necesidades alimentarias.

Fue así que la labor de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación era determinar cuál criterio debía prevalecer.

## Bases argumentativas

En la sentencia emitida por la Primera Sala se estableció que no había una presunción legal que implicara que la mujer tenía derecho a recibir una pensión alimentaria por el simple hecho de acreditar ser la esposa del demandado. Sin embargo, se concluyó que sí existía una presunción humana a favor de la esposa, sobre la necesidad alimentaria, cuando su solicitud se apoyara en que se dedicó mayormente al trabajo del hogar o al cuidado y la educación de los hijos y que como consecuencia no tuviera bienes o no tuviera los suficientes para satisfacer sus necesidades alimentarias, ya que no está en condiciones de trabajar o de encontrar un trabajo remunerado por su edad o por las enfermedades que presenta debido a ésta, o porque precisamente al haberse dedicado

preponderantemente al trabajo del hogar no pudo desarrollarse profesionalmente.

Ante tal situación, la presunción tenía como consecuencia que la mujer se libera de la carga de demostrar que necesita alimentos.

Yo no estuve de acuerdo con la presunción humana que se estableció en la sentencia, pues a mi juicio tiene inconsistencias argumentativas que impiden afirmar la validez de la conclusión obtenida.

Para llegar a dicha conclusión, mis compañeros ministros partieron del hecho de que las estadísticas indican que las mujeres dedican más tiempo al trabajo doméstico que los hombres (47.7% contra 17%); de ahí derivaron que existía la presunción humana de que en México la mayoría de las mujeres se dedica mayoritariamente al trabajo del hogar o al cuidado y la educación de los hijos y, posteriormente, con base en ello, concluyeron que cuando la mujer demanda alimentos y asevera necesitarlos porque carece de bienes o recursos para su sustento como consecuencia de haberse dedicado preponderantemente al trabajo del hogar o al cuidado y educación de los hijos, debe presumirse que tal argumentación es cierta.

Sobre ese punto, estimé que tal ejercicio argumentativo tenía algunas inconsistencias en su formulación y que el problema planteado se reducía a determinar quién debía probar qué, siendo que las reglas sobre cargas probatorias aplicadas a cada caso bastarían para resolver la problemática planteada sin necesidad de construir generalizaciones que, desde el derecho, refuerzan estereotipos de género, y además excluyen a un sector específico de la sociedad, concretamente a aquellos hombres que se dedican al hogar y al cuidado y la educación de los hijos.

En otros términos, la solución ofrecida por la mayoría de los ministros generó un trato diferenciado en razón del sexo que, si bien tiene intenciones loables, no está debidamente justificado e, incluso, conlleva efectos no deseados.

En la sentencia se consideró que los resultados de una encuesta sobre uso del tiempo hecha en 2009 llevaban a sostener como una "presunción válida" que "en México la mayoría de las mujeres se dedica preponderantemente al trabajo del hogar o al cuidado y la educación de los hijos".

En esa afirmación se confundió lo que es un indicio (resultados de una encuesta) con lo que es una presunción. El indicio es un medio de prueba que debe ser valorado por el juzgador, mientras que la presunción es la inferencia que hace el juzgador a partir de la valoración de esas pruebas; de ahí que no puedan tomarse como sinónimos o equivalentes como lo hace la sentencia.

Además, los datos estadísticos utilizados no podían considerarse como la "base segura" o "el hecho conocido sin lugar a dudas" que se requería para formular una presunción válida, porque no se indicó su fuente ni la metodología de la encuesta mencionada, además de que el ejercicio argumentativo se redujo a la obtención de una presunción a partir de otra.

Consideré que era importante conocer la muestra, la forma de elegirla, el número de encuestados, sus circunstancias personales, sociales, culturales, etc., no para "presumir" alguna situación específica, sino para conocer si tal informe constituía un indicio débil o un indicio fuerte que ameritara de pocos o de muchos elementos adicionales para que el juez, en un ejercicio de valoración, pudiera obtener alguna presunción humana.

En esa línea de pensamiento, consideré cuestionable afirmar que, cuando es la mujer la que demanda alimentos tiene a su favor la presunción de haberse dedicado al hogar y a los hijos y que esa circunstancia, además de haberle impedido desarrollarse profesional y laboralmente, obstaculiza sus posibilidades de salir al mercado de trabajo para obtener ingresos propios.

