



Sentencias relevantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos: una revisión desde la judicatura mexiquense

Coordinador: Dr. Ricardo Alfredo Sodi Cuellar

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

**SENTENCIAS RELEVANTES DE LA CORTE
SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS:
UNA REVISIÓN DESDE LA JUDICATURA
MEXIQUENSE**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente
del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET
*Catedrática de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales de la Universidad
de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad
de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad
de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

SENTENCIAS RELEVANTES DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS: UNA REVISIÓN DESDE LA JUDICATURA MEXIQUENSE

RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR

Coordinador



tirant lo blanch
Ciudad de México, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web tirant.com/mx.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Esta obra pertenece a la Colección Editorial Rumbo al Bicentenario.

Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México

Calle Leona Vicario núm. 301, Col. Santa Clara

C.P. 50090, Toluca, Estado de México

Tel. (722) 167 9200, extensiones: 16822, 16804, 15196 y 15178.

Página web: <http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/>

Editor responsable:

Ramón Ortega García

Director del Centro de Investigaciones Judiciales

Editora ejecutiva:

María Fernanda Chávez Vilchis

Cuidado de la Edición:

Jessica Flores Hernández

Orlando Aramis Aragón Sánchez

© Varios autores

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc,
CP 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1147-554-9
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

AUTORES

ALEJANDRA ALMAZÁN BARRERA
FABIOLA CATALINA APARICIO PERALES
LUIS ÁVILA BENÍTEZ
VERÓNICA CARRILLO CARRILLO
SERGIO CASTILLO MIRANDA
ERIKA ICELA CASTILLO VEGA
FERNANDO DÍAZ JUÁREZ
EDNA EDITH ESCALANTE RAMÍREZ
FELIPE LANDEROS HERRERA
HÉCTOR MACEDO GARCÍA
JOSÉ LUIS MAYA MENDOZA
EDGAR HERNÁN MEJÍA LÓPEZ
CRISTINA MIRANDA CRUZ
MARIO EDUARDO NAVARRO
PERLA PALACIOS NAVARRO
ELIZABETH RODRÍGUEZ CAÑEDO
RAÚL AARÓN ROMERO ORTEGA
MODESTO SÁNCHEZ JALIL
PATRICIO TIBERIO SÁNCHEZ VÉRTIZ RUIZ
RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR
ALEJANDRO VELÁZQUEZ CONTRERAS

**CONSEJO DE LA JUDICATURA
DEL ESTADO DE MÉXICO**

MAGISTRADO DR. RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR
PRESIDENTE

MAGISTRADO DR. EN D. J. P. RAÚL AARÓN ROMERO ORTEGA
Consejero

MAGISTRADO DR. EN D. ENRIQUE VÍCTOR MANUEL VEGA GÓMEZ
Consejero

JUEZA M. EN C. P. FABIOLA CATALINA APARICIO PERALES
Consejera

M. EN D. C. Y A. LUIS GERARDO DE LA PEÑA GUTIÉRREZ
Consejero

JUEZA M. EN D. P. P. EDNA EDITH ESCALANTE RAMÍREZ
Consejera

M. EN D. PABLO ESPINOSA MÁRQUEZ
Consejero

**JUNTA GENERAL ACADÉMICA
DE LA ESCUELA JUDICIAL**

DR. CÉSAR CAMACHO QUIROZ
Presidente de El Colegio Mexiquense

DR. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y Miembro de El Colegio Nacional

DRA. YASMÍN ESQUIVEL MOSSA
Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

DR. JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

DR. GERARDO LAVEAGA RENDÓN
Titular de la Unidad de Transparencia y Políticas Anticorrupción
de la Secretaría de la Función Pública

DR. DIEGO VALADÉS RÍOS
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

DR. JAIME LÓPEZ REYES

Director General

DRA. MARÍA DE LA LUZ RUIZ BELTRÁN

Directora General Adjunta

DR. RAMÓN ORTEGA GARCÍA

Director del Centro de Investigaciones Judiciales

CONSEJO EDITORIAL

DR. JUAN CARLOS ABREU Y ABREU

Poder Judicial del Estado de México

DR. JOSÉ DOLORES ALANÍS TAVIRA

Universidad Autónoma del Estado de México

DR. RODRIGO BRITO MELGAREJO

Universidad Nacional Autónoma de México

DR. JOSÉ ANTONIO ESTRADA MARÚN

Academia Interamericana de Derechos Humanos

DR. RAFAEL ESTRADA MICHEL

Poder Judicial del Estado de México

DRA. FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ

Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México

DR. JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ

Escuela Judicial Electoral

DR. RAMÓN ORTEGA GARCÍA

Editor Responsable

LIC. MARÍA FERNANDA CHÁVEZ VILCHIS

Editora Ejecutiva

Índice

PRÓLOGO	13
RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR	
MARBURY VS. MADISON (1803). CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.	21
PATRICIO TIBERIO SÁNCHEZ VÉRTIZ RUIZ	
GIBBONS VS. OGDEN (1824). LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LOS PODERES DE LA FEDERACIÓN	25
MODESTO SÁNCHEZ JALIL	
DRED SCOTT VS. SANDFORD (1857). ESCLAVITUD Y DERECHO A SER LIBRE	31
MARIO EDUARDO NAVARRO	
YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. VS. SAWYER (1952). DIVISIÓN DE PODERES	35
JOSÉ LUIS MAYA MENDOZA	
BROWN VS. BOARD OF EDUCATION (1954). SEGREGACIÓN RACIAL	39
ALEJANDRO VELÁZQUEZ CONTRERAS	
SCHOOL DISTRICT OF ABINGTON TOWNSHIP VS. SCHEMPP (1963). LIBERTAD DE CREENCIAS	41
FELIPE LANDEROS HERRERA	
NEW YORK TIMES CO. VS. SULLIVAN (1964). LIBERTAD DE PRENSA Y «REAL MALICIA»	45
FERNANDO DÍAZ JUÁREZ	
MIRANDA VS. ARIZONA (1966). DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN	59
CRISTINA MIRANDA CRUZ	
TINKER VS. DES MOINES INDEPENDENT COMMUNITY SCHOOL DISTRICT (1969). LIBERTAD DE EXPRESIÓN	63
ELIZABETH RODRÍGUEZ CAÑEDO	
FURMAN VS. GEORGIA (1972). PENA DE MUERTE	69
RAÚL AARÓN ROMERO ORTEGA	
ROE VS. WADE (1973). ABORTO	73
FABIOLA CATALINA APARICIO PERALES	
EDNA EDITH ESCALANTE RAMÍREZ	
UNITED STATES VS. NIXON (1974). ALCANCES DEL PODER PRESIDENCIAL	81
SERGIO CASTILLO MIRANDA	

<i>REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA VS. BAKKE</i> (1978). ACCIONES AFIRMATIVAS	85
VERÓNICA CARRILLO CARRILLO	
<i>UNITED STATES VS. ÁLVAREZ-MACHAIN</i> (1992). SECUESTRO FORZOSO	89
HÉCTOR MACEDO GARCÍA	
<i>UNITED STATES VS. VIRGINIA</i> (1996). DISCRIMINACIÓN SEXUAL	95
ALEJANDRA ALMAZÁN BARRERA	
<i>BUSH VS. GORE</i> (2000). RECUENTO DE VOTOS EN ELECCIÓN PRESIDENCIAL	101
PERLA PALACIOS NAVARRO	
<i>DISTRICT OF COLUMBIA VS. HELLER</i> (2008). DERECHO A PORTAR ARMAS	107
RICARDO ALFREDO SODI CUÉLLAR	
<i>CITIZENS UNITED VS. FEDERAL ELECTION COMMISSION</i> (2010). PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS EN CAMPAÑAS POLÍTICAS ELECTORALES	115
EDGAR HERNÁN MEJÍA LÓPEZ	
<i>NATIONAL FEDERATION OF INDEPENDENT BUSINESS VS. SEBELIUS</i> (2012). DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	123
LUIS ÁVILA BENÍTEZ	
<i>OBERGEFELL VS. HODGES</i> (2015). MATRIMONIO IGUALITARIO	127
ERIKA ICELA CASTILLO VEGA	

Prólogo

En 1776, *las trece colonias* americanas de Inglaterra declararon su independencia de la Corona británica, episodio histórico que dio lugar a la formación de entidades federativas (1776-1778). Los nuevos estados encontraron fuerza y unidad en principios firmemente consagrados. En la Declaración de Independencia (1776) proclamaron que la razón de ser de la existencia del gobierno era servir al pueblo, que las personas tenían derechos inalienables y que el gobierno estaba obligado a garantizar esos derechos por medio de la adhesión al Estado de Derecho. Una vez concluidos los enfrentamientos en el campo de batalla, los principios que habían desatado la revolución fueron plasmados en una Constitución escrita.

