¿Existe un constitucionalismo transformador en México? Una reflexión a partir de las sentencias del matrimonio igualitario

David García Sarubbi*

> We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order.
>
> Chaskalson P F en *Soobramoney vs Minister of Health KwaZulu-Natal*
> 1998(1) SA 765 (CC).

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Constitucionalismo transformador y México. 3. Sudáfrica y México: dos casos de sentencias transformadoras. 4. El constitucionalismo transformador frente a una objeción cultural típica.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio igualitario, Tribunal Constitucional, Suprema Corte de Justicia-México.

1. Introducción

En el presente artículo analizo las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de matrimonio igualitario –aquellas que han declarado la inconstitucionalidad de la exclusión de las parejas homosexuales por considerarlas discriminatorias–

* Secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de Derecho constitucional en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

con una perspectiva distinta a la utilizada comúnmente para abordar el tema. No me interesa discutir los méritos de la interpretación constitucional realizada por la Corte para sustentar la irregularidad constitucional de ciertas legislaciones civiles, sino extraer de sus decisiones lo que ésta piensa sobre lo apropiado de la intervención judicial para transformar condiciones estructurales de desigualdad incompatibles con la Constitución. Estas sentencias se han emitido en distintos juicios de control constitucional;[1] sin embargo, el juicio de amparo sigue siendo el medio de protección de derechos humanos más relevante en México.

Así, el objeto de análisis de este artículo son las partes relativas de las sentencias emitidas en distintos juicios de amparo en el tema, relativas al interés legítimo, la justiciabilidad de ciertos daños inmateriales, y la forma de diseñar medidas de reparación, esto es, aquellos aspectos a través de los cuales la Corte afirma su poder para conocer y, en su caso, remediar conflictos sociales que históricamente quedaban fuera del alcance de la justicia; una de las conclusiones relevantes será evidenciar que para la Suprema Corte su poder transformador no se manifiesta de una vez y en definitiva cuando declara que una ley es inconstitucional, sino de manera progresiva a través de distintas estrategias de política judicial y que, detrás de las razones que conforman estas partes de sus sentencias, éstas se encuentra

[1] Por su relevancia para los posteriores pronunciamientos sobre el tema, destaca la acción de inconstitucionalidad 2/2010 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte el 16 de agosto de 2010, por la cual se reconoció la validez de la primera legislación del país que reconoció el derecho de las personas del mismo sexo de acceder al matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. El precedente es relevante, pues sienta el actual entendimiento del concepto de familia en el artículo 4o. constitucional, como uno que no protege una concepción ideal de familia, sino una realidad social. Ver la tesis P. XXIII/2011, de rubro: "FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES)". Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto 2011, pág. 871. Reg. IUS 161309.

una concepción de *constitucionalismo transformador* relevante para explicar esa innovadora forma de control constitucional, el cual lo pretende desarrollar en un continuo en el tiempo.

La exposición se desarrolla con la siguiente estructura: *i*) se introducirán las características relevantes de lo que se ha denominado constitucionalismo transformador y se justificará la pertinencia de su utilización para el caso mexicano; *ii*) se traerán a colación las sentencias de la Corte Constitucional de Sudáfrica en materia de matrimonio igualitario como uno de los mejores ejemplos de este tipo de constitucionalismo, con el cual se trazará un modelo básico de intervención judicial (transformador) en este tópico, con el cual se analizarán las sentencias de la Corte mexicana; y *iii*) finalmente, abordaré una de las principales objeciones opuestas a estas sentencias –la que aboga por la restauración de una concepción despolitizada de la justicia– que, en mi opinión, debe descartarse como inadmisible.

2. Constitucionalismo transformador y México

Por constitucionalismo transformador se entiende el modelo de Estado constitucional que busca el cambio de un *statu quo* considerado injusto, a través de la actuación estatal consciente y guiada por las normas constitucionales, cuyo principal ejemplo es Sudáfrica; y que puede identificarse en oposición a aquel constitucionalismo mejor entendido por referencia a las tradiciones de un país y dirigido a concebir a la Constitución como guardián de un estado de cosas considerado deseable, principalmente, en contra de cambios abruptos, cuyo principal ejemplo podría es la Constitución americana previo a la guerra civil.[2]

[2] SUNSTEIN, Cass R., *Designing Democracy.What Constitutions Do*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.

Como lo señala Karl E. Klare, un estudioso del caso sudafricano, las constituciones transformadoras, promulgadas y reformadas contra una historia autoritaria, racista o clasistas, como la de 1996 de aquél país africano, buscan romper con esas tradiciones y proclaman contenidos que son sociales, redistributivos, participativos, horizontales y multiculturales, presentándose como modelos auto conscientes de su posición histórica y de su misión transformadora.[3] Con este sentido, por ejemplo, deben entenderse los derechos sociales reconocidos en la Constitución de Sudáfrica, con el poder para nivelar condiciones estructurales a favor de las condiciones materiales de los sectores más vulnerables.

Con su promulgación en 1996, la Constitución hace norma jurídica la pretensión de erradicar las bases del régimen del *apartheid* y emprende una ingeniería social para hacer una sociedad política incluyente y respetuosa de los derechos humanos. Por ello, el preámbulo de esta Constitución reconoce las injusticias del pasado y establece que la adopción de ese texto tiene el objeto de "sanar las divisiones del pasado y establecer una sociedad basada en los valores democráticos, la justicia social y los derechos humanos fundamentales",[4] así como "sentar las bases correspondientes a una sociedad democrática y abierta en la cual el gobierno represente la voluntad del pueblo y en la que todos los ciudadanos sean igualitariamente protegidos por la ley". [5]

El propósito transformador de esta Constitución no se queda en una enunciación de propósitos, sino que trasciende en todo el diseño de

---

[3] KLARE, Karl E., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, pp. 146-188.

[4] El texto completo del preámbulo puede consultarse en http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-Africa-1996-1

[5] Idem.

ingeniería institucional, destacando la decisión de investir a la Corte Constitucional de este país de una responsabilidad institucional para facilitar el cumplimiento de esa misión, a través de sentencias que genuinamente podemos calificar como "transformadoras". La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales y discriminación se presenta como el ejemplo más efectivo en el mundo de intervención judicial para provocar que la realidad práctica se ajuste a los ideales constitucionales. Sin embargo, como lo señala otro estudioso del tema, Mark S. Kende, los precedentes de la Corte Sudafricana en materia de matrimonio igualitario, más que sobre otro tema, conforman la *cause célèbre* de la justicia constitucional del país, incluso por encima de la discriminación racial.[6] De ahí la relevancia de esta experiencia comparada para el presente artículo.

Como lo señala Eric C. Christiansen –un autor que seguiré para analizar el caso mexicano–, el constitucionalismo transformador se refiere a un esfuerzo intencional de crear una nación que se vuelque al propósito de cumplir con una justicia sustantiva en su faceta política y económica. Si bien se espera que, en un constitucionalismo de este tipo, sean los poderes constituidos con legitimidad democrática los principales actores del cambio social, se reconoce que el proceso político no se realiza en condiciones ideales, sino en aquellas heredadas del sistema anterior –división racial, pobreza y exclusión–, por lo que el tribunal constitucional ocupa una posición especial para señalar cuándo no se puede confiar en los resultados democráticos.[7]

Sin embargo, este constitucionalismo no desconoce la fuerza de la objeción contramayoritaria identificada por Alexander Bickel, el cual

[6] KENDE, Mark S., *Constitutional Rights in Two Worlds. South Africa and the United States*, Cambridge, Nueva York, 2009, pp. 133 a 161.

[7] CHRISTIANSEN, Eric, "Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice", *Gender Race & Justice*, vol. 13, núm. 575, 2009-2010, pp. 575-614.

recuerda que, en un modelo de Estado democrático, los representantes populares son los que toman las decisiones colectivas, por lo que los Jueces deben ser cuidadosos de no suplantarlos al pasar revisión judicial a las leyes.[8] Lo que ofrece es una respuesta renovada, desde donde se defiende que el tribunal constitucional no puede verse más con los prismas clásicos del constitucionalismo liberal, como un "poder neutro", "sin voluntad política" o como un mero "ente inanimado", "boca de la ley". Ciertamente el Tribunal Constitucional no busca suplantar a la democracia, pero sí acompañarla, cuidando que ésta se realice en condiciones abiertas y deliberativas, controlando el proceso democrático a la luz del proceso ideal de deliberación trazado en la Constitución.