En la actualidad los roles tradicionales de los cónyuges han variado por cuestiones económicas, culturales y de otra naturaleza, de manera que hombres y mujeres no sólo colaboran para la

obtención de ingresos económicos para la familia, sino que también ambos participan en las labores del hogar, de manera que esos roles que tradicionalmente se adoptaban han evolucionado.

La encuesta que sirvió de fundamento en la sentencia no daba noticia de lo anterior. Lo que ahí se registró fue el porcentaje del tiempo que los encuestados dedican al trabajo doméstico, al trabajo para el mercado y al uso de medios masivos de comunicación; sin embargo, no se indagó el número de mujeres casadas (o que viven en concubinato) que trabajan en alguna actividad remunerada, ni acerca de varones que se dedican a las labores del hogar y al cuidado y la educación de los hijos. Por ello, en la resolución de este asunto debieron expresarse razones adicionales para privilegiar a un sector de la sociedad por una mera razón de sexo.

Con lo anterior no pretendí desconocer, y quiero ser muy claro en este punto, que en nuestro país, efectivamente, la distribución en las labores domésticas y de cuidado es inequitativa entre los sexos y que las mujeres asumen primordialmente dicha carga. Sin embargo, la cuestión central en este asunto era determinar si existía necesidad alimentaria, misma que debe atender a las circunstancias especiales del caso. Por ello, consideré innecesario (e incluso equívoco) para tomar una decisión recurrir a una estadística y no al caso concreto sometido a consideración de un juez.

También fue de gran trascendencia la conclusión de que, cuando la necesidad alimentaria alegada se sustentara en hechos negativos (que el demandante no tiene bienes, no pudo desarrollarse en el ámbito profesional y laboral, etc.), es la contraparte la que debe demostrar lo contrario.

La importancia de esa conclusión fue que mostraba que todo el problema giraba en torno a determinar quién tenía que probar qué, lo que hacía innecesaria alguna regla preestablecida favorable a alguna de las partes, dada la complejidad que presenta cada asunto y que impide formular generalizaciones que dificultan la solución de este tipo de juicios más que proporcionar algún apoyo.

Consideré que para la solución de este tipo de asuntos podía acudirse a las reglas generales sobre las cargas probatorias y aplicar el principio según el cual "lo ordinario se presume, lo extraordinario se prueba"; así como el principio lógico de la prueba, que ante la facilidad de demostrar hechos positivos, pone a cargo de quien formula la exigencia de acreditarlos y libera de ese peso al que expone una negación, dada la dificultad para demostrarla.

Por todo lo anterior, no compartí las argumentaciones dadas en la sentencia ni la conclusión alcanzada por la mayoría porque, insisto, el problema debió circunscribirse a una distribución de cargas probatorias.

## Implicaciones prácticas

Tampoco compartí la decisión final por las implicaciones que conlleva, ya que el criterio propuesto generó una diferenciación basada únicamente en razón del sexo, lo cual implicó un tratamiento jurídico específico que utilizó una de las "categorías sospechosas" contenidas en el artículo 1 de la Constitución Federal. Si bien en algunas ocasiones estas distinciones están plenamente justificadas (piénsese en casos de acción afirmativa o discriminación inversa), tanto el legislador como el juez deben ser especialmente cuidadosos en su elaboración y aplicación.

En el caso concreto, la distinción propuesta era una construcción judicial de un estereotipo de género ("las mujeres se dedican preponderantemente al hogar y por ello necesitan alimentos"). Esto implicó una concepción generalizada sobre los roles culturalmente asignados a cada uno de los sexos.

Es verdad que dicho estereotipo podría estar respaldado por la realidad en términos estadísticos, pero no por ello dejaba de ser una generalización que, desde luego, admite excepciones, cuyo número

se incrementa día con día como resultado de las situaciones económicas, sociales y culturales que obligan a la pareja a colaborar tanto en la obtención de ingresos como a compartir las obligaciones relativas al cuidado del hogar y de los hijos.