En 1787, los *padres fundadores* redactaron la Constitución de los Estados Unidos. El texto fue ratificado en 1789, y sus primeras diez Enmiendas fueron aprobadas en 1791. Se trata de un documento muy equilibrado y cuidadosamente diseñado para establecer un gobierno nacional lo suficientemente fuerte y flexible como para satisfacer las necesidades de la naciente república, pero lo suficientemente limitado y equitativo como para proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos, instituyendo, de este modo, un equilibrio entre la necesidad de garantizar el orden social y el derecho del individuo a la libertad. A tal fin, se crearon tres ramas del gobierno, independientes y coiguales, que dividían el ejercicio del poder público en: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Aunque separados entre sí, los tres poderes contaban con autoridad para supervisar y regular las acciones de los otros y evitar la conformación de un gobierno centralizado o autoritario que violara y quebrantara los derechos individuales.

Aunado a esto, la Constitución también previó la creación de una institución única diseñada para hacer cumplir sus preceptos: la Corte Suprema de los Estados Unidos, un organismo judicial independiente cuyos fallos se aíslan de la influencia de la opinión popular y de los poderes coordinados del gobierno, siempre bajo la guía del principio de fidelidad a la ley y, por lo tanto, al mandato de no contravenirla.¹

En los Estados Unidos, el proceso judicial se basa, en gran medida, en el sistema jurídico británico del Derecho consuetudinario conocido como *Com-*

¹ Cfr. Departamento de Estado de Estados Unidos (2009): El Tribunal Supremo de Estados Unidos. *eJournal USA*, pág. 6.

mon Law, es decir, en el Derecho elaborado e interpretado por los jueces, modelo que contrasta con la concepción del Derecho como un conjunto de normas jurídicas codificadas típica de los sistemas de Derecho continental o romano-germánico.

Así pues, tomando en consideración sus cualidades identitarias, entendemos el *Common Law* como: a) el *Common Law* inglés, un Derecho jurisprudencial elaborado tanto por los tribunales de Westminster como por la *equity* que desarrolla el tribunal de la cancillería a modo de una administración de justicia centralizada y concentrada; y, b) el *Common Law* estadounidense, que es también un derecho jurisprudencial, pero enriquecido por la legislación, en el que la constitución es la norma jurídica fundamental, objeto de interpretación por la Corte Suprema mediante el control judicial de la constitucionalidad de la ley, que se caracteriza por ser difuso y *a posteriori*.²

Una de las características fundamentales de la adopción del *Common Law* en Estados Unidos es la doctrina del *precedente*, de acuerdo con la cual los jueces emplean los principios de Derecho establecidos en causas anteriores para decidir causas nuevas con hechos semejantes y que presentan cuestiones de Derecho similares. Por lo tanto, los *precedentes* establecen cómo y en qué sentido deben ser interpretadas y aplicadas las leyes.

A partir de estos rasgos, se identifican dos peculiaridades: a) el federalismo judicial; y, b) el mecanismo de equilibrio de poderes que garantiza la protección del principio liberal de evitación de la concentración de poder.

La evolución del federalismo estadounidense permite diferenciar dos modelos: a) un federalismo dual, caracterizado por la clara diferenciación entre los límites de acción (*jurisdictions*) del nivel estatal y el federal, que fue implantado desde el mismo momento de la fundación de Estados Unidos y se prolongó hasta la implementación del *New Deal*, en la década de 1930, un conjunto de programas sociales orientados a subsanar las consecuencias de la Gran Depresión de 1929 mediante la creación de fuentes de empleo, el incentivo del consumo y la reactivación de la economía; y, b) un federalismo cooperativo, caracterizado por la relación entre el gobierno federal y los gobiernos estatales, que trata de empoderar a los estados mediante tres vías: (i) la creación y asignación de subvenciones nutridas de fondos federales que los estados gastan a su discreción; (ii) la devolución, es decir, la restitución a los gobiernos estatales del poder de implementar regulaciones relevantes en

² Rubano Lapasta, Mariela (2000): «El sistema del Common Law en el Derecho inglés y el Derecho de los Estados Unidos de América», *Revista de la Facultad de Derecho*, 18, p. 76.

ciertas áreas (seguridad, salud y educación), o la posibilidad de que tengan mayor protagonismo en el proceso de elaboración de las regulaciones que haga la autoridad federal; y, (iii) el cumplimiento interpretativo de la Décima Enmienda de la Constitución, que estipula: «Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los estados, están reservados a los estados o al pueblo». Este modelo surge en 1970 y se mantiene en la actualidad.³

Ahora bien, para la adecuada comprensión de esta obra que el amable lector tiene entre manos, resulta importante conocer algunos datos históricos de la Corte Suprema como institución, en la medida en que se erige como el más alto tribunal de la nación para todos los casos y controversias que surgen bajo la Constitución o las leyes de los Estados Unidos.

La Corte Suprema fue creada en 1789 y su primera sesión se celebró en 1790. En ella se inició el debate sobre los procedimientos y su organización. En 1972, después de conocer diversos casos, emitió su primer dictamen.

La posición única del más alto tribunal deriva, en gran medida, del profundo compromiso del pueblo estadounidense con el Estado de Derecho y el gobierno constitucional. En consecuencia, el complejo papel de la Corte Suprema en el sistema jurídico estadounidense deriva de su autoridad para invalidar leyes o acciones ejecutivas que entran en conflicto con la Constitución. Este poder de revisión judicial (*judicial review*) le ha concedido una responsabilidad crucial en la garantía de los derechos individuales, así como en el mantenimiento de una «constitución viva» cuyas amplias disposiciones se aplican continuamente a nuevas situaciones complejas.

La función de revisión judicial no está explícitamente prevista en la Constitución, si bien había sido sugerida antes de la aprobación del documento. Con anterioridad a 1789, los tribunales estatales ya habían revocado aquellos actos legislativos que contravenían el contenido de las constituciones estatales.

No obstante, el poder de revisión judicial de la Corte no se confirmó sino hasta 1803, cuando fue invocado por el presidente del tribunal supremo John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*. En esta decisión se confirmó que la responsabilidad de la Corte Suprema de revocar la legislación inconstitucional, era una consecuencia necesaria de su deber jurado de defender la Constitución, pues «*es enfáticamente competencia del departamento judicial decir cuál es*

³ Cfr. Gómez Peralta, Héctor (2019): *El ABC del sistema político de los Estados Unidos de América*, México: AM editores, p. 20.

la ley», afirmó el propio Marshall para dar a entender que la Corte debía limitarse a tratar «casos» y «controversias»; por su parte, John Jay —el primer presidente del Tribunal Supremo, cuyo mandato se prolongó desde 1789 hasta 1795— aclaró esta restricción cuando se negó a asesorar al presidente, George Washington, sobre las implicaciones constitucionales de una decisión de política exterior, toda vez que, como sostuvo Jay, la Corte no emitía opiniones consultivas y su función se limitaba únicamente a decidir en casos específicos.