Por ello, este tribunal, a diferencia de los otros poderes, no puede guardar ninguna herencia del viejo régimen. Tenía que nacer con la Constitución de 1996, con un diseño que lo posicionara fuera de los tres poderes clásicos, especialmente del Poder Judicial, el cual ayudó a legitimar al antiguo régimen, muchas veces cultivando una actitud interpretativa restrictiva, formalista y conservadora. Así, se celebra al tribunal constitucional por hacerse valer como un poder contramayoritario, en el sentido estricto de la palabra, encargado de interpretar teleológicamente los compromisos fundamentales del texto constitucional. Según el mismo Christiansen, en un constitucionalismo transformador como el sudafricano, al tribunal constitucional se le considera *el primero entre pares*, al ser el máximo intérprete de esos compromisos transformadores convertidos en norma jurídica, quien a través de su jurisprudencia guía la dirección del sentido de transformación del *statu quo*.

[8] BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics,* Yale University Press, New Haven, 1986.

Así, según este autor, el constitucionalismo transformador requiere de ciertas características del tipo razonamiento producido por el tribunal constitucional, como es la interpretación a partir de principios, la aplicación creativa de su jurisdicción y de los remedios procesales a su alcance. En esta tarea, considera esencial que el tribunal no busque limitarse a la letra de la ley, sino profundizar en sus propósitos para darle voz a los valores subyacentes.

De esta breve caracterización del constitucionalismo transformador y de su mejor exponente, –Sudáfrica–, se pueden anticipar mis razones para traerlo como referente para analizar el caso mexicano. Como también lo afirma el último de los autores citado, el éxito del experimento sudafricano sugiere la posibilidad de que otros países tomen prestados componentes de ese sistema, cuando se presenten similitudes vis a vis, una sociedad dividida y desigual que busca la transición y el cambio social a través del derecho. Como Sudáfrica, varios países aprueban constituciones después de movimientos revolucionarios, como reacción y remedio a su propia historia de discriminación, exclusión y opresión. Me parece que esto no es ajeno al sentido fundacional de la Constitución mexicana de 1917.

Justo en el centenario de su promulgación, en México, creo, valoramos que la Constitución de 1917 llegue al 2017 por algo que nos acerca al constitucionalismo transformador, esto es, porque sobrepasa un primer siglo de supra-ordenar a la sociedad un compromiso básico revolucionario, a saber, un compromiso con la democracia igualitaria, un listado de derechos básicos oponibles al Estado y una responsabilidad estatal para igualar las condiciones de los grupos más vulnerables.[9] Desde un inicio, la Constitución no buscaba preservar

[9] Teniendo como centro gravitacional de todo el edificio constitucional a la dignidad de las personas. Así lo ha entendido la Suprema Corte, en específico, su Primera Sala,

el *statu quo* sino emprender un proyecto de ingeniería social continuo que terminara sustituyendo estructuras desiguales de la sociedad por unas más democráticas, incluyentes y respetuosas de la dignidad humana. Si no fuera así ¿por qué celebrar el componente social, densamente igualitario y constitucionalizado como conquista de una dolorosa lucha revolucionaria iniciada en 1910, que se opuso a una concepción libertaria de "la ley del más fuerte"?

En mi opinión, sólo desde esta premisa –que nuestra Constitución no es neutra, sino transformadora– es posible dotar de sentido a la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de matrimonio igualitario; de no aceptarse esta perspectiva inicial, los pronunciamientos de la Corte implicarían una extralimitación del poder de pasar revisión judicial a la leyes y el inicio de un peligroso "gobierno de los jueces".

No es mi propósito asimilar totalmente el caso sudafricano al mexicano. Sin embargo, tampoco se pueden dejar pasar ciertas semejanzas relevantes que justifican el ejercicio comparado. Aunque nuestra Suprema Corte no fue diseñada para acompañar activamente un proceso de ingeniería social tan profundo –incluso se mantiene como cabeza del Poder Judicial de la Federación y buena parte del siglo se mantuvo como un poder poco activo para revisar la regularidad de las leyes–, no podemos negar que después de 1994, ésta fue reposicionada con un papel más activo, asimilándola a un genuino tribunal constitucional y que a partir de 2011, su papel se redimensionó para, desde una lógica contramayoritaria, interpretar los valores de la

---

en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2016, de rubro: "DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA". Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, agosto 2016, Tomo II, pág. 633. Reg. IUS 2012363

Constitución y preservar los presupuestos de una democracia deliberativa.

En efecto, si cabe hablar de constitucionalismo transformador en relación a la Corte mexicana, debe advertirse que ello no lo es por el texto original de 1917, sino por distintas reformas posteriores, que progresivamente han cambiado la naturaleza de la Corte a la de un tribunal constitucional (1994), así como de otras más que han consagrado un parámetro de control constitucional similar al de Sudáfrica, como por ejemplo, la reforma de 2011 que sustituye la arcaica concepción de garantías individuales por la más amplia de los derechos humanos o por ejemplo, aquellas que incluyen nuevos derechos, que reivindican exclusiones históricas –los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, así como la cláusula antidiscriminación que identifica categorías sospechosas para su reforzada protección constitucional–. En conjunción, con estos cambios en 2011, la Corte y los Jueces constitucionales en México no pueden evitar verse como órganos contramayoritarios, encargados de tutelar las decisiones transformadoras de la Constitución como "cotos vedados", "ámbitos indecidibles", "contenidos indisponibles" o "cartas de triunfo" que ni los poderes constituidos ni las mayorías legislativas pueden vulnerar, ni dejar de considerar so pena de toparse con una declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Poder Judicial.

Como lo señala Owen Fiss "la función de los Jueces es la de evaluar la realidad práctica a la luz de los valores convertidos en autoritativos por el derecho y después buscar formas para conformar esa realidad en línea con esos valores."[10] Al realizar esta tarea, en mi opinión, no

[10] FISS, Owen, *The Law as It Could*, New York University Press, Nueva York, 2003.

puede dejarse de considerar el tipo de constitucionalismo utilizado como parámetro de control.

3. Sudáfrica y México: dos casos de sentencias transformadoras

En lo que sigue analizaré las sentencias de la Corte mexicana desde la perspectiva del constitucionalismo transformador, tomando la aproximación teórica de Christiansen que ahora procedo a explicar.[11]

La propuesta innovadora para aproximarse al constitucionalismo transformador para este autor no es concentrarse, como lo hacen la mayoría de quienes se dedican al derecho constitucional comparado, en evaluar las Constituciones de distintos países para constatar la riqueza de su listado de derechos y la forma en que sus tribunales tratan de aplicar esos derechos a los casos concretos; él considera esto sólo el punto de partida. Su propuesta es tomar como objeto de estudio las reglas que otorgan jurisdicción a los tribunales constitucionales, las relativas al acceso de las partes a esa jurisdicción, las facultades que tienen para diseñar remedios o reparaciones judiciales, así como las reglas relativas a la interpretación que deben realizar. Para él, estos elementos explican de mejor manera la capacidad de la Corte Constitucional de Sudáfrica para avanzar los fines de justicia sustantiva derivados del texto constitucional.

La hipótesis de este autor es que el análisis de estas partes específicas de las sentencias de la Corte Constitucional de Sudáfrica en materia de matrimonio igualitario visibilizan los resortes de su poder transformador para avanzar en la obtención de la igualdad material (estructural).

[11] CHRISTIANSEN, E. "Transformative Constitutionalism in South Africa", *art. cit.*

En esta parte me propongo esta misma hipótesis para explicar las sentencias de la Suprema Corte mexicana.

En lo que sigue, como lo había anticipado, no me propongo destacar las conclusiones de fondo de las sentencias de la Corte mexicana –por ejemplo que existe un derecho constitucional de los homosexuales a no ser excluidos del matrimonio–, sino explorar los presupuestos procesales que rodean esas conclusiones; la forma en que la Corte fue ampliando el acceso de esa minoría a la jurisdicción, los métodos de interpretación desplegados para hacer justiciables daños intangibles y los remedios procesales diseñados para cambiar la realidad práctica en línea con los principios constitucionales.

Según Christiansen, la Corte Constitucional de Sudáfrica no hubiera logrado una transformación si en la base de este diseño institucional no se hubiera dado por sentado su atribución de máximo intérprete de todas las cuestiones constitucionales, incluidas las atinentes a las cuestiones jurisdiccionales.