Si bien podría sostenerse que dicho estereotipo tiene fines "benignos" o "protectores", en este caso resultó, cuando menos, problemático, ya que perpetuaba, mediante un criterio judicial, una determinada concepción de las mujeres a partir de un rol cultural. En efecto, la posición mayoritaria inscribió en nuestros precedentes una concepción de la mujer-madre-ama de casa que requiere del apoyo de un hombre para subsistir y la transforma en una presunción humana.

¿Se está haciendo realmente un favor a las mujeres con este criterio? La respuesta es no. Si en los últimos años el legislador se ha caracterizado por abandonar las distinciones basadas únicamente en el sexo, precisamente con la intención de suprimir del derecho conceptos estereotípicos sobre los roles de hombres y mujeres, ¿por qué construirlos desde instancias judiciales cuando puede acudirse a las circunstancias especiales de cada caso concreto?

Un segundo aspecto problemático en el criterio mayoritario fue que dejó invisibilizados a los hombres que se dedican preponderantemente al hogar, al punto de ser discriminados. ¿Existen razones válidas para ello? La sentencia no mencionó una sola.

En suma, consideré que no era aceptable generar presunciones que pueden no tener validez en todos los casos por las circunstancias que los rodean, sobre todo cuando, como en el caso referido, bastaría acudir a las reglas generales sobre cargas probatorias para tomar una decisión de acuerdo con los escenarios y las situaciones particulares de cada caso, lo que favorece a los derechos de equidad procesal y acceso a la jurisdicción.

12

# Contra la discriminación en el divorcio

## La preferencia maternal en la custodia

El papel de la madre es altamente valorado por la gran mayoría de los mexicanos. Conozco a poquísimas personas que no tienen alguna historia que contar sobre el esfuerzo y la dedicación que ponen las madres en la crianza y formación de los integrantes de la familia, lo mismo en la transmisión de valores y el sustento económico del hogar. Sin embargo, a pesar de ese rol ampliamente reconocido, considero que es incorrecto afirmar que, de origen, las mujeres están mejor capacitadas que los hombres para hacerse cargo de un hijo.

Imaginemos a un chico de 10 años cuya pasión es el futbol. Ambos padres apoyan la inquietud del niño y, en la medida de sus posibilidades, lo acompañan a sesiones de entrenamiento y partidos. Ambos son amorosos, apegados al menor, están al pendiente de sus estudios, de su salud física y emocional, y ninguno ejerce violencia. Los padres perfectos.

Pero un día, por diferencia entre ellos deciden divorciarse y como viven en Nayarit, la ley señala que el niño tiene que quedarse con la madre.

Pero, ¿qué pasa si el niño se siente más cómodo con el padre? El padre comparte su afición por el futbol, mientras que la madre prefiere el futbol americano. No es que la madre implique un riesgo, al contrario, es cariñosa y está al pendiente de las necesidades de su pequeño. Sin embargo, con el papá se divierte más y se siente más motivado cuando es su padre quien lo ayuda a hacer las tareas escolares. Siguiendo el principio que ordena privilegiar el bienestar del niño, ¿vale la pena estudiar las peculiaridades de este caso específico o debemos acatar la ley local a rajatabla para decidir con quién se queda el niño?

Como argumentaré más adelante, las objeciones a las leyes que dan preferencia a la madre para quedarse con la guarda y custodia de los hijos en caso de un juicio de divorcio, no están motivadas por ese pequeño porcentaje de mujeres que pudieran salirse del concepto que la mayoría tenemos de las madres entregadas, sino por hacer efectivo el principio de anteponer los intereses del menor y cumplir a cabalidad el artículo 1 de la Constitución Federal, el cual señala con claridad que quedan prohibidas las prácticas de discriminación por motivos de género.

## ANTECEDENTES

En 1998, Martha y Jorge se conocieron en la Ciudad de México mientras estudiaban el bachillerato, después se hicieron novios y un año después se casaron. En el año 2001 nació su primer hijo y un par de años después tuvieron una niña. Sin embargo, comenzaron a tener diversas peleas, porque tenían distintas visiones sobre la organización del hogar, la educación de sus hijos y el control de gastos que realizaban, así como por la existencia de problemas emocionales de ambos. Por ello, acudieron a diversas terapias sin encontrar una solución. Debido a que sus problemas sólo seguían

agravándose, Jorge se mudó de su domicilio y un poco después Martha empezó a salir con otra persona.