Ahora bien, para que un caso llegue a la Corte, previamente debe pasar por una Corte de Apelación Federal y debe cumplir con las siguientes condiciones: (i) no puede solicitarse a la Corte Suprema que revise si una ley es o no constitucional si no ha existido previamente un efecto; por lo tanto, debe haber existido un daño causado por dicha ley, y no un mero daño hipotético o que sea probable que ocurra en el futuro; (ii) el litigio debe de contar con la presencia del perjudicado (*standing*); así pues, para que la Corte admita a trámite un caso, las partes involucradas deben tener una participación sustancial en el resultado del juicio, dado que la falta de *standing* es motivo suficiente para que la Corte Suprema no atraiga un caso; (iii) el caso debe de tener relevancia práctica (*mootness*); esto significa que solo se admiten casos si el demandante todavía necesita una resolución, e incluso se excluyen casos en los que el daño es solo potencial, es decir, que todavía no ocurre (*ripeness*); y, (iv) toma en consideración la doctrina de la cuestión política. En muchos casos, la Corte Suprema prefiere dejar que el Ejecutivo o el Legislativo sean quienes aborden los problemas, sobre todo si la disputa gira en torno a asuntos que los otros poderes pueden atender por sí mismos.

No obstante, en determinadas circunstancias, la Corte Suprema tiene jurisdicción original y puede funcionar como un *Trial Court*. Así ocurre en casos concernientes a: (i) controversias entre el Gobierno federal y alguno o algunos estados de la Unión; (ii) disputas entre dos o más estados de la Unión; (iii) supuestos que involucren a funcionarios extranjeros o embajadores; (iv) conflictos entre uno o más ciudadanos de un estado contra uno o más ciudadanos de otro estado o contra algún país extranjero; y, (v) crímenes cometidos en *alta mar*, en los que ningún estado tiene jurisdicción.

Asimismo, mediante los fallos judiciales emitidos por la Corte Suprema, ésta puede cambiar radicalmente la forma en que se entiende y aplica la Constitución. El Derecho adquiere vigor a través del principio de *stare decisis*, que significa «que la decisión se mantenga». Dicho de otro modo, si no hay circunstancias extraordinarias, la Corte Suprema se atiene al precedente, es decir, a los casos que ha decidido anteriormente y, a medida que se acumulan

las decisiones sobre una cuestión en particular, puede aclarar o modificar sus doctrinas, pero los precedentes anteriores constituirán el punto de partida.

Harlan Fiske Stone —presidente de la Corte Suprema entre 1941 y 1946— reconoció con acierto el valor del precedente de una manera más irónica, sugiriendo que «la regla de *stare decisis* encarna una política sabia porque a menudo es más importante que se resuelva un Estado de Derecho a que se resuelva correctamente». El mensaje, sin embargo, es el mismo: si la Corte se adhiere a sus decisiones pasadas, suministra alguna dirección a todos los que trabajan en el sistema jurídico. Así pues, los jueces de los tribunales inferiores saben cómo deben y no deben decidir los casos, los abogados pueden enmarcar sus argumentos de acuerdo con las lecciones de casos anteriores y los legisladores entienden lo que pueden y no pueden regular.⁴

El precedente, por tanto, puede ser un factor importante y útil en la toma de decisiones de la Corte Suprema. No obstante, para decidir si una decisión anterior califica como un precedente, los jueces determinan que resulta necesario despojarse de lo no esencial del caso y ceñirse a la exposición de las razones básicas de la decisión de la Corte Suprema.

Este proceso se conoce genéricamente como «establecer el principio del caso», o sea, la *ratio decidendi*. Otros puntos planteados en una opinión dada, esto es, los *obiter dicta* —cualquier expresión de una opinión que sea innecesaria para la decisión adoptada en el caso o que se refiera a una situación de hecho distinta de la que tiene ante sí el tribunal— carecen de peso jurídico, y los jueces no están obligados por ellos. Así, corresponde a los tribunales separar la *ratio decidendi* del *obiter dictum*, una tarea que no solo es difícil, sino que también es una forma para que los jueces eludan el precedente con el que no están de acuerdo. De modo que la cultura del uso de precedentes permite asegurar dos derechos: *a*) el de igualdad, que exige tratar de manera semejante a los casos que guarden similitudes; y, *b*) el de seguridad jurídica, pues el precedente implica determinada previsibilidad de las decisiones judiciales.

En este orden de ideas, se considera que todo sistema jurídico constituye una expresión de la cultura en la que opera, por lo que la función de los órganos encargados del control constitucional refleja la existencia o ausencia del Estado de Derecho. En Estados Unidos, por ejemplo, el sistema judicial es percibido como el verdadero sistema de protección de un derecho democrático descentralizado que, a lo largo de su historia y a través de la propia evolución

⁴ Cfr. Lee Epstein y Thomas G. Walker (2010): *Constitutional Law for a Changing America: Institutional Powers and Constraints*, Newbury Park: SAGE Publications, p. 30.

de su *Common Law*, se ha convertido en un referente importante para la consolidación del Derecho en otros países. Y es que desde hace años el quehacer de la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha convertido en un modelo para la protección de derechos fundamentales.

Si bien, muchas de las decisiones del alto tribunal son poco conocidas o consideradas de poco interés para el público en general, varias de ellas destacan por el impacto que han tenido en la historia estadounidense, en el sentido de que han creado un punto de partida o referente para el avance de otros sistemas jurídicos que tratan de garantizar los derechos fundamentales de sus pueblos y protegerlos contra acciones inapropiadas del gobierno.

Tal es el caso de México y su relación con el tema de los precedentes, dado que, a semejanza de Inglaterra y Estados Unidos, en nuestro país el origen del reconocimiento del precedente fue impulsado tanto por la conformación de una estructura judicial de carácter jerárquico como por el desarrollo de la práctica consistente en difundir las resoluciones judiciales a través de publicaciones oficiales y no oficiales. La particularidad más visible del caso mexicano es el hecho de que la trayectoria del precedente ha estado ligada desde su creación, a la consolidación del control judicial de constitucionalidad. En este sentido, la publicación de sentencias en el *Semanario Judicial de la Federación* ha sido el factor fundamental de la consolidación de la doctrina del *stare desisis*, que ha expandido la utilización de los criterios judiciales como parámetros para la resolución de otros casos.⁵

Por lo expuesto, resulta importante el estudio y análisis de los precedentes en los diversos sistemas jurídicos a través del análisis comparado y, en esta obra en específico, la contrastación del Derecho estadounidense y el Derecho mexicano, pues este último, ha tomado y adaptado características del primero para fortalecer y hacer más eficiente su labor de protectora del Estado de Derecho. La adopción de un sistema de jurisprudencia por precedentes tras la reforma judicial de 11 de marzo de 2021, trajo consigo un avance importante para nuestro Derecho, que, aún con algunas dificultades, permite vislumbrar la evolución del uso tradicional del sistema de tesis, a uno apoyado por el sistema de jurisprudencia por precedentes. Surge así la doctrina constitucional mexicana de la Undécima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y el Derecho constitucional mexicano por precedentes.

⁵ Bernal Pulido, Carlos, Rodrigo Camarena González y Alejandra Martínez. (2019): *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: SCJN-Centro de Estudios Constitucionales.

Las razones de esta evolución son variadas y dependen del contexto, pero hay una explicación que se impone sobre todas las demás: la adopción de un modelo similar al de Estados Unidos, que busca uniformizar la interpretación y aplicación del Derecho, objetivo anhelado durante mucho tiempo por la administración de justicia. Visto desde esta perspectiva, el Derecho comparado cumple una función múltiple que impacta de diversas formas: el fomento de nuevo conocimiento, el suministro de bases características, o diferencias del Derecho, así como la fijación de los criterios que guían la interpretación del Derecho en atención al contexto jurídico de cada país. De este modo, el Derecho comparado sirve como una fuente de perfeccionamiento, unificación y armonización sistémica.