Lo interesante del caso de Sudáfrica es que la Corte de ese país ha justificado la amplitud de ambos poderes (permitir el acceso a la jurisdicción a personas que tradicionalmente no tendrían derecho y diseñar creativamente las medidas de reparación) en la historia de exclusión de Sudáfrica y la dificultad práctica de traer al conocimiento judicial la mayoría de los casos de injusticia. Por ello ha determinado que su principal deber es la de otorgar remedios efectivos frente a la violación de derechos. No obstante, ello no quiere decir que para esa Corte siempre deba preferirse la intervención judicial por encima de cualquier otra consideración. Muchas veces, para que la actuación judicial sea transformadora, según el mismo autor que he venido citando, el Tribunal Constitucional requiere auto limitarse, siendo el ejemplo más relevante sus criterios de deferencia al legislador demo-

crático para diseñar políticas públicas dentro de una agresiva doctrina de justiciabilidad de los derechos sociales. En mi opinión, esta es la forma en que la objeción contramayoritaria se aborda en ese país, tratando de encontrar un equilibrio entre la intervención judicial y la libertad política de las instituciones representativas para tomar decisiones a nombre de la población, y ello se demuestra en la forma de evolución de las sentencias de esa Corte en materia de matrimonio igualitario.

Al abordar las leyes de matrimonio, el tribunal constitucional emprendió un esfuerzo transformador progresivo en dos fases distintas de intervención judicial. En la primera, la inconstitucionalidad decretada no reclamó la exigencia de respuesta del legislador, mientras que la segunda sí. Su objetivo unificador se puede resumir en lo manifestado por el Juez Albie Sachs en su voto concurrente en el caso *NCGLE v Minister of Justice*, el primer caso que aquí analizaremos, "aunque la Constitución por sí misma no puede destruir el prejuicio homofóbico puede requerir su eliminación de las instituciones públicas que se basan y a su vez perpetúan esos prejuicios."[12]

La forma en que la Corte de ese país abordó el problema fue a través de una línea ascendente de intervención hasta lograr la definitiva transformación de las instituciones públicas que ayudaban a perpetuar los prejuicios en contra de las personas con preferencias homosexuales.

En un principio, en el referido caso *NCGLE* de 1998, la Corte determinó que la negativa legislativa de extender los beneficios del matrimonio a las parejas homosexuales actualizaba una discriminación que atentaba contra su dignidad, por lo que debía considerarse inconsti-

[12] 1999 (1) SA 6 (CC).

tucional; sin embargo, los efectos de su sentencia los limitó para imponer una *interpretación conforme de la ley* –aquella técnica de control constitucional que busca encontrar una interpretación compatible con la Constitución de la ley para evitar la expulsión del ordenamiento jurídico del enunciado normativo analizado, prohibiendo cualquier otra interpretación posible–,[13] con lo cual evitó involucrar al legislador a iniciar un nuevo proceso legislativo. Por ello, en la parte final de su ejecutoria, la Corte determinó que el efecto de la concesión vinculaba a los Jueces a leer en el lenguaje de legislación la inclusión necesaria para curar el defecto constitucional.

Sin embargo, esta sentencia, a pesar de lo relevante que fue, no logró vencer la pasividad del proceso político para abordar el estado de cosas discriminatorio en contra de las personas con preferencia homosexual, pues el legislador no consideró necesario adaptar la legislación civil, reservando el debate del matrimonio igualitario a un espacio estrictamente técnico de la Corte con el poder judicial (de interpretación conforme). Así inicia la segunda fase del proceso transformador de la Corte Constitucional sudafricana.

En 2005, al resolver el caso *Fourie & Another v Minister of Home Affairs & Another,*[14] dicho Tribunal reiteró lo que ya no era noticia, que la exclusión de las demandantes (una pareja del mismo sexo) era inconstitucional, por lo que debía otorgárseles la protección judicial. Lo relevante, sin embargo, fue el diseño de la medida de reparación decretada. En lugar de ordenar a los Jueces a leer en la ley la inclu-

[13] La Suprema Corte en México ha establecido que esta es la primera posibilidad de escrutinio constitucional a explorar. Ver la tesis P. IV/2008 de rubro: "INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN". Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, febrero 2008, pág. 1343. Reg. IUS 170280.

[14] 2005 (1) SA 524 (CC) at para. 7 (S. Afr.)

sión de los peticionarios para poder solicitar el reconocimiento de su matrimonio, determinó que siendo la ley inconstitucional, debían otorgarse 12 meses al legislador para que arreglara los defectos constitucionales de su legislación –y, por tanto, ordenó la suspensión de su sentencia para el caso concreto judicial hasta en tanto el legislador actuara. Estos efectos claramente más expansivos los justificó la Corte en la suficiencia de la preparación del congreso para revisar y por fin ajustar el diseño general del derecho familiar y en la conclusión de que la mera preservación de la ley antigua –su sola existencia– generaba una discriminación indirecta contra las personas por su preferencia sexual, que ese tribunal no podía tolerar más.

Así, en *Fourie*, la Corte determinó que la protección de la igualdad era una responsabilidad principalmente legislativa y que había llegado el momento de vincular al Poder Legislativo respectivo a actuar sobre la base de dos principios; el primero, que el legislador no podía seguir negando reconocimiento a la unión de las parejas del mismo sexo y que, al abordar el problema no podía optar por suprimir la institución del matrimonio para todos con el fin de evitar el reconocimiento de este derecho a esa minoría, pues ello no abonaría al ideal de igualdad constitucional; en segundo lugar, advirtió que la reacción legislativa no podía generar una nueva marginalización inconsistente con la Constitución, por ejemplo, mediante la creación de un régimen alterno exclusivo para las parejas homosexuales, adelantando que de ser el caso declararía la ilegitimidad de cualquier régimen de "iguales, pero separados". Para justificar ello, la Corte expresó una frase que, sin duda, caracteriza a una sentencia transformadora en el sentido utilizado en este artículo: "no es viable ignorar el contexto que alguna vez convenientemente permitió la discriminación de un sector de la población. La Corte no puede ser ciega al contexto en que sucede; la igualdad y dignidad requieren consideración de los daños intangibles

como de los tangibles involucrados".[15] Este criterio demuestra la intención de la Corte de oponer al legislador una visión sustantiva (estructural) de la igualdad y de hacerla justiciable mediante la visibilización de daños inmateriales antes exento de revisión judicial.

Como lo afirma Christiansen, la sentencia referida es transformadora por su insistencia en la necesidad de una solución integral para el problema de la discriminación en el matrimonio, la cual no se hubiera podido generar de no ser por el uso creativo y discrecional por parte de la Corte de su poder jurisdiccional para diseñar medidas reparadoras, que provocaran la reacción del legislador. Con esta sentencia, la Corte visibilizó los daños intangibles generados por la inactividad legislativa y reclamó al legislador su responsabilidad para subsanar un problema de igualdad estructural, que los Jueces no hubieran podido igualar ni con todas las sentencias imaginables que impusieran una interpretación conforme.

En mi opinión, esta sentencia de la Corte Constitucional Sudafricana no puede caracterizarse como un cambio de criterio, sino más bien como una decisión de política judicial de ampliar su espectro de intervención judicial para culminar un proceso progresivo de transformación iniciado por el mismo propósito inicial: erradicar las discriminación por razón de preferencia sexual de las instituciones públicas; la culminación de un proceso que debía iniciar necesariamente en una intervención modesta, como es la ofrecida por la interpretación conforme de los códigos civiles. Sin embargo, en este último caso, la Corte consideró que una reiteración de sus precedentes para amparar a las personas en lo individual no avanzaría en los fines de justicia

[15] Traducción propia, del inglés: "The Court will not be blind to the context in which that happens; equality and dignity require a concern for the intangibles as well as the tangibles involved", párrafo 153 de la referida sentencia.

sustantiva de la Constitución, al ser insuficiente para erradicar los prejuicios sociales. A partir de ese momento, su sentencia debía detonar una discusión política en la sociedad y eso fue lo que el caso *Fourie* logró: hacer reaccionar a las ramas políticas para reparar una condición estructural de desigualdad.