En 2009 Martha y Jorge solicitaron la disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, estableciendo en su respectivo convenio que la guarda y custodia sería ejercida por la madre. Además fijaron un régimen de convivencia según el cual Jorge podría convivir con sus hijos el día que deseara entre lunes y viernes, siempre que diera aviso con 24 horas de anticipación, para no interrumpir sus labores escolares, y la convivencia en fines de semana sería alternada.

Dado que el hijo mayor empezó a tener demasiados problemas con su madre, ambos niños se fueron a vivir a la casa de su padre. Por ello, Jorge le pidió a un juez que modificara el convenio al que habían llegado y solicitó se le decretara la guarda y custodia a su favor, además de cancelar la pensión alimenticia que le estaba pagando a Martha.

En 2010, antes de que el juez tomara una decisión, Martha y Jorge acordaron que el hijo viviría con su papá y la hija con su mamá.

Fue en 2012 cuando el juez dictó su sentencia en la que determinó decretar la guarda y custodia de los menores a favor del padre, toda vez que el hijo mayor tenía una relación conflictiva con su madre, lo cual le generaba sentimientos depresivos. Además, estimó que resultaba benéfico para la hija estar junto con su hermano, lo cual se traduciría en un entorno de mayor estabilidad para ambos, por lo que ordenó que la entrega de la menor debía realizarse en forma gradual, a efecto de que la reincorporación al núcleo familiar de su padre fuera menos drástica y fuera recuperando paulatinamente los lazos de afinidad con él.

En apelación, se determinó que lo mejor para la niña era estar con su padre, por lo que su entrega debía ser en forma inmediata y no paulatina como había determinado el juez de primera instancia.

La madre promovió un juicio de amparo en el que argumentó que el artículo 282 del Código Civil para el entonces Distrito Federal, ahora Ciudad de México, establecía que a falta de acuerdo entre los padres, los menores de 12 años deberán quedar al cuidado de la madre, sin que se actualizara ninguna de las dos excepciones que establece el propio artículo consistentes en que la madre sea generadora de violencia familiar o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.

El juez de distrito determinó que si bien era aplicable el artículo 282 referido, lo cierto era que dicha disposición era contraria a la Constitución y a la Convención sobre los Derechos del Niño, pues al establecer una preferencia absoluta a favor de la madre, vulneraba el principio del interés superior del menor, ya que impedía tomar en consideración todos los elementos y las circunstancias que permitirían tener una mayor certeza sobre cuál es el escenario más benéfico para los menores.

Martha solicitó se revisara esa decisión y al estar en relación con la inconstitucionalidad de un artículo, lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de confirmar la sentencia. Aunque utilizó razones distintas a las expresadas por el juez de distrito, al sostener que el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal sí era acorde con la Constitución si se interpretaba en el sentido de que la preferencia materna no debía entenderse de manera literal y excluyente en forma automática de la figura paterna o de otros familiares, sino que la decisión respectiva debe estar siempre orientada por el interés superior de la niñez. En la sentencia se recuperaron las consideraciones expresadas en casos anteriores. Así, se sostuvo que:

> resulta innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre, no sólo por las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino —y como lo han ido desarrollando diversos

> especialistas en la materia a nivel internacional—, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro.

Por ello —afirmó la mayoría— resulta válido que el legislador opte por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor, aunque "este tipo de normas no deben ser interpretadas en función de un estereotipo en el que la mujer resulte [sin más] la persona más preparada para tal tarea".

En este contexto, la mayoría estimó que el ordenamiento jurídico no podía establecer una presunción de idoneidad absoluta a favor de alguno de los padres, pues en principio tanto la madre como el padre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos. Así concluyeron que el juez debía tomar la decisión sobre la guarda y custodia únicamente atendiendo al interés superior del menor, valorando las circunstancias especiales en cada caso concreto y atendiendo no sólo al menor perjuicio que se le pudiera causar, sino al mayor beneficio que se le pudiera generar.