La revisión de determinados fallos emitidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos pretende proporcionar al lector conocimientos valiosos y útiles, relativos a cuestiones teóricas y prácticas del Derecho, donde se permita el análisis de los casos desde una nueva visión que visibilice las similitudes en la salvaguarda de determinados derechos.

Dr. Ricardo A. Sodi Cuellar

*Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de México.*

Marbury vs. Madison (1803).

Control difuso de constitucionalidad

Patricio Tiberio Sánchez Vértiz Ruiz

La sentencia pronunciada el 24 de febrero de 1803 por John Marshall, segundo presidente (*Chief Justice*) de la Corte Suprema de los Estados Unidos es, sin duda, el precedente más conocido del sistema judicial estadounidense, dado que constituye la base del modelo de control difuso de constitucionalidad, basado en la facultad de los jueces —independientemente de su jerarquía— de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los actos emanados de los poderes legislativo y ejecutivo.

En este ensayo se expondrán brevemente las particularidades del caso *Marbury vs. Madison*, así como las consideraciones sustanciales de Marshall y el sentido de la decisión tomada. El caso comenzó con la demanda entablada por William Marbury ante la Corte Suprema, a la que solicitó que requiriera a James Madison, (Secretario de Estado durante la presidencia de Thomas Jefferson) la entrega física del nombramiento o comisión que el presidente saliente, John Adams, con autorización del Senado, otorgó a su favor como Juez de Paz adscrito al Condado de Washington, Distrito de Columbia. La acción se sustentó en el hecho de que el nuevo Secretario de Estado se negó a despachar el nombramiento o comisión otorgado por Adams.

En la sentencia, Marshall advirtió preliminarmente que Madison no expuso razón alguna por la que fuera improcedente ordenar que se entregara a Marbury su comisión o nombramiento como Juez de Paz; enseguida, puntualizó que la promoción bajo consideración era una petición de *mandamus*, y advirtió que, la delicadeza del caso, la novedad de algunas de sus circunstancias y la dificultad para atender los puntos presentados, exigían la exposición completa de los principios que fundamentaban la decisión.

A partir de estas premisas, planteó tres cuestiones: 1) ¿Tiene el promovente derecho a la comisión que exige?; 2) Si tiene un derecho, y éste ha sido violado, ¿las leyes de su país le brindan un remedio?; 3) Si le brindan un remedio, ¿es un *mandamus* emitido por este tribunal?

En su disertación, Marshall concluyó que Marbury era titular de un derecho legal adquirido y que la retención de la comisión o nombramiento no estaba

legalmente justificada. Asimismo, adujo que la negativa a entregárselo constituía una clara violación a ese derecho y que las leyes de su país le brindaban un remedio. Al verificar si el peticionario tenía derecho al recurso solicitado, Marshall señaló que esta cuestión dependía de su naturaleza y de los poderes de la Corte.

Marshall consideró que se trataba de un caso claro para el *mandamus*, ya fuera para entregar la comisión, el nombramiento, o una copia del existente en el registro. A continuación, señaló que la ley relativa al establecimiento de los tribunales estadounidenses de 1789 autorizaba que la Corte Suprema emitiera órdenes de mandamiento en los casos justificados por los principios y usos de la ley ante cualquier tribunal designado o ante las personas que ocupasen el cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos.

Asimismo, el magistrado observó que el secretario de Estado se ubicaba en el supuesto legal, pero estimó inconstitucional la ley que prevé ese *mandamus* o mandamiento, dado que el tribunal no tiene facultades constitucionales para emitirlo, y ello porque la Constitución de los Estados Unidos dispone que la Corte Suprema tendrá jurisdicción original en todos los casos que afecten a embajadores, ministros públicos o cónsules, y aquellos en que un Estado sea parte; en todos los demás, tendrá jurisdicción apelada.

Con base en la contradicción existente entre la Constitución y la ley orgánica, generada al atribuir a la Corte una jurisdicción original que la norma suprema no le confiere, Marshall concluyó que la petición de Marbury debía ser denegada. De este modo, Marshall estableció que era una cuestión judicial decidir si las leyes son o no conformes con la Constitución, así como examinar su validez y no aplicarlas si la violan o contradicen.

Rabasa¹ subraya la trascendencia política y jurídica de esta sentencia y sostiene que, si la Corte hubiese aceptado que la mera expedición de la ley implica su constitucionalidad, el poder legislativo estadounidense se habría convertido en autoridad suprema, a semejanza del Parlamento inglés, por lo que la forma de gobierno actual, basada en la supremacía constitucional y judicial, no existiría.

Por su parte, Eto Cruz² señala que la sentencia inaugura formalmente el modelo de jurisdicción constitucional americano o *judicial review*, opuesto al

¹ Rabasa, Oscar (21982): *El Derecho Angloamericano, estudio expositivo y comparado del Common Law*, México: Porrúa, p. 630.

² Eto Cruz, Gerardo (52006): «John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison», en E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t I, México: Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., pp. 37 y 58.

modelo austriaco o europeo, dado que, mientras en este (modelo de control concentrado) existe un único órgano que ejerce la jurisdicción constitucional —y el control de constitucionalidad—, en el primero no hay tal concentración, sino un control difuso que permite a cualquier juzgador, sin importar su jerarquía, resolver las cuestiones atinentes a la constitucionalidad de leyes.

En México, el sistema de control concentrado fue originariamente adoptado por los tribunales federales, puesto que no fue el poder constituyente primigenio, sino el intérprete de la Constitución, el que excluyó el control difuso de constitucionalidad; no obstante, esta exclusión fue reconsiderada a consecuencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

En efecto, el sistema difuso de control fue establecido en el artículo 126 de la Constitución de 1857 y reproducido en el texto del artículo 133 de la promulgada en 1917, precepto redactado originalmente en estos términos:

«Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados».

La aparente antinomia existente entre este numeral y las previsiones de los artículos 103 y 107 de la propia Constitución, relativos, respectivamente, a la competencia constitucional de los tribunales de la Federación y a la regulación del juicio de amparo, fue resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a favor del sistema de control concentrado bajo el argumento de que el artículo 133 no autoriza el control difuso de la constitucionalidad.³

En el contexto de la reforma en materia de derechos humanos de 2011, la cuestión fue replanteada por el Pleno de la Corte al dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el expediente varios 912/2010,⁴ por haber considerado al respecto que el mecanismo para llevar a cabo el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ajustarse al modelo general de control establecido constitucio-

³ Tesis: P./J. 74/99, de rubro: «CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5. Registro digital: 193435.

⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro I, t. 1, octubre de 2011, p. 313.

nalmente y que el ejercicio de este control, presupone realizar tres pasos: a) la interpretación conforme en sentido amplio; b) la interpretación conforme en sentido estricto; y, c) la inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Entre otras cuestiones, el seguimiento de estos pasos facilita necesariamente que los tribunales del país inapliquen leyes en los supuestos del artículo 133 de la Constitución, lo que supone una reformulación de los alcances previamente restringidos, dado que hace operativo el control difuso a pesar de que coexista con el sistema concentrado establecido en los artículos 103, 105 y 107 de la norma suprema.

En este contexto, la sentencia de Marshall en *Marbury vs. Madison* no solo constituye un documento relevante para los juristas mexicanos interesados en el estudio del *Common Law*: también adquiere importancia como antecedente primigenio y fundamental del control de convencionalidad que los tribunales del país deben ejercer *ex officio* en materia de derechos humanos.

De lo anteriormente expuesto cabe inferir las siguientes conclusiones: 1) La sentencia del caso *Marbury vs. Madison* es un fallo fundacional, dado que instituye formalmente el modelo de control constitucional americano o *judicial review*, un sistema de carácter difuso; 2) Los tribunales federales mexicanos adoptaron, primigeniamente, el sistema de control concentrado, europeo o austriaco, pese a que el control difuso no fuera excluido por el poder constituyente; 3) A partir de la reforma constitucional en materia derechos humanos (2011) y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el tipo de control previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue objeto de un importante replanteamiento.