Esto fue posible, hay que reiterarlo, por los amplios poderes de la Corte Constitucional de Sudáfrica para hacer justiciable ante ella litigios constitucionales —que normalmente no llegarían a una instancia de esa naturaleza— y concomitantemente por sus amplios poderes para diseñar discrecionalmente reparaciones judiciales, todo basado en una responsabilidad interpretativa dirigida a desentrañar las exigencias de los principios subyacentes al texto constitucional para permitir a la Constitución cumplir su misión transformadora.

Una vez explorados los casos sudafricanos, podemos analizar las sentencias de la Suprema Corte mexicana, cuyos méritos pueden analizarse desde las dos mismas perspectivas relevantes identificadas por Christiansen, en primer lugar, desde la lógica interna de la pregunta constitucional relativa a la regularidad de las leyes que excluyen a los homosexuales —que es la que clásicamente adoptan los estudiosos del derecho constitucional comparado—, y en segundo lugar, desde la estrategia utilizada por la Suprema Corte mexicana de manera equivalente a la Corte Constitucional de Sudáfrica para lograr a través de sus sentencias un efecto transformador de condiciones estructurales de desigualdad.

Desde la primera perspectiva, la jurisprudencia mexicana puede dividirse en dos momentos a su vez. La primera que transcurre de 1917 a 2011, en la cual, al menos por lo que se refiere a este tema, la Suprema Corte no asume una responsabilidad transformadora, ni siquiera de un genuino tribunal constitucional encargado de proteger

a las minorías "discretas e insulares" del proceso político ordinario.[16] En esta etapa —debemos decirlo— la Corte consideraba que el matrimonio era una figura sumergida en el inmenso océano de la libertad configurativa del legislador, en donde los Jueces no tenían permitido intervenir, sino para garantizar "la exacta aplicación de la ley". Su papel no era erradicar los prejuicios de las instituciones políticas en esa época, sino simplemente garantizar la igualdad formal ante la ley. Su formalismo impidió a la Corte avanzar los principios de justicia sustantiva subyacentes a una Constitución recientemente aprobada bajo postulados indubitablemente transformadoras.

De esta primera etapa destaca la resolución de 1932 del recurso de revisión por la Segunda Sala de la Suprema Corte, interpuesto por Carlos Won Sun contra la legislación civil del estado de Sonora que impedía a las mujeres de esa entidad casarse con hombres de raza china.[17] La Corte confirmó la negativa de amparo, al considerar que

> [c]onforme al artículo 130 de la Constitución Federal, el matrimonio es un contrato civil de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades de ese orden, en los términos prevenidos por las leyes. Por tanto, el Estado de Sonora ha tenido plena soberanía para legislar sobre la materia, y en tal virtud, la ley que expidió el Congreso de aquel Estado, prohibiendo el matrimonio de las mujeres mexicanas con individuos de raza china, no es anticonstitucional, ya que tal prohibición no implica una restricción a las garantías individuales, toda vez que el Código Supremo del país da al matrimonio el carácter de contrato civil. Esa prohibición no viene a ser sino un impedimento

[16] Por utilizar la frase utilizada por la Suprema Corte de Estados Unidos para justificar un escrutinio de las leyes que impusieran desventajas a las minorías en United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938). Para mayor referencia véase H. ELY, John, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Harvard, 1981.

[17] Ver la tesis aislada civil de rubro: "MATRIMONIO EN SONORA, PROHIBICIONES PARA CONTRAERLO". Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XXXVI, pág. 2072. Reg. IUS 362659

> más que hay que agregar a los que consigna el Código Civil de Sonora, para celebrar esa unión en el Estado."

La Corte determinó que esa ley que distinguía entre las personas sobre la base de su raza no violaba el principio de igualdad porque no era aplicable únicamente en contra del señor Won Sun, "sino para todos aquellos casos en que se pretendiera contraerse un matrimonio en las circunstancias que ella prohíbe". Como se observa, este tipo de criterios hiperformales legitimaron la preservación del *statu quo* y a negar un poder transformador a la función judicial.

Después de esta etapa, en la segunda mitad del siglo se dieron varias enmiendas constitucionales de gran calado, como se anticipó desde el inicio de este artículo; se reformó el artículo 1o. constitucional para introducir una cláusula antidiscriminación, que desde entonces identifica una serie de "categorías sospechosas", entre las que se incluyó, las preferencias sexuales, cuyo uso desde su inclusión, según la Corte:

> debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la *sospecha* de ser inconstitucionales. En estos casos, puede decirse que las leyes que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una *presunción de inconstitucionalidad*. Con todo, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es su utilización de forma injustificada. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.[18]

Asimismo, en la Constitución se sustituyó la decimonónica concepción de las garantías individuales por la de derechos humanos y a

[18] Ver páginas 31 y 32 del amparo en revisión 581/2012.

partir de distintas reformas orgánicas y procesales —1994 y 2011— se convirtió a la Suprema Corte en un genuino Tribunal Constitucional.[19]

Con motivo de estos cambios, el 5 de diciembre de 2012, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 581/2012, interpuesto por una pareja homosexual a la que se le negó su petición para contraer matrimonio, con base en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, que establecía que "[e]l matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua".

En este primer caso, la Corte no tuvo que abordar temas procesales relevantes, pues la pareja peticionaria del amparo acudió al juicio luego de recibir la negativa de la autoridad registral, acreditando el interés jurídico clásicamente exigible para acceder al juicio de amparo.

Así, la Corte, sin encontrar obstáculo a su jurisdicción, abordó los méritos del planteamiento de fondo y determinó que, al introducir una clasificación realizada sobre la base de una categoría sospechosa –preferencias sexuales y el sexo–, la ley impugnada debía someterse a evaluación bajo un escrutinio estricto, el cual no superó, ya que aunque la medida legislativa perseguía una finalidad imperiosa, toda vez que el artículo 4o. constitucional impone al legislador la obligación de proteger la organización y el desarrollo de la familia, no lograba superar la segunda grada del test, consistente en que la medida esté estrechamente vinculada con esa finalidad, ya que como lo había

[19] Véase, por ejemplo, la caracterización que la Corte hace de sí misma como un genuino tribunal constitucional en la jurisprudencia P./J. 98/99 de rubro: "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL". Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, septiembre de 1999, pág. 703. Reg. IUS 193259.

establecido la Corte en un caso previo,[20] la familia que constitucionalmente debía protegerse por la ley no corresponde a "un modelo de familia ideal", que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual, sino aquella que es una realidad social (familias nucleares, monoparentales, extensas o consanguíneas y las homoparentales), considerado lo cual concluyó que la medida legislativa se evidenciaba como abiertamente sub-inclusiva:

> porque excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición. La distinción es *discriminatoria* porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso.[21]

La Corte fue más allá en esta importante sentencia, primera de su tipo, y con un firme sentido transformador aclaró que no podía concluirse en sentido opuesto, ya que "se estaría avalando una decisión basada en prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no es por descuido del legislador, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra. La ausencia de los beneficios que el derecho asigna a la institución matrimonial es una consecuencia directa de la prolongada discriminación que ha

[20] La acción de inconstitucionalidad 2/2010, por la cual se reconoció la validez de la legislación civil del Distrito Federal que reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo.

[21] Ver la tesis 1a. CII/2013 (10a.), derivada del presente asunto, de rubro: "MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN". Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, abril 2013, Tomo I, pág. 964. Reg. IUS 2003311.

existido hacia las parejas homosexuales por razón de su preferencia sexual."[22]

Con base en lo anterior, la sentencia de Corte remata su consideración argumentando que "[e]n este sentido, negarle a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran 'ciudadanos de segunda clase'. No existe ninguna justificación racional para darle a los homosexuales *todos* los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, otorgarles *un conjunto incompleto* de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja." En palabras de la Corte "[a]sí, la exclusión de las parejas homosexuales del régimen matrimonial se traduce en una *doble discriminación*: no sólo se priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos del matrimonio, sino también se les excluye de los beneficios materiales."[23]

En mi opinión, hasta aquí llegarían las consideraciones de la Corte en relación a su criterio de fondo, las cuales muestran una firme convicción de interpretar teleológicamente las normas constitucionales para derivar las implicaciones de sus principios subyacentes, declarando la inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, en esta

[22] Ver la tesis aislada C/2013 derivada de esta resolución, visible en la página 963 del Libro XIX (abril de 2013), Tomo 1 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA QUE DEFINE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO, CONTIENE UNA DISTINCIÓN CON BASE EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA."