Ahora deseo exponer las razones por las cuales diferí de la solución ofrecida por mis compañeros ministros en este asunto. Más aún, cuando mi posición sobre la constitucionalidad de disposiciones que establecen la preferencia maternal en la custodia no ha permanecido estática, pues actualmente existen nuevos elementos (como son la evidencia científica y la experiencia de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de los criterios anteriores) que orientan mi postura en el sentido de que este tipo de preceptos son contrarios a la Constitución Política de la Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, estimé que el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal vulneraba el principio del interés superior de la niñez y el derecho a la igualdad y por ello era inconstitucional.

## CHOQUE DE PERCEPCIONES

La controversia sobre la preferencia de la madre para hacerse cargo de los hijos es un ejemplo claro de cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación —y en general las instituciones encargadas de impartir justicia— tiene que estar preparada para modificarla interpretación de las normas. Los patrones culturales cambian, lo mismo que las dinámicas familiares, y esto desde luego impacta al derecho.

En los años ochenta, por ejemplo, se asumía que la madre era "la más capacitada para atender a los hijos con eficacia, esmero y cuidado necesarios", y se justificaba tal criterio en la "realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional". Actualmente, este razonamiento se ha modificado de tal manera que hoy se defiende su constitucionalidad mientras no se interprete con base en estereotipos.

La relevancia del asunto es palpable. En la época actual hay 14 entidades federativas (Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Puebla, Sinaloa, Sonora y Tabasco) que tienen prevista en sus ordenamientos civiles la regla de preferencia materna para la custodia de los hijos.

### *I) El peso de la cultura*

Me pareció que en un contexto sociocultural en el que prevalecía la concepción de que la mujer es más apta y capacitada para el cuidado de los niños, la Suprema Corte había sido renuente a cuestionar una regla cuyo origen está profundamente enraizado en la sociedad mexicana, es decir, nuestro análisis constitucional se ha visto empañado en buena medida por nuestras propias experiencias

y convicciones, las cuales, obviamente, no están dadas en el vacío, sino en un entorno cultural específico.

La justificación inicial de tal regla fue la supuesta idoneidad biológica y moral de las mujeres para el cuidado de los niños. Tiempo después se aludió a la realidad social y las costumbres imperantes del país y, finalmente —como sucede en el asunto que analizamos—, se pretendió defender su constitucionalidad a través de una "interpretación conforme", que tuvo como consecuencia suprimir todo valor normativo a la regla proponiendo una lectura contraria al texto literal del artículo.

Lo cierto es que el artículo es una norma que establece una distinción basada en el sexo de la persona, lo que nos obligaba a analizar el artículo con el nivel más riguroso posible. El artículo hace una diferencia basada en una "categoría sospechosa" en términos del artículo 1 de la Constitución Federal, lo que implicaba que se tenía que examinar la finalidad de la norma, el grado de conexión entre la misma y su finalidad, y el grado en que su uso puede considerarse necesario y proporcional para alcanzar ese fin.

Este estudio no se realizó. La mayoría de los ministros optó por aludir a la "doctrina" en torno a la interpretación de las normas sobre la guarda y custodia, a la luz del interés superior del menor, y reconocer "el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida", citando para ello literatura científica, y así justificar la preferencia a la madre en la guarda y custodia de un menor, mientras no se interprete la norma en clave de un estereotipo o idoneidad absoluta.

A partir de lo anterior, la sentencia ordenó realizar una "interpretación conforme" al artículo 282 del Código Civil para la Ciudad de México, de forma que el juzgador adoptara en el caso concreto la decisión que no sólo fuera menos perjudicial, sino la que fuera más benéfica para el desarrollo integral del menor.

A mi juicio, al tratarse de una norma que establece una distinción basada exclusivamente en el sexo, debía haberse analizado con

mucho mayor rigor. El examen implicaba, en primer lugar, conocer la postura científica en relación a si, efectivamente, un menor de edad estaría mejor con su madre que con su padre en caso de que se separaran. Esto, toda vez que si se concluía como falsa la premisa, nuestra obligación como órgano de control de la Constitución Federal era invalidar la regla de preferencia por ser contraria al derecho a la igualdad y al principio del interés superior del menor.