Gibbons vs. Ogden (1824).

La *cláusula de comercio* y los poderes de la Federación

Modesto Sánchez Jalil

«Pocas cosas se conocían mejor que las causas inmediatas que llevaron a la adopción de la presente Constitución [...] que el motivo predominante era regular el comercio; rescatarlo de las vergonzosas y destructivas consecuencias, resultantes de la legislación de tantos Estados diferentes, y colocarlo bajo la protección de una ley uniforme»
(John Marshall)

El caso de *Gibbons vs. Ogden*, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1824, fue una decisión trascendental en el proceso de consolidación del poder del Gobierno federal para hacer frente a los desafíos a la política interna. La decisión confirmó que la *cláusula de comercio* de la Constitución norteamericana, otorgaba al Congreso la facultad de regular el comercio interestatal, incluido el uso comercial de vías navegables.¹

En 1808, el gobierno del estado de Nueva York concedió a una empresa de transporte privada un monopolio virtual para operar sus barcos de vapor en los ríos y lagos del estado, incluidos los ríos cuyos cauces atraviesan Nueva York y los estados colindantes.²

Esta empresa de barcos de vapor aprobada estatalmente, otorgó a Aaron Ogden una licencia para operar barcos de vapor entre Elizabethtown Point (Nueva Jersey) y la ciudad de Nueva York. Thomas Gibbons —uno de los socios comerciales de Ogden— operaba sus barcos de vapor a lo largo de la misma ruta bajo una licencia de navegación federal que le otorgó una ley del Congreso. La sociedad Gibbons-Ogden terminó en disputa.

¹ Cfr. Abel, Albert S. (1947): «Commerce Regulation Before *Gibbons vs. Ogden*: Interstate Transportation Facilities», *North Carolina Law Review*, 25, p. 121.

² Cfr. Birkner, Michael (1979): «Samuel L. Southard and the Origins of *Gibbons vs. Ogden*», *The Princeton University Library Chronicle*, 40(2), p. 171-182.

Aaron Ogden presentó una demanda para evitar que Gibbons operara sus barcos. Ogden argumentó que la licencia que le otorgó el monopolio de Nueva York era válida y ejecutable, a pesar de que operaba sus barcos en aguas interestatales compartidas. Gibbons manifestó su desacuerdo con el argumento de que la Constitución de los Estados Unidos atribuyó al Congreso el poder exclusivo sobre el comercio interestatal.

Después de perder su caso en otro tribunal de Nueva York, Gibbons apeló ante el Tribunal Supremo, que dictaminó que la Constitución otorga al Gobierno federal el poder primordial para regular cómo se conduce el comercio interestatal.

El caso *Gibbons vs. Ogden* fue litigado, argumentado y decidido por algunos de los abogados y juristas más emblemáticos de la historia de Estados Unidos. El patriota irlandés exiliado Thomas Addis Emmet y Thomas J. Oakley representaron a Ogden, mientras que el fiscal general estadounidense William Wirt y Daniel Webster defendieron a Gibbons.

La decisión de la Corte Suprema fue redactada y emitida por el cuarto presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos, John Marshall. En su decisión unánime (Marshall, Washington, Todd, Duvall y Story —el juez Thompson se abstuvo—) la Corte Suprema dictaminó que solo el Congreso tenía el poder de regular el comercio costero e interestatal.

La decisión dio respuesta a dos preguntas fundamentales sobre la *cláusula de comercio* de la Constitución: (i) ¿qué constituía exactamente «comercio»? y, (ii) ¿qué significa el término «entre los varios estados»?

La Corte sostuvo que por «comercio» se entiende el intercambio real bajo precio de productos básicos, incluido el transporte comercial de productos mediante navegación. De igual manera, sostuvo que la palabra «entre» significaba «entremezclado con» en casos en los que uno o más estados tenían un interés activo en el comercio involucrado.

Así pues, dando la razón a Gibbons, la decisión determinó:

«Si, como siempre se ha entendido, la soberanía del Congreso, aunque limitada a objetivos específicos, es plenaria en cuanto a esos objetivos, el poder sobre el comercio con las naciones extranjeras y entre los diversos estados se confiere al Congreso tan absolutamente como lo estaría en un solo gobierno, que tiene en su constitución las mismas restricciones al ejercicio del poder que se encuentran en la Constitución de los Estados Unidos».

Fallado apenas 35 años después de la ratificación de la Constitución, *Gibbons vs. Ogden* supuso una significativa expansión del poder del Gobierno fe-

deral para abordar cuestiones relacionadas con la política interna de Estados Unidos y los derechos de los estados.³

Los Artículos de la Confederación⁴ habían dejado al gobierno nacional en una situación de virtual incapacidad para promulgar políticas o regulaciones relacionadas con las acciones de los estados. En la Constitución, los redactores incluyeron la *cláusula de comercio* para abordar el problema.

Aunque la *cláusula de comercio* atribuyó al Congreso una cuota de poder sobre el comercio, no estaban claras las dimensiones de ese poder. La decisión de *Gibbons* aclaró algunas de estas cuestiones.

Como hemos señalado anteriormente, el entonces presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, proporcionó la definición clara de la palabra «comercio» y el significado de la locución «entre los varios estados» en la *cláusula de comercio*. Actualmente, las opiniones de Marshall son consideradas como las más influyentes sobre esta cláusula clave.

Las vistas del caso *Gibbons vs. Ogden* se celebraron entre el 4 y el 9 de febrero de 1824, y el Tribunal Supremo votó el 2 de marzo de ese mismo año. En concreto, la contienda derivaba de que las leyes de Nueva York habían concedido a Robert R. Livingston y Robert Fulton el derecho exclusivo de navegar barcos a vapor en las aguas de ese estado; estas normas colisionaban con las leyes del Congreso que regulaban el comercio de cabotaje.

Bajo el entendido de que las leyes de Nueva York se habían aprobado en cumplimiento de la Constitución, ciertamente se consideraban supremas. Sin embargo, las leyes estatales deben ceder ante la supremacía de la norma constitucional, incluso aunque se promulguen para cumplir potestades que se reconoce que han de permanecer en los estados.

³ Cfr. Cooke, Fred H. (1019): «The *Gibbons vs. Ogden* Fetish» *Michigan Law Review*, pp. 324-333.

⁴ Los Artículos de la Confederación y la Unión Perpetua, conocidos como los Artículos de la Confederación, constituyeron el primer documento de gobierno de los Estados Unidos de América. Fueron aprobados por el segundo Congreso Continental el 15 de noviembre de 1777, después de varios meses de debate. Eran directrices no obligatorias hasta su ratificación cuatro años después, el 21 de marzo de 1781. Los Artículos de la Confederación son considerados uno de los cuatro documentos más importantes de la fundación de la nación norteamericana. Los Artículos formaron una confederación débil que unía a las trece colonias británicas norteamericanas con la capacidad de gobernarse casi solamente en tiempos de guerra y emergencias. Tras el fin de la Guerra de Independencia y el comienzo de nuevas prioridades, sus limitaciones se hicieron evidentes. Este documento fue reemplazado por la Constitución de los Estados Unidos después de su ratificación el 21 de junio de 1788.

En concordancia, la potestad federal de regular el comercio incluye toda clase de tráfico comercial entre los Estados Unidos y las naciones extranjeras, así como el tráfico entre los distintos estados. No acaba en los lindes externos de cada estado, pero no incluye el comercio que sea totalmente interno.

La potestad federal de regular el comercio es general y no tiene otro límite que los que prescribe la propia Constitución; así pues, la potestad federal de regular el comercio en su extensión constitucional está conferida exclusivamente al Congreso, y ningún estado puede ejercer parte alguna de tal potestad.