[23] Ver la tesis aislada CIV/2013, derivada de esta ejecutoria, visible en la página 959 del Libro XIX (abril de 2013), Tomo 1 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DEL MATRIMONIO. EL HECHO DE QUE ESTA EXISTA UN RÉGIMEN SIMILAR PERO DISTINTO AL MATRIMONIO Y QUE POR ELLO SE LES IMPIDA EL ACCESO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO ES DISCRIMINATORIO."

parte, debemos separar el criterio de fondo de la muy diversa cuestión, relativa a los efectos de la sentencia o al diseño de la medida reparadora apropiada, siendo esta última la que nos presenta la intensidad el resorte del constitucionalismo transformador escogido por la Corte. Justo es a partir de esta parte que la sentencia discute qué tipo de intervención judicial es idónea para transformar el estatus quo.

Y aquí, la Corte mexicana determinó autolimitarse como la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el caso *NCGLE vs. Minister of Justice* de 1998, ya que concluyó que no debía vincularse al legislador a modificar su legislación y decidió que "[e]n este caso concreto, la manera más efectiva de *reparar la discriminación normativa* consiste, por un lado, en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es 'perpetuar la especie' y, por otro lado, realizar una interpretación conforme de la expresión 'un solo hombre y una sola mujer' para entender que ese acuerdo de voluntades se celebra entre 'dos personas', de tal manera que con dicha interpretación se evita la declaratoria de inconstitucionalidad de esta porción normativa." (cursivas propias). La Corte reiteró que:

> [e]n este orden de ideas, el efecto de la sentencia de amparo no sólo es para que se desaplique a las quejosas en el presente y futuro la porción normativa declarada inconstitucional, sino también para que se les aplique la parte restante del precepto interpretado de conformidad con el principio constitucional de igualdad, de tal suerte que se entienda que "el matrimonio es un contrato civil celebrado entre *dos personas* para proporcionarse ayuda mutua en la vida". Así, al haberse removido los obstáculos que impedían a la autoridad responsable que aplicó la norma impugnada atender la solicitud para contraer matrimonio formulada por las quejosas, ésta deberá darle trámite.

La decisión de la Suprema Corte mexicana marcó un parteaguas en la jurisprudencia constitucional nacional. Sin embargo, al mismo tiempo de afirmar un inmenso poder, la Corte mexicana, como la Sudafricana en un primer momento, se autolimitó al negarse a obligar al legislador a trasformar las condiciones estructurales que ayudan a perpetuar los prejuicios contra los homosexuales. Por así decirlo, la discusión del matrimonio igualitario en ese momento terminó limitándose a una discusión técnica dentro del Poder Judicial sobre la interpretación conforme de códigos civiles en vigor desde tiempos previos a la Constitución de 1917.

Con el tiempo, la intervención de la Corte mexicana, como la propia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, se percibió como insuficiente ante la inactividad del legislador para emitir nueva legislación. Por el juicio de amparo, esta sensación de insuficiencia se basó en dos razones adicionales: *1)* para acceder al amparo en México se requiere de un costoso y doloroso proceso, ya que las parejas homosexuales requerían pasar por el trámite humillante de solicitar matrimonio ante las autoridades registrales y resentir una negativa formal; y *2)* además de tener que soportar la tardanza normal del trámite del juicio de amparo y sus respectivos recursos, en caso de lograr la concesión del amparo, los efectos sólo los beneficiaban en lo particular a quienes decidieran pasar por ese humillante proceso, preservando la ley en su lugar, con los efectos discriminatorios indiretos e intangibles a los que posteriormente hizo referencia la Corte Constitucional Sudafricana y que, de alguna manera la Primera Sala había detectado.

Con este transfondo llegamos a la segunda de las sentencias relevantes en México. No tuvieron que pasar tantos años como en Sudáfrica para que llegara una sentencia que, de manera más firme, mostrara una intensión de mayor intervención judicial. Apenas con cerca de dos años de distancia, el 23 de abril de 2014, la Primera Sala resolvió

el amparo en revisión 152/2013, interpuesto en contra del mismo artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca.

Lo relevante de este caso, como en *Fourie*, no era determinar si la Corte mexicana reiteraría su criterio. Ello se daba por sentado. Lo relevante fue la discusión que inició la Corte sobre aquellos aspectos sobre los que Christiansen basa el papel transformador de un tribunal constitucional, como por ejemplo, la posibilidad de ampliar su jurisdicción para conocer de casos que tradicionalmente no podrían resolverse por los rezagos materiales e históricos de ciertos grupos vulnerables para acceder a los tribunales y sobre la amplia discrecionalidad para determinar las medidas de reparación de sus decisiones.

La resolución del amparo en revisión 152/2013 es, ante todo, una decisión de política judicial de la Corte mexicana, como Tribunal Constitucional, sobre el umbral de afectación requerido para tener por acreditado el interés legítimo de los peticionarios acceder a los tribunales. Como en otro precedente ya lo había determinado la Corte, "[e]l interés legítimo es el presupuesto procesal establecido en la Constitución para acceder al juicio de amparo, en ausencia del cual los jueces constitucionales se encuentran inhabilitados para someter a revisión jurisdiccional los actos de las autoridades políticas, especialmente, de aquellas elegidas democráticamente."[24]

El caso que ahora comentamos abría el debate porque los peticionarios del amparo eran 39 residentes del estado de Oaxaca que impugnaban el precepto legal por su sola existencia, sin acreditar acto de aplicación, esto es, sin haber sufrido una negativa de la autoridad

[24] Tesis 1a. CLXXXI/2015 (10a.) de rubro: "INTERÉS LEGÍTIMO. ES NECESARIO ACREDITARLO PARA ACTIVAR EL PODER DE REVISIÓN EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LOS PODERES POLÍTICOS". Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, mayo 2015, Tomo I, pág. 447. Reg. IUS 2009199.

familiar para acceder al matrimonio, ya que afirmaron que no era su pretensión contraer matrimonio, sino combatir los efectos de las discriminación indirectos generados por la mera existencia del precepto legal. El Juez de Distrito que conoció en primera instancia del caso declaró improcedente el juicio al no comprobarse un acto de aplicación.

La Corte conoció del caso porque ejerció una facultad discrecional para reasumir competencia. Así, al resolver el recurso de revisión, la Corte mexicana revocó la sentencia de primera instancia y reconoció interés legítimo a los quejosos.

En mi opinión, lo relevante de la sentencia es que al reconocer interés legítimo a los 39 quejosos, la Corte decide tornar justiciable un nuevo universo de daños intangibles de minorías vulnerables previamente ajenos al conocimiento judicial, que podrán repararse en sede de control constitucional.

Para entender la decisión de la Corte es necesario puntualizar brevemente la forma como funciona el amparo contra las leyes. En la jurisprudencia de la Corte se ha determinado que las normas generales se pueden combatir ya sea desde su publicación, cuando genere una afectación relevante con su sola entrada en vigor –denominándolas autoaplicativas– o bien, cuando con motivo de su primer acto de aplicación se genera la afectación por primera vez –denominándolas heteroaplicativas. En palabras de la Corte "[s]i se trata de un contenido normativo incondicionado, la norma es autoaplicativa. Si su contenido está condicionado, se trata de una norma heteroaplicativa."

En el amparo en revisión 152/2013, la Corte reconoció que esta construcción conceptual es netamente formal porque depende de la noción material que se adopte de "daño", de tal forma que lo relevante es la

apreciación judicial del tipo de reclamo planteado en el juicio, la evaluación del caso concreto y de lo apropiado de su discusión en sede judicial.[25] De esta forma reconoce que es probable hacer cognoscibles para el juicio de amparo los daños tangibles como los intangibles.

En México las reglas del matrimonio –reglas técnicas, referidas a los requisitos exigidos para lograr un resultado deseado– se caracterizaban típicamente como leyes heteroaplicativas y su impugnación se podía realizar hasta que existiera un acto de aplicación. Es decir, no se podían impugnar con motivo de su mera existencia o publicación. Por eso las parejas homosexuales debían pasar por un humillante proceso de negativa ante la autoridad registral para alegar violación a su derecho contra la discriminación.