La primera cuestión que debió estudiarse era la siguiente: ¿en el caso de un divorcio de sus progenitores resulta más benéfico para un menor, en términos biológicos, psicológicos y sociales, permanecer al lado de su madre que de su padre?

*II) La evidencia científica*

Confrontado con esta pregunta y consciente de que carecía de los elementos de juicio necesarios para formar mi opinión jurídica al respecto, contacté a la directora general del Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente para que me proporcionara un especialista adecuado para dar respuesta a mis inquietudes.

Cabe señalar que la ley faculta a los tribunales para realizar cualquier diligencia o valerse de cualquier persona, cosa o documento para conocer la verdad, sin limitación temporal alguna, con la sola restricción de no practicar diligencias o agregar pruebas que sean contrarias a la norma. Este aspecto lo vimos ya al considerar el caso del VIH-sida, por ejemplo.

Una investigadora de la máxima calificación dio respuesta al cuestionario que formulé. Se trató de una médica psiquiatra, especialista en niños y adolescentes, coordinadora de la Clínica de la Adolescencia del instituto referido.

El documento en el que se dio respuesta a los cuestionamientos señaló claramente que no existe evidencia biológica para concluir

qué es más benéfico para un menor en el caso de que sus padres decidan separarse, sino que en situaciones de separación, la existencia de un cuidador primario estable y sensible a las necesidades del niño es el principal factor protector, independientemente del género de los padres.

La especialista dio una respuesta precisa y puntual respecto a que, ante los nuevos modelos y las realidades de las familias humanas, no parece posible establecer en términos biológicos una regla de preferencia para la custodia de los menores.

Sin embargo —continuó la psiquiatra—, los estudios muestran que el bienestar de los niños y la aceptación de nuevos patrones de cuidado dependen, al menos en parte, de factores culturales prevalecientes en el lugar y el momento histórico, siendo mayor el peso de la evidencia psicológica de la necesidad de un cuidador primario emocionalmente disponible con quien se ha establecido un apego seguro al menos en los primeros años de la vida.

Así, la especialista destacó que lo más importante para el desarrollo de los niños era la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible a las necesidades del menor, independientemente del género y la relación consanguínea.

Estas conclusiones impactaban radicalmente en la constitucionalidad del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, así como en las disposiciones similares en otras entidades federativas. Si la ciencia médica demostró la imposibilidad de establecer, en automático, una preferencia materna en casos de disputa sobre la guarda y custodia de un menor, entonces la norma no prevé una conexión suficiente para el objetivo que persigue, esto es, el interés superior de los niños. Por el contrario, su existencia pone en riesgo al menor, al establecer una regla que no permite considerar todos los elementos y circunstancias para tener certeza sobre cuál es el escenario más benéfico para él.

Además, al establecer una distinción injustificada en razón del sexo, el legislador incurrió en un acto discriminatorio. En efecto, la

regla de preferencia materna no guarda correspondencia con el interés superior del menor, toda vez que se aplica en situaciones en las que no está justificado que la guarda y custodia se atribuya a la madre, afectando innecesariamente los derechos de un grupo de personas (los hombres progenitores) que son, así, discriminados por la ley examinada.

Por lo anterior, mi opinión era que la disposición que previa la regla de preferencia materna vulneraba el principio del interés superior del menor y el derecho a la igualdad.

*III) El (ab)uso de la "interpretación conforme"*

En la sentencia se reconoció la importancia de que la decisión judicial que atribuya la guarda y custodia de un menor anteponga su interés y bienestar "sin partir de ninguna predeterminación o prejuicio sexista que otorgue privilegios a la hora de ser conferida la responsabilidad de atender y cuidar de los hijos". Sin embargo, de manera paradójica, terminó por sostener la constitucionalidad de una norma jurídica que incurre precisamente en dicha discriminación.

Si a fin de cuentas, de acuerdo con el criterio mayoritario, al aplicar la disposición el juez ha de atender a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo mejor para el desarrollo integral de los hijos, ¿por qué convalidar la constitucionalidad de una regla que se opone expresamente a tal ejercicio?