En consecuencia, una licencia concedida por las leyes del Congreso que regulan el comercio de cabotaje autoriza a realizar ese tipo de comercio. En este entendido, las leyes estatales de inspección, de sanidad y las leyes que regulan el comercio interno de un estado, así como las relacionadas con las carreteras de peaje y los transbordadores no están incluidas en la potestad de comercio concedida al Congreso. La licencia no solo pretende otorgar carácter nacional, es decir, federal.

La potestad federal de regular el comercio interestatal incluye la navegación de buques utilizados exclusivamente para transportar pasajeros, tanto los barcos de vapor como los que utilizan la energía eólica sobre las velas.

En un recuento del juicio, Aaron Ogden presentó su demanda ante el *Court of Chancery* (Tribunal de Equidad) del estado de Nueva York contra Thomas Gibbons. En ella describía las diversas leyes del órgano legislativo de Nueva York promulgadas para garantizar a Robert R. Livingston y Robert Fulton la navegación exclusiva —en todas las aguas pertenecientes a la jurisdicción de ese Estado— de barcos movidos por fuego o vapor durante un periodo de tiempo que no ha expirado todavía, y que autorizaban al *Chancellor* (Magistrado de la *Court of Chancery*) a conceder un interdicto para impedir que nadie navegara por esas aguas con barcos como los descritos.

La demanda recogía la transmisión de Livingston y Fulton a un tal John R. Livingston, y de este al demandante, Ogden, del derecho de navegar las aguas entre Elizabethtown y otros lugares de Nueva Jersey y la Ciudad de Nueva York. Asimismo, refería que Gibbons, el demandado, poseía dos barcos de vapor, el Stoudinger y el Bellona, que se utilizaban en el trayecto entre Nueva York y Elizabethtown, violando así el privilegio exclusivo concedido al demandante. Por último, solicitaba un interdicto que impidiera a Gibbons utilizar esos barcos o cualquier otro impulsado por fuego o vapor, para navegar por las aguas del territorio de Nueva York.

Concedido el interdicto, Gibbons presentó su contestación en la que declaraba que los barcos que él utilizaba estaban debidamente matriculados y autorizados para realizar comercio de cabotaje en virtud de una Ley del Congreso aprobada el 18 de febrero de 1793, capítulo 3, intitulada «Una ley para matricular y autorizar barcos y buques para su uso en el comercio de cabotaje y en la pesca, y para regularlos».

El demandado insistía en su derecho, afirmando que estaba basado en dichas licencias federales, para navegar las aguas entre Elizabethtown y la ciudad de Nueva York, a pesar de que las mencionadas leyes del órgano legislativo del estado de Nueva York dijeran lo contrario.

En la audiencia, el Chancellor mantuvo el interdicto, entendiendo que esas leyes de Nueva York no contradecían la Constitución ni las leyes de los Estados Unidos, y que, por tanto, eran válidas. Este decreto fue confirmado en el *Court for the Trial of Impeachments and Correction of Errors* (Tribunal para el Enjuiciamiento Político y la Corrección de Errores), el más alto Tribunal en derecho y equidad al que esta causa podía llevarse en el estado y, a continuación, se trajo en apelación a éste, ante la Corte Suprema.⁵

⁵ Cox, Thomas H. (2009): «Contesting Commerce: Gibbons v. Ogden, Steam Power, and Social Change», *Journal of Supreme Court History*, 34(1), p. 56-74.

Dred Scott vs. Sandford (1857). Esclavitud y derecho a ser libre

Mario Eduardo Navarro

Cuando los ingleses arribaron a América, los esclavos negros ya se encontraban en el continente, pues la esclavitud había sido una práctica iniciada en el territorio desde la llegada de españoles, portugueses y holandeses. El comercio de esclavos se había originado siglos atrás, cuando los árabes tuvieron el dominio del mercado, que después fue monopolizado por los europeos, particularmente por los ingleses. La colonización en América generó la necesidad de importar esclavos de África para realizar labores arduas, a las que los nativos de América no estaban acostumbrados.

En 1790, la población negra constituía 1/5 de la población total de los Estados Unidos, mientras que en 1860 ascendía a 36.8 %, de ahí que siempre haya constituido una minoría racial relevante.¹

La historia de la esclavitud en Norteamérica es singular. A pesar de que la Guerra de Secesión (1861-1865) constituyó un factor determinante para su proscripción, la esclavitud no concluyó tras el conflicto, siguió practicándose y constituyó el germen de la discriminación racial que todavía hoy prevalece en el país. El triunfo de los estados del Norte y la aprobación de la Decimotercera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, impulsada por Abraham Lincoln, puso fin a la esclavitud.

En 1866 se propuso la adición de la Decimocuarta Enmienda, que contiene la definición de *ciudadanía* y garantizaba que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y bajo su jurisdicción serían considerados ciudadanos; de igual manera, aseguró que los estados no promulgarían ley alguna que limitara los privilegios o inmunidades de los ciudadanos; tampoco se privaría a persona alguna de la igual protección de las leyes.

¹ Del Campo Urbano, Salustiano, y Juan Díez, Nicolás (1961): «El negro americano», *Revista de estudios políticos*, 120, pp.165-208.

Por su parte, la Decimoquinta Enmienda fue adoptada en 1868, para reconocer el derecho al voto a los ciudadanos, que no podría ser negado ni restringido en el ámbito federal ni por los estados federados por motivos de raza, color o condición previa de servidumbre.

Tomando en consideración estas previsiones, debe señalarse que la sentencia de *Dred Scott vs. Sandford* es una de las más polémicas en la historia de los Estados Unidos. El caso presenta tres aspectos destacables: 1) La Corte Suprema resolvió una cuestión procesal relacionada con lo que en la actualidad se conoce como *conflicto de competencia* entre dos tribunales; 2) La Corte decidió el caso recurriendo a una interpretación jurídica restrictiva de los derechos de las personas, al atender y priorizar únicamente a aquellos «ciudadanos» estadounidenses; 3) La resolución institucionalizó la discriminación de la raza negra, al reputarla una raza inferior condenada al esclavismo.

Un enfoque actual deja entrever la incompatibilidad del criterio asumido por los *justices* de la época en relación con los marcos normativos de los sistemas jurídicos contemporáneos. La evolución de la doctrina de los derechos humanos ha dado lugar a un modelo que reconceptualiza la dignidad de las personas bajo los principios de universalidad y progresividad; la dignidad ha sido concebida como el atributo esencial de todo ser humano que sirve de base para el desarrollo de los demás derechos. Hoy sería inaceptable la desnaturalización de cualquiera de los derechos reconocidos a las personas.

La estructura del sistema judicial estadounidense ha funcionado a partir de dos jurisdicciones paralelas: una federal y otra estatal; ambos niveles comparten características comunes del sistema del *Common Law*. Por ello, resulta comprensible que en *Dred Scott vs. Sandford* ese resolviera una cuestión competencial. La sentencia revocó el fallo dictado por un Tribunal de Circuito del estado de Missouri que había reconocido la ciudadanía del demandante y su familia, sin que para ello fuera óbice su condición de raza negra.

En cuanto a los hechos del caso, cabe señalar que Dred Scott era un esclavo que pertenecía al doctor John Emerson, un cirujano militar. Por motivos profesionales, Emerson viajó con sus esclavos a los territorios libres de Illinois y Wisconsin. Una vez instalado en este último lugar, Scott se casó con Harriet Robinson, que pasó a ser propiedad de Emerson, quien se casó con Eliza Irene Sandford en 1838. A la muerte de Emerson, sus esclavos quedaron a cargo de su viuda. El 8 de abril de 1846, Dred y Harriet Scott reclamaron su libertad ante un tribunal del condado de San Luis, Misuri. Algunos precedentes de la jurisdicción local habían determinado que, si un esclavo regresaba al estado tras haber permanecido en un territorio libre, podía continuar siendo libre.