Sin embargo, la Corte precisó que el presente caso actualizaba un caso de excepción a esta doctrina, con motivo del reconocimiento de una afectación "intangible" generada de manera incondicionada por la norma que denominó una afectación "expresiva", contenida en la parte valorativa de la regla. Para ello, la Corte precisó que las leyes transmiten mensajes, referidos a reportar la toma de posición de los representantes populares sobre ciertos debates. En su sentencia, la Corte afirmó que "el presupuesto inicial es que las palabras contienen significados y que el lenguaje es performativo". Por tanto "es posible afirmar que las leyes no sólo contienen una parte dispositiva, sino también una valorativa", siendo esta última la que ayuda a la construcción de significados sociales.[26]

[25] Ver la tesis aislada 1a. CCLXXXI/2014 (10a.), derivada de esta ejecutoria, de rubro: "INTERÉS LEGÍTIMO Y JURÍDICO. CRITERIO DE IDENTIFICACIÓN DE LAS LEYES HETEROAPLICATIVAS Y AUTOAPLICATIVAS EN UNO U OTRO CASO". Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Libro 8, julio de 2014, Tomo I, pág. 148. Reg. IUS 2006963.

[26] Ver la tesis 1a. CCLXXXIII/2014 (10a.), de rubro: "INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO CONTRA LEYES. PERMITE IMPUGNAR LA PARTE VALORATIVA DE LAS NORMAS

Con base en lo anterior, la Sala concluyó que "cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos."

Así, la Corte argumenta que "la discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo vulnerable, sino también mediante aquellas normas que promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación, que si bien pueden no tener a los miembros de cierto grupo vulnerable como destinatarios, los efectos de su aplicación mediante la regulación de la conducta de terceros sí les genera un daño de estigmatización por discriminación."

En su sentencia, me parece, la Corte no sólo asume una gran responsabilidad en la misión transformadora de la Constitución, sino que también de alguna manera reprueba su criterio previo utilizado para resolver el amparo del señor Won Sun a principios del siglo pasado, mediante el cual reconoció la validez de la norma de la legislación del estado de Sonora que prohibía a las mujeres casarse con hombres de raza china; pues en su sentencia se reprocha no haber detectado que "el precepto legal de Sonora contenía un mensaje estigmatizador por discriminatorio para una categoría de personas, por razón de su raza, mediante el cual pretendía reprobar su permanencia y aceptación en la sociedad, así como su posible mezcla con las personas asumidas como de 'raza mexicana' (sic). Las consecuencias de no adaptar al amparo como un medio de control constitucional apto para someter

JURÍDICAS SIN NECESIDAD DE UN ACTO DE APLICACIÓN, CUANDO AQUÉLLAS RESULTEN ESTIGMATIZADORAS". Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 8, julio de 2014, Tomo I, pág. 146. Reg. IUS 2006962.

a escrutinio este tipo de mensajes incluidos en las leyes, independientemente de su parte dispositiva, se observa con el contenido de la tesis transcrita [de la cual se dio cuenta al narrar el caso más arriba], la cual se convierte en un transmisor complaciente de dicho mensaje."

Pareciera que la Corte busca separarse de ese pasado y señalar ahora que no podía mantenerse pasivo, concluyendo que "aunque el artículo impugnado contenga obligaciones asignadas condicionadas a quienes pretendan casarse (contenidos que pueden calificarse como heteroaplicativos, como es la obtención de la autorización de la autoridad para la celebración del contrato), lo relevante es que la norma genera una clase especial de afectación, que corre de manera paralela y que afecta directamente a los quejosos como terceros: la estigmatización por discriminación, la cual es incondicionada", consideración que lo lleva a justificar la procedencia del juicio.

Sin embargo, la Corte intenta dialogar con la objeción contramayoritaria porque en la sentencia determina que la afectación por estigmatización no podía confundirse con una mera oposición ideológica a la ley, que justificara la intervención judicial en todos los casos. En palabras de este Tribunal: "[l]a afectación por estigmatización es una especie de afectación concreta y distinguible de la mera oposición o disidencia ideológica a una ley, generable por un mensaje tachado de discriminatorio por la utilización de una de las categorías sospechosas establecidas en el artículo 1o. constitucional, del cual el quejoso es destinatario por ser miembro de uno de los grupos vulnerables identificados mediante una de esas categorías. Así, la estigmatización por discriminación no solo depende de las impresiones subjetivas del quejoso, sino de una evaluación impersonal y objetiva del juzgador, lo que se determina mediante la derivación de entendimientos colec-

tivos compartidos, el contexto social en que se desenvuelve y la historia de los símbolos utilizados". [27]

No obstante, ello no quita que esta decisión signifique efectivamente la afirmación de una potestad judicial inédita para conocer de daños intangibles. Tal es la determinación de la Corte que afirma que, en estos casos, el juicio de amparo se puede promover en cualquier momento. En sus palabras:

> [e]n el caso de una ley que en su parte valorativa estigmatice por discriminación –por acción o por omisión– ésta perpetúa sus efectos en el tiempo, por su naturaleza, puesto que implica una reiteración por parte de la ley creando así una situación permanente que se lleva a cabo día a día mientras no se subsane la discriminación en la ley. Esta peculiaridad conduce a que, en el supuesto mencionado, el plazo para la interposición de un amparo no pueda computarse a partir de un momento concreto, pues el agravio subsiste de forma continuada mientras persiste la proyección del mensaje tachado de discriminador. Por tanto, se trata de una violación permanente. En virtud de lo anterior, basta con que se demuestre que el mensaje transmitido por la parte valorativa de la norma estigmatiza por discriminación a los quejosos para que no se consume la oportunidad en la interposición del plazo.

Así, la Corte determinó ejercer discrecionalmente sus poderes jurisdiccionales para ampliar el interés legítimo y detectar un daño intangible permanente producido por las leyes, que se perpetúa en el tiempo mientras exista y con ello hacer más accesible el juicio de amparo; pero también ejerció este poder discrecional para diseñar una medida

[27] Tesis 1a. CCLXXXIV/2014 (10a.), de rubro: "ESTIGMATIZACIÓN LEGAL. REQUISITOS PARA TENER POR ACREDITADO EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO INDIRECTO PARA COMBATIR LA PARTE VALORATIVA DE UNA LEY Y EL PLAZO PARA SU PROMOCIÓN". Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 8, julio de 2014, Tomo I, pág. 144. Reg. IUS 2006960.

de reparación, pues a través de esta sentencia, determinó que no era admisible imponer una interpretación conforme.

En efecto, como lo había mencionado, una vez que la Corte analizó la regularidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, sus conclusiones no fueron sorpresivas, ya que se limitó a reiterar las consideraciones desarrolladas en al amparo en revisión 581/2012. Lo relevante fue un cambio similar al realizado en el caso *Fourie* de la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el sentido de considerar insuficiente corregir la irregularidad vía interpretativa.

La Primera Sala concluyó que, al tratarse de un mensaje proyectado por la ley en contra de una minoría vulnerable, los efectos de su resolución debían ser distintos. Así, en lugar de integrar el enunciado normativo, la Corte determinó que debía declararse su inconstitucionalidad, ya que "de la misma no se lee que haya sido otra la intención del poder legislativo, sino por el contrario, la intención era limitar la figura del matrimonio a parejas heterosexuales". En sus palabras:

> En ese sentido, esta Primera Sala considera que habiendo establecido que es la norma en sí misma la que discrimina a las quejosas y quejosos, y la cual tuvo como origen claro limitar el matrimonio a parejas heterosexuales, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o. constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar por motivo de preferencia sexual. Estas obligaciones no pueden cumplirse mediante una interpretación que varíe la base misma del concepto impugnado y que no modifique la situación discriminatoria sufrida por las quejosas y los quejosos. Un planteamiento como ese es incompatible con un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos.

Así, para la Corte mexicana la interpretación conforme de las leyes no logra eliminar el daño intangible que en primer lugar justificó la procedencia del juicio. En sus palabras: "[s]i se considera que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a esa institución, sino suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma."