La sentencia pretendió apoyarse en la técnica de "interpretación conforme" a la Constitución para hacer consistente el artículo 282 del Código Civil para la Ciudad de México con el artículo 4 constitucional que prevé el interés superior del menor. A mi parecer, este proceder fue incorrecto.

El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución consiste en la apreciación de que una ley no ha de ser declarada nula cuando alguna de las interpretaciones que se le puedan dar esté en consonancia con la Constitución. Para ello se aplica una técnica que consiste en determinar las diversas posibilidades de interpretaciones que tiene una norma y se escoge la que está más acorde con la Constitución, rechazando aquellas que la vulneran.

¿Qué presupuesto ineludible tiene la utilización de esta técnica? Que exista, al menos, una posibilidad interpretativa que sea constitucional. El enunciado jurídico consistente en "los menores de 12 años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos", no tiene esta posibilidad interpretativa. No puede leerse de otra manera que como lo que es: una regla de preferencia maternal en la custodia con dos excepciones específicas, que no garantiza el interés superior de la niñez ni respeta el derecho a la igualdad. En este sentido, su inconstitucionalidad no tiene dudas.

La metodología utilizada por la mayoría de los ministros en el asunto que aquí relato no fue recurrir a sus posibilidades interpretativas. No se escogió un sentido normativo dentro de varios posibles, sino que la Primera Sala prácticamente eliminó la fuerza normativa de la disposición e integró una nueva y muy distinta regla para el juzgador y frontalmente contraria a la literalidad del precepto.

Pero la mayoría fue más allá: después de destruir prácticamente la configuración legislativa, ordenó que el juzgador hiciera un "análisis de razonabilidad" sobre las excepciones a la preferencia de que la madre detente la guarda y custodia como son, en la Ciudad de México, la violencia y la puesta en peligro del menor.

¿Es ésta una invitación a no aplicar la configuración legislativa de la guarda y custodia en las entidades federativas? Efectivamente. ¿Por y para qué, entonces, sostener la constitucionalidad de este

tipo de disposiciones? La única respuesta que encontré fue el apego a los roles tradicionales de género que, hoy sabemos, no están respaldados por la ciencia.

La técnica de "interpretación conforme" a la Constitución Federal constituye una herramienta sumamente útil para analizar si una norma es constitucional o no. Sin embargo, su aplicación debe ser clara y escrupulosa, sin que se generen fraudes a la ley o francas tergiversaciones a la obra legislativa.

Recordemos que los operadores del derecho también son ciudadanos, no necesariamente peritos en la materia, que leen en sus códigos ciertas disposiciones y acuden a tribunales a exigir su aplicación. Este caso fue un buen ejemplo de ello. La decisión de convalidar la constitucionalidad del artículo 282 del código en cuestión mediante la técnica de "interpretación conforme" sólo disfrazó la inconstitucionalidad del precepto y dejó "viva" una disposición que genera confusión e inseguridad jurídica.

Más relevante aún es que el cuidado para recurrir a la "interpretación conforme" debe incrementarse cuando las disposiciones analizadas establecen distinciones arbitrarias basadas en "categorías sospechosas". En efecto, optar por la defensa de la constitucionalidad de este precepto, cuando la ciencia ha demostrado la falsedad de sus argumentos base, tiene como consecuencia reforzar el estereotipo de género, según el cual las mujeres están naturalmente mejor capacitadas que los hombres para atender de modo conveniente a los hijos. Esta construcción estereotípica a partir del derecho es justamente lo que el artículo 1 de la Constitución combate. Flaco favor le hicimos a la igualdad de género justificando una norma que se apoya en prejuicios.

En suma, en el presente asunto se debió *1)* aplicar un escrutinio constitucional más estricto al tratarse de una distinción basada en el sexo, *2)* usar la evidencia científica como elemento de juicio y *3)* declarar la inconstitucionalidad de la disposición, en lugar de recurrir

a la técnica de "interpretación conforme". Por estas razones me separé de la decisión mayoritaria.

# Agradecimientos

Quiero agradecer a Penguin Random House Grupo Editorial, el que por vez primera me haya permitido incorporarme a su sello editorial. Esto es para mí un signo de orgullo que, espero, pueda repetirse. Para que los votos se hayan hecho libro, hubo un trabajo editorial muy relevante. En particular, el de Ricardo Cayuela, Antonio Flores Arellano Bernal, Gabino González Santos, Juan Loaeza Viadas, Santiago Oñate Yáñez, Juan Carlos Ortega y Víctor Antonio Sánchez Sepúlveda.