Esos precedentes habían corroborado el principio de acuerdo con el cual «una vez libre, siempre libre» (*once free, always free*).

La Corte determinó que el demandante carecía del derecho a la libertad, toda vez que, de acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos y diversas leyes de los estados, seguía siendo esclavo, por el solo hecho de que sus antepasados hubieran sido importados de África y vendidos como esclavos; tampoco gozaba del derecho de ciudadanía, privilegio exclusivo de la raza blanca. Por tanto, la Corte concluyó que no estaba facultado para pedir su libertad y la de su familia. En esa tesitura, la decisión de la Corte anuló la sentencia del Tribunal de Circuito del estado de Missouri, al señalar que, de acuerdo con la Constitución, tal órgano judicial era incompetente para resolver en el sentido en que lo hizo, dado que se trataba de un tribunal de jurisdicción general de justicia ordinaria y local, y no así constitucional y federal, a la que pertenecía el control de la ciudadanía americana. Se estima que, efectivamente, la resolución de la cuestión procesal de competencia debatida le correspondía a la Corte Suprema, pues en tal esquema, arraigado en sistemas como el mexicano, se atiende a la jerarquía de un tribunal superior para dirimir los conflictos o cuestiones competenciales surgidos entre los tribunales inferiores.

El derecho que se analiza en la sentencia es el de acceso a la justicia, que en México, está consagrado en los artículos 1o, 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para favorecer a todas las personas; incluso, en el primero de esos preceptos existe una cláusula de no discriminación. Lo cuestionable de *Dred Scott vs. Sandford* estriba en que el texto constitucional no autorizaba la esclavitud ni prescribía que podía coartarse el derecho de libertad de las personas. Incluso, los *justices* advirtieron la necesidad de determinar quiénes eran ciudadanos conforme a la Constitución de los Estados Unidos, y de ahí se desprende el carácter restrictivo de la interpretación jurídica realizada.

En la sentencia pueden leerse una serie de juicios sobre la raza negra que ofenden su condición humana —por ejemplo, su condición desafortunada e inferior— y que justifican la negativa de reconocerles cualquier derecho. No obstante, aun cuando hubieran sido ciertos los hechos que sirvieron como parámetro en la sentencia, se estima que eran inaplicables para la época en que el caso fue resuelto, toda vez que los movimientos bélicos ocurridos en los Estados Unidos preconizaban el derecho de libertad de las personas, de modo que la Constitución de los Estados Unidos nada establecía para permitir la prevalencia de la raza blanca sobre la negra, ni autorizaba la esclavitud.

Sin embargo, la interpretación de la Corte trató de justificar lo contrario. Tampoco la historia europea podía servir de referencia para validar la esclavi-

tud de las personas negras porque, si bien es cierto que Europa era esclavista, también lo es que se produjeron movimientos revolucionarios que fomentaban los derechos de libertad e igualdad; prueba de ello fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, proclamada en Francia. Por tanto, fue claro que los *justices* soslayaron el contenido de la citada Declaración, que evidenciaba el camino a la libertad e igualdad de todas las personas.

También se estima incorrecto que la Corte invocara diversas legislaciones y casos judiciales para revocar la libertad y ciudadanía alcanzada por el señor Scott. Como puede observarse, la interpretación judicial de la Corte se tornó restrictiva con el fin de limitar los derechos de las personas de color cuando era posible una hermenéutica amplia y progresiva que marcara un hito en su desarrollo y tutela, en consonancia con los movimientos libertarios de la época. Sin embargo, la decisión asumida fue una crónica anunciada de la rebelión de la raza negra en busca de su emancipación. En efecto, la interpretación restrictiva de los hechos en el caso, lleva a abordar el tercer aspecto relevante de la sentencia, a saber, que el fallo institucionalizó la discriminación de la raza negra a través del uso de un lenguaje ofensivo.

Este fallo de la Corte estadounidense produjo distintos efectos en torno al conflicto de ideologías raciales e influyó en el estallido de la Guerra de Secesión. La Decimotercera Enmienda liberó a los negros, aunque en su interpretación siguieron utilizándose contra ellos medidas en virtud de cuales, eran encarcelados por razones mínimas. El final del periodo de reconstrucción supuso la abolición de la esclavitud, pero dio carta de naturaleza a la segregación racial.

En conclusión, la argumentación de una sentencia consiste en aportar razones fundadas en la ley y motivadas mediante un lenguaje claro, congruente y eficaz que logre persuadir, en primer término, a quienes contienden y, en segundo lugar, a la sociedad, de acuerdo con el beneficio y la utilidad que tales argumentos puedan reportarle; en tal sentido, una sentencia exige del juzgador una formación ética y una visión humanista para hallar una solución que logre armonía y paz social.

Además de campar en la historia de los derechos humanos, la sentencia recaída en *Dred Scott vs. Sandford* debe reputarse un caso paradigmático que permite establecer un punto de inflexión sobre las exigencias de la justicia y la formación de los juzgadores, pues la impartición de aquella por éstos debe favorecer la tutela efectiva de los derechos humanos sustentada en el principio de progresividad para que procure siempre mayores beneficios, enarbolados en las aspiraciones de libertad, igualdad y felicidad, a los reclamantes de la vulneración de sus derechos fundamentales.

Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer (1952).

División de poderes

José Luis Maya Mendoza

En el fallo *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer* (1952), la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió los problemas relativos a la determinación de los límites de las respectivas competencias de los poderes legislativo y ejecutivo, incorporando normas administrativas provenientes del sistema parlamentario al sistema de gobierno presidencial.

En la tradición republicana de la división de poderes, está firmemente establecido que la reglamentación de los derechos constitucionales corresponde al poder legislativo, mientras que, en el sistema parlamentario, el gobierno emana de la voluntad del parlamento y es depositario de su confianza, por lo que este «puede delegar en el gobierno la función legislativa».¹

En la sentencia *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, la división competencial entre los poderes legislativo y ejecutivo es objeto de un tratamiento relevante para la historia de la doctrina constitucional de los Estados Unidos. El acontecimiento tuvo lugar durante la Guerra de Corea cuando, el entonces presidente Harry Truman, ordenó a su Secretario de Comercio la toma de posesión de las empresas acereras a fin de mantenerlas en operación, argumentando que dicha competencia representaba un poder inherente al presidente.

La Corte rechazó la acción presidencial en un fallo redactado por el *justice* Hugo Black, que determinó la ilegalidad de la orden afirmando que, si el presidente hubiera tenido el poder para tomar una decisión de este tipo, tal poder «debería provenir del Congreso o de la misma Constitución».²

¹ Solá, J.V. (2008): «El Poder Legislativo: de la división de poderes a la confusión de poderes», en J.H. Gentile (comp.), *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional-Konrad Adenauer Stiftung, pp. 125-138.

² Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, vol., 1952, pp. 579-710.

Ante tal situación, el *justice* Robert H. Jackson, uno de los más enérgicos partidarios de los límites de la autoridad presidencial, estableció la doctrina de la flexibilidad de las competencias presidenciales, categorizando las alternativas de actuación unilateral del presidente dentro del sistema constitucional estadounidense del siguiente modo: 1) El accionar del presidente dispone a su favor de una autorización expresa o tácita del Congreso. Cualquier acción del presidente, en este contexto, supondría una sumatoria de las atribuciones reconocidas por la Constitución y de la habilitación otorgada por el Congreso; 2) La inacción, indiferencia o aquiescencia del Congreso en aquellas áreas en las que existe una concurrencia o imprecisa asignación de competencias entre el presidente y el Congreso configuran la categoría de mayor imprecisión y la más riesgosa en términos jurídicos e institucionales. En esta segunda alternativa de la tipología, Jackson pretendía identificar el punto medular de la separación entre los poderes legislativo y el ejecutivo; 3) Una actuación presidencial contraria a la voluntad del Congreso genera tensiones entre las atribuciones constitucionales de los poderes ejecutivo y legislativo, por lo que, en esas condiciones, el margen de maniobra institucional válido para el presidente se reduce considerablemente.³

El propio *justice* consideró que, excepto por recomendación o veto, el poder ejecutivo no tiene atribuciones legislativas, por lo que la acción ejecutiva de la demanda en cuestión se originó en la voluntad individual del presidente y constituyó un ejercicio de autoridad sin ley, ya que desconocía los límites del poder que podía ejercer en este caso sin que las partes afectadas pudieran conocer el límite de sus derechos.

En la sentencia que se comenta, la Corte determinó lo siguiente:

«[...] En el marco de nuestra Constitución, la facultad del presidente para vigilar que se ejecuten lealmente las leyes refuta la idea de que él deba ser un legislador. La Constitución limita sus funciones en el proceso legislativo a solo recomendar leyes que considere buenas y al veto de leyes que no estime favorables. Y la Constitución no es silenciosa ni ambigua sobre quién debe hacer las leyes que el presidente está obligado a ejecutar. El párrafo 1 del artículo I dice que “Todos los Poderes legislativos concedidos en ésta deben ser conferidos a un Congreso de los Estados Unidos de América” [...]».⁴

Independientemente de que las condiciones generadas por la guerra requerían que el acero llegara a los fabricantes de material bélico, la fidelidad de la filosofía política estadounidense al principio de la separación de poder

³ *Idem.*

⁴ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *op. cit.*

res se opuso a cualquier decisión unilateral, por lo que la sentencia propició que la jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual la Constitución de los Estados Unidos se aplica en tiempos tanto de guerra como de paz, se basara en antecedentes históricos.⁵

De acuerdo con esta resolución, se sostiene que la Constitución estadounidense plantea un sistema de vigilancia recíproca entre los poderes (*checks and balances*) que determina una coparticipación equilibrada entre el presidente y el Congreso, con el poder judicial como árbitro y garante del equilibrio institucional.⁶ Este sistema establece una serie de mecanismos para evitar que el Estado actúe de forma arbitraria, y concibe al Derecho como un sistema de normas que se presumen válidas y en estado de equilibrio perpetuo.⁷

La influencia a nivel regional del constitucionalismo estadounidense a partir de esta sentencia se ha basado en el nexo indispensable entre justicia, el control de la administración pública y la democracia, así como en la afirmación de que la estabilidad del sistema judicial resulta indispensable para garantizar la paz social y el orden político. No obstante, no resulta fácil deslindar la política de la justicia, dado que, al funcionar como una unidad de reciprocidad con límites difusos, los hechos políticos tienen implicaciones en el ámbito del poder judicial, y viceversa.⁸

En este sentido, la separación de poderes y el sistema de *checks and balances* se consideran elementos esenciales del Estado de Derecho contemporáneo, en el que ya no solo se exige al poder legislativo una abstención en su proceder, «sino que con frecuencia resulta necesaria una realización positiva del establecimiento público, en virtud de la cual, se dé la consecución efectiva de los derechos».⁹

En el caso de México, desde las reformas del poder judicial iniciadas en 1994, se ha abierto la posibilidad de que el titular del poder ejecutivo cuente cada vez con mayor espacio para adoptar decisiones unilaterales. Así, la

⁵ Groves, Harry E. (1961): «Atribuciones de urgencia», *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, III(2), invierno, pp. 3-20.

⁶ Aguilar, Luis María (2015): «Formar juzgadores de excelencia, política prioritaria del Consejo de la Judicatura Federal», *Compromiso. Órgano informativo de Poder Judicial de la Federación*, año 13, 164, pp. 16-20.

⁷ Kelsen, Hans (2009): *Teoría pura del derecho*, México; Porrúa, p. 83.

⁸ Bazán, Víctor y Marie-Christine Fuchs (eds.) (2018): «Presentación», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Justicia y política en América Latina*, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, p. vii.

⁹ Chaux, Francisco José (2013): «Ingeniería constitucional. La evolución del checks and balances en el estado social de derecho», *Vniversitas*, 126, pp. 89-121.

Constitución federal otorga poderes extraordinarios o descomunales al titular del ejecutivo, pero tampoco deja a los otros dos poderes desvalidos frente al presidente.¹⁰

Es un hecho que, en México, el poder ejecutivo cuenta con amplísimos poderes, circunstancia que obliga a revisar la estructura interna y a los órganos de gobierno de las Cámaras, y a dotar a los legisladores de cuerpos apartidistas de asesoría profesional que les permita equiparar sus recursos de información, análisis y diseño de políticas públicas con las del poder ejecutivo.

Por su parte, el sistema jurídico del federalismo mexicano presenta nuevos paradigmas a través de las reformas aprobadas en algunas entidades, en las que se establecen procedimientos de justicia constitucional en el ámbito local para proteger a la Constitución de la entidad federativa como ley superior, de manera tal que «todos los poderes de este se encuentran limitados por sus mandatos y solo podrán actuar dentro de las competencias y habilitaciones que la Constitución les concede».¹¹

Tal es el caso de la Sala Constitucional del estado de México, producto de un proceso legislativo que reformó los artículos 88 bis y 94 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, reforma a la que hay que sumar la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la creación de la Ley Orgánica de la Sala Constitucional.

En resumen, la influencia de la sentencia del caso *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer* en la difusión de la doctrina de *checks and balances* en Latinoamérica y, concretamente, en México, ha traído como consecuencia la implantación de modelos de justicia constitucional basados en la división de poderes y en el equilibrio entre ellos, de manera tal que se fortalece el Estado de Derecho en el país, así como en algunas entidades federativas, como es el caso del estado de México.

¹⁰ Casar, María Amparo (1997): *The Sources of Presidential Authority in Post-revolutionary México*. Tesis doctoral, Universidad de Cambridge.

¹¹ León, Marco Antonio (2005): «Creación de Tribunales Constitucionales locales», en M. Gámiz y J.E. Rivera (coords.), *Las aportaciones de las entidades federativas a la reforma del Estado*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 531-544.

Brown vs. Board of Education (1954).

Segregación racial

Alejandro Velázquez Contreras

En el caso *Brown vs. Board of Education*, resuelto el 17 de mayo de 1954, se expone un argumento contundente y capaz de conmover a todo el mundo: la no discriminación, pilar de la Constitución de México —consagrado en el artículo 1o, que prohíbe todo tipo de discriminación, a fin de evitar, anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas—, y de la Constitución de los Estados Unidos, que da lugar a las nociones más representativas de los derechos humanos: la igualdad y la libertad.

El asunto tuvo su origen en el conflicto generado en diferentes estados de la Unión Americana a propósito de la admisión de los menores a las escuelas de manera no segregada. El caso en comento, se originó en 1951, cuando el distrito escolar de Topeka, Kansas; se negó a inscribir a la hija de un residente de color, Oliver Brown, en la escuela más cercana a su casa, decisión que le exigía viajar en autobús hasta una escuela primaria segregada para personas de color que se encontraba más alejada. Ante la negativa, los Brown y otra docena de familias en situación similar presentaron una demanda colectiva contra la Junta de Educación de Topeka, alegando que su política de segregación era inconstitucional, dado que violaba la Decimocuarta Enmienda.

El problema central tenía implicaciones entre la legalidad y la legitimidad que revestía esa decisión, toda vez que era guiada bajo la premisa de «separados pero iguales» —premisas que asumía que iguales pero separados significa desigual—, también conocida como *Jim Crow Law*, cuerpo legal que legalizaba la existencia de la segregación.

En el análisis de *Brown vs. Board of Education* hay varios puntos interesantes que resaltan la importancia de los derechos humanos e invitan a la reflexión sobre la necesidad de que sean observados permanentemente y sin excepciones.

El primero es que, sin