Como se podrá apreciar en este punto de la exposición, no puede dejarse de encontrar una cierta similitud de propósitos entre esta sentencia y la emitida por la Corte Constitucional Sudafricana en el caso *Fourie*. En ambos casos, la pretensión de la intervención judicial era lograr un efecto transformador. Así, en la parte final de su sentencia, la Primera Sala –evocando a su homólogo africano– precisó "que el reconocimiento público del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad en la enunciación en caso de no preverlo expresamente, sitúa a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restitutivos y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente *transformativo y sustantivo*" [énfasis propio]. Con base en ello, la Corte remata:

> En ese entendido, la obligación de reparar a los quejosos cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de éstos es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia. En el caso específico, al ser un asunto de discriminación legislativa, basada no sólo en juicios de valor del legislador, sino arraigado en mayor o menor medida en la sociedad, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural. Así, la respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones –discriminación con base en categorías sospechosas– debe no sólo puntualizar la violación

> específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, reconocidos en el artículo 1o. constitucional. En ese sentido, cabe recordar que el derecho a la igualdad y a la no discriminación ha sido caracterizado por la Corte Interamericana como *jus cogens*, oponible *erga omnes.*[28]

No obstante, debemos decir que la Corte mexicana no fue más allá, como lo hizo la Corte Constitucional Sudafricana, pues en contraste con el caso *Fourie*, en el AR 152/2013, la Corte mexicana no dio al legislador una plazo para modificar la ley con el efecto de curar el defecto constitucional; sin embargo, en la sentencia sí se vinculó a todas las autoridades del estado de Oaxaca a cumplir con el fallo, logrando un efecto equivalente. En la sentencia se lee:

> [l]os efectos del presente amparo vinculan a todas las autoridades del Estado de Oaxaca a tomar en consideración la inconstitucionalidad del mensaje transmitido por el precepto impugnado, por lo cual no podrán utilizarlo como base para negar a los quejosos beneficios o establecer cargas relacionados con la regulación del matrimonio, lo que es un efecto propio de la concesión de un amparo contra leyes, que es la inaplicación futura de la ley. En este orden de ideas, los quejosos no deben ser expuestos al mensaje discriminador de la norma, tanto en el presente como en el futuro.

Finalmente, no puede dejarse pasar otra similitud entre las sentencias de ambos países. Como en el caso *Fourie*, en el AR 152/2013 –siguiendo, a su vez, el AR 581/2012– la Corte consideró que el legislador no podría reparar la discriminación generada por la ley, creando un régimen

[28] Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

distinto, propio para las parejas homosexuales, ya que ello generaría una discriminación indirecta con motivo de un régimen de "separados pero iguales" que debe entenderse contrario al ideal igualitario de la Constitución. En este sentido, la Corte dejó en claro que la reacción legislativa debía ser la inclusión incondicional de las parejas homosexuales a la misma regulación accesible para las parejas heterosexuales, lo que desde otro ángulo, también equivale a una forma de vinculación del poder legislativo.

Así, a partir de la resolución del amparo en revisión 152/2013, la Suprema Corte determinó que, en lo sucesivo, su criterio sería que los enunciados normativos discriminadores contra minorías en razón de su preferencia sexual no podrían corregirse por interpretación conforme porque su subsistencia en las leyes genera por sí mismo un efecto discriminador indirecto incorregible.

Luego de reiterar este criterio en diversos precedentes, la Primera Sala emitió la jurisprudencia 47/2015, vinculante para todos los Jueces del país, con el rubro NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR, en la cual se estableció que: "[c]uando una norma en sí misma discrimina a una persona o grupo de personas que se ubican en una categoría sospechosa, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar con base en categorías sospechosas."[29]

Como había precisado, a diferencia de *Fourie*, la Primera Sala decidió no vincular al legislador a reparar su legislación; sin embargo, sí

[29] Esta tesis de jurisprudencia 1a./J. 47/2015 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 2, agosto de 2015, Tomo I, pág. 394. Reg. IUS 2009726.

exploró otra forma de dirigirse a él, ya que a través de reiteración de este criterio en otros precedentes, la Primera Sala estuvo en condiciones de emitir una jurisprudencia –de las identificadas como temáticas– que establece que con independencia de la legislación de que se trate (México es una federación donde coexisten legislaciones en materia familiar) cada vez que se encuentre una exclusión de las parejas homosexuales, los Jueces deben declararla inválida, lo que demuestra la inequívoca de generar una transformación social a partir de la función judicial.[30]

No puedo finalizar la descripción de las sentencias de la Corte, sin hacer mención a dos acciones de inconstitucionalidad de suma importancia en el tema resueltas poco después de los referidos asuntos.

Como nota previa cabe decir que la acción de inconstitucionalidad es un juicio de control abstracto –no requiere de la acreditación de una afectación– que sólo puede ser promovida por ciertos sujetos de derecho público, con el fin de preguntar en abstracto a la Corte si ciertas normas generales violan la Constitución, cuyas sentencias, en caso de encontrar la irregularidad de los preceptos impugnados, pueden declarar su invalidez con efectos *erga omnes*. Por tanto, estos juicios otorgan la oportunidad a la Corte de culminar procesos interpretativos transformadores a veces de manera más efectiva que cualquier decisión dictada en un juicio de amparo.

Así, en primer lugar, debe destacarse la acción de inconstitucionalidad 8/2014 resuelta el 11 de agosto de 2015 por el Pleno de la Suprema

[30] Tesis 1a./J. 43/2015 (10a.), de rubro: "MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL". Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, pág. 536. Reg. IUS 2009407

Corte de Justicia de la Nación. Este juicio fue interpuesto por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche contra el artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche, con el fin de preguntar a la Corte si el legislador podía negar a las parejas homosexuales el derecho de adoptar.

El Pleno determinó que era inconstitucional la ley por resultar discriminatoria,[31] pues, aunque las autoridades deben regular la institución de la adopción de menores sobre la base del interés superior de éstos, "es insostenible la interpretación –implícita o explícita– en el sentido de que la homosexualidad de los adoptantes implica una afectación al interés superior de los menores adoptados".[32]

Lo interesante de la resolución es que introdujo como objeto de escrutinio constitucional factores estructurales o contextuales de discriminación indirecta anunciados en el amparo en revisión 152/2013. Así, en la parte relevante de la ejecutoria, la Corte precisó que "[l]a determinación de la discriminación indirecta requiere de un estudio sobre la existencia de la discriminación estructural, y de cómo ésta sustenta la producción e interpretación normativa." Por ello:

[31] Tesis P./J. 14/2016 (10a.), de rubro: "ADOPCIÓN. EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY REGULATORIA DE SOCIEDADES CIVILES DE CONVIVENCIA DEL ESTADO DE CAMPECHE VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN". Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, septiembre 2016, Tomo I, pág. 5. Reg. IUS 2012586.

También ver la tesis P. XII/2016 (10a.), de rubro: "ADOPCIÓN. LA PROHIBICIÓN DE SER CONSIDERADO COMO ADOPTANTE CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL ES INCONSTITUCIONAL". Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, pág. 253. Reg. IUS 2012595.

[32] Tesis P./J. 8/2016 (10a.), de rubro: "ADOPCIÓN. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD SE BASA EN LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES, DENTRO DE LA CUAL SON IRRELEVANTES EL TIPO DE FAMILIA AL QUE AQUÉL SERÁ INTEGRADO, ASÍ COMO LA ORIENTACIÓN SEXUAL O EL ESTADO CIVIL DE ÉSTOS". Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, pág. 6. Reg. IUS 2012587.

> para poder establecer que una norma o política pública que no contempla una distinción, restricción o exclusión explícita genera un efecto discriminatorio en una persona […] es necesario introducir factores contextuales o estructurales en el análisis de la discriminación, entre los cuales se ubican las relaciones de subordinación en torno al género, la identidad sexo-genérica, la orientación sexual, la clase o la pertenencia étnica, las prácticas sociales y culturales que asignan distinto valor a ciertas actividades en tanto son realizadas por grupos históricamente desaventajados y las condiciones socioeconómicas.

Con base en ello, los Jueces deben analizar "la discriminación estructural", la cual existe "cuando el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provoca que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a grupos en situación de exclusión sistemática, históricamente determinada."[33]

En esta resolución, la Corte advierte que "[e]l contexto social adverso que enfrentan las personas pertenecientes a estos grupos puede ser producto de condiciones fácticas de desigualdad –como la carencia de recursos– o de condiciones simbólicas de desigualdad producidas por la ausencia en el discurso social dominante de las concepciones, necesidades o aspiraciones de un grupo en situación de opresión o históricamente desaventajado."