# Este libro muestra uno de los rostros más luminosos de México: el de la pluralidad, la inteligencia y las instituciones.




En los últimos 15 años, México ha librado algunas de sus batallas más importantes… en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahí se han debatido –y definido– los límites a la libertad de expresión, los derechos de los indígenas a juicios justos, las fronteras de la privacidad, la inclusión, el valor de los tratados internacionales e incluso el "derecho a la irreverencia", entre muchos otros.

Y poco a poco, gracias a jueces como José Ramón Cossío, las perspectivas más progresistas han ido ganando terreno.

En esta obra, el exministro explica con sencillez y pasión algunos de los votos más importantes de su carrera: aquéllos en los que discrepó con la mayoría, pero que a la larga permitieron más derechos, más democracia, más pluralidad.

*Voto en contra* revela, así, un país dinámico, vibrante y complejo, en el que la inteligencia y las instituciones pueden librar y ganar las batallas más trascendentes.

**José Ramón Cossío Díaz** (Ciudad de México, 1960) fue ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2003 a 2018.

Es doctor en Derecho por la Universidad Complutense, y su vida profesional se ha dividido entre la docencia, la investigación y el servicio público. Ha escrito 26 libros, coordinado otros 10, compilado siete y dirigido uno. Su vena docente y de divulgador también se evidencia en las columnas que escribe para los periódicos *El País* y *El Universal*.

Entre los premios que ha recibido destacan el Nacional de Investigación 1998, en el área de Ciencias Sociales; el Nacional de Ciencias y Artes 2009, en el Campo de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía; el Nacional de Comunicación José Pagés Llergo en 2010 y en 2017; y el Nacional Malinalli 2011, para la Promoción de las Artes, los Derechos Humanos y la Diversidad Cultural.

**Voto en contra**

Primera edición digital: mayo, 2019

D. R. © 2019, José Ramón Cossío Díaz

D. R. © 2019, derechos de edición mundiales en lengua castellana:
Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. de C. V.
Blvd. Miguel de Cervantes Saavedra núm. 301, 1er piso,
colonia Granada, delegación Miguel Hidalgo, C. P. 11520,
Ciudad de México

www.megustaleer.mx

D. R. © Penguin Random House/Bruno Valasse, por el diseño de cubierta

Penguin Random House Grupo Editorial apoya la protección del *copyright*. El *copyright* estimula la creatividad, defiende la diversidad en el ámbito de las ideas y el conocimiento, promueve la libre expresión y favorece una cultura viva. Gracias por comprar una edición autorizada de este libro y por respetar las leyes del Derecho de Autor y *copyright*. Al hacerlo está respaldando a los autores y permitiendo que PRHGE continúe publicando libros para todos los lectores.

Queda prohibido bajo las sanciones establecidas por las leyes escanear, reproducir total o parcialmente esta obra por cualquier medio o procedimiento así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo público sin previa autorización. Si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra diríjase a CemPro (Centro Mexicano de Protección y Fomento de los Derechos de Autor, https://cempro.com.mx).

ISBN: 978-607-316-417-7

Penguin
Random House
Grupo Editorial

 /megustaleermexico  @megustaleermex

Conversión eBook:
*Mutāre, Procesos Editoriales y de Comunicación*

# Índice

*Voto en contra*
Presentación

Parte I

1. Sentenciado por las reglas de un mundo desconocido
2. La Constitución y los tratados internacionales
3. "¿Sí, bueno?" Mi derecho a la privacidad
4. Retenidos "en vía de mientras"
5. Combate al virus de la discriminación
6. La cátedra que los ministros no impartieron

Parte II

7. La irreverencia de un poeta
8. Los jueces no son policías de las palabras

Parte III

9. La necesidad de pensar en grande

## Parte IV

10. La mamá, el papá y la distancia
11. Presunción no es percepción
12. Contra la discriminación en el divorcio

*Agradecimientos*

Sobre este libro
Sobre el autor
Créditos