En suma, la citada sentencia evidencia la decisión de la Corte de redimensionar sus competencias judiciales para dirigirlas a realizar

[33] Tesis P. VIII/2016 (10a.), de rubro: "DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. SU DETERMINACIÓN REQUIERE DE UN ESTUDIO SOBRE LA EXISTENCIA DE FACTORES ESTRUCTURALES O CONTEXTUALES". Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, pág. 254. Reg. IUS 2012596.

la misión transformadora de la Constitución. Si el papel transformador de una corte constitucional se asocia con sus criterios de justiciabilidad de la desigualdad estructural,[34] en mi opinión, el Pleno de la Corte mexicana acepta participar en la construcción de criterios y de este asunto emite la tesis de rubro DISCRIMINACIÓN POR OBJETO Y POR RESULTADOS. SU DIFERENCIA, en la cual precisa las condiciones de esta nueva forma de intervención judicial.[35]

En segundo lugar, debe destacarse la acción de inconstitucionalidad 28/2015, resuelta el 26 de enero de 2016 por el Pleno de la Suprema Corte; juicio interpuesto por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos contra el artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco por la definición que realiza del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, la cual fue encontrada inconstitucional, por discriminatoria. La relevancia del caso radica en que fue la primera ejecutoria aprobada por unanimidad de votos de los integrantes del Pleno y la primera sentencia en este tipo de juicio en declarar la invalidez de la norma con efectos generales.

[34] Véase SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016.

[35] Tesis P. VII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, pág. 255. Reg. IUS 2012597, con el siguiente texto: "El parámetro de regularidad constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación reconoce que esta última ocurre no sólo cuando las normas y prácticas invocan explícitamente un factor prohibido de discriminación –categoría sospechosa–. Esta invocación evidente como causa motivadora de la distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria e injusta corresponde con la idea de discriminación por objeto o discriminación directa; no obstante, la discriminación por resultado o indirecta puede ocurrir cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación constituye un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. Así, la discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo en situación de vulnerabilidad, sino también cuando los efectos de su aplicación les genera un daño de discriminación. Esto significa que una ley que, en principio, parezca neutra, podría tener efectos discriminatorios para cierto grupo de personas. La determinación de la discriminación por resultado requiere de un estudio sobre la existencia de la discriminación estructural, y de cómo ésta sustenta la producción e interpretación normativa".

4. El constitucionalismo transformador frente a una objeción cultural típica

Pues bien, en este artículo he tratado de dotar de sentido a la dimensión procesal de las sentencias de la Suprema Corte mexicana en materia de matrimonio igualitario, a partir de la concepción del constitucionalismo transformativo surgido en Sudáfrica para justificar una determinada forma de control constitucional. Cuando menos este artículo pretende visibilizar la relevancia de estas decisiones de política judicial ubicadas a lado de los criterios de fondo, sobre los cuales nos solemos enfocar.

Como lo había anticipado, este tipo de intervención judicial genera resistencias; no todas, desde mi opinión, carentes de méritos. Así, considero que la Corte mexicana debe hacer suya y ofrecer una respuesta a la objeción contramayoritaria cada vez que pasa revisión a las decisiones de las instituciones democráticas, sobre todo, cuando su propósito es el cambio de las condiciones estructurales de la sociedad. Sin embargo, esta objeción lejos de generar una renuncia a al ejercicio de este tipo de poder jurisdiccional, debe invitar a una mayor responsabilidad en su ejercicio.

Sin embargo, lo que sí considero inaceptable es anteponer como crítica una resistencia cultural, incompatible con una Constitución como la mexicana, vigente en 2017, a saber, aquella que apuntala la idea de que los Jueces no deben ejercer poder político a través de sus resoluciones porque la función judicial se debe mantener naturalmente como despolitizada. Heredera de la filosofía clásica del principio de división de poderes, esta objeción defiende que el poder judicial se debe componer de Jueces "inanimados", como un "poder sin voluntad política", o como el poder "menos peligroso" o simplemente "la boca de la ley", limitando la función judicial a una aplicación mecánica

del derecho (cognoscible objetivamente), especialmente cuando se trata de cuestiones procesales, que comúnmente sin más se califican como "técnicas", en los cuales no deben introducirse valoraciones sustantivas. Esto es, la objeción que propone dividir derecho y política a través de una franja infranqueable, que niega a la jurisdicción todo papel en el cambio social.

A un siglo de la promulgación de la sentencia de 1917, me parece impostergable reconocer que controlar la validez de las leyes supone el ejercicio de un poder político, ¿de qué otra forma entender la interpretación de principios tan indeterminados como el debido proceso, la libertad de expresión y el principio de igualdad?; y me parece que, con independencia del tipo de justicia constitucional que consideremos apropiado, no se puede seguir negando que la interpretación constitucional sea una arena racional de debate de filosofías políticas. Como se ha pretendido demostrar en este artículo, este tipo de razonamientos sustantivos también son inevitables al resolver aquellas cuestiones jurisdiccionales marginales al fondo, pero relevantes para precisar el alcance del poder de revisión constitucional, pues a través de ellos se puede legitimar la conservación del *statu quo* o bien, el inicio de su cuestionamiento.

Karl E. Klare documenta cómo esta objeción cultural se alzó contra el poder transformador de la Constitución de Sudáfrica de 1996 [36] y buena parte de sus reflexiones son aplicables a México. En su opinión, el primer obstáculo a la Corte Constitucional fue la cultura jurídica que servía de motor a los procesos interpretativos de los Jueces en la época del *apartheid*. Ante ello, la Corte Constitucional y una nueva generación de constitucionalistas abordaron un reto intelectual

[36] Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 S. Afr. J. on Hum. Rts. 146 1998.

formulado de la siguiente manera: un modelo constitucional que busca la transición hacia la democracia ¿no exige una mayor amplitud para la interpretación creativa y la innovación de las normas constitucionales, para promover esos valores constitucionales que se pretenden informen todas las relaciones jurídicas?

En las condiciones posrevolucionarias de Sudáfrica, el referido autor señala la inevitabilidad de una respuesta afirmativa a lo anterior, y cómo su paulatina aceptación en la sociedad sudafricana ha logrado culminar una concepción de ideal del Estado de derecho –*the rule of law ideal*– que no puede concebirse más como una concepción despolitizada del Derecho, desconectada de la aspiración de desarrollar métodos de control constitucional que contribuyan a un cambio social igualitario.

No obstante, una vez más, ello no quiere decir que los Jueces deban actuar sin restricción institucional alguna, pues, al fin y al cabo, su función es jurisdiccional, por lo que aquella pregunta relevante sobre si los Jueces constitucionales deben ejercer poder político debe sustituirse por la de ¿cómo conciliar la interpretación constitucional con una práctica disciplinada y constreñida por reglas, historia, precedentes e historia, con un sentido transformador? El mencionado autor defiende que esta conciliación es posible y considero que lo mismo podríamos concluir para México.

Por lo pronto, debe concluirse que la distinción política/derecho para limitar el poder de los Jueces debe tomarse como una reducción simplista del control constitucional. De reconocerse un espacio para la política judicial a los Jueces constitucionales, éste en su caso no sólo se apertura y se clausura con la resolución de los problemas de fondo, sino también en las cuestiones vistas históricamente como "técnicas" o procesales. Los juicios de valor de los Jueces no pueden

ser excluidos de sus operaciones jurídicas en el contexto del control constitucional, pues no hay procesos neutrales que determinen la forma de interpretar un principio constitucional, y de esto no se escapan la resolución de problemas procesales. Como lo demuestra la resolución del amparo en revisión 152/2013, una decisión de sobreseimiento puede ofrecer una arena para resolver una tensión de principios constitucionales y los Jueces no pueden pretender ejercer una función mecánica que descubre respuestas únicas y correctas, so pretexto de que se trata de una cuestión "técnica-procesal".

En suma, concluyo este artículo diciendo que la objeción cultural anunciada es inaceptable porque genera la irresponsabilidad política ahí donde no la debe haber. Como lo afirma Karl E. Klare, la negación del poder interpretativo de los Jueces, ante la indeterminación jurídica, los ayuda a descargarse de la responsabilidad de las decisiones que toman y de sus consecuencias sociales, las cuales pueden hacer pasar como netamente técnicas. Esto permite preservar el *statu quo* sin la carga moral. Lo que el constitucionalismo transformador debe lograr como mínimo es reconocimiento del poder político de los Jueces, aunque sea para rechazarlo. Al ejercer la función judicial, los Jueces necesariamente tienen una responsabilidad en el grado de desigualdad que sufre el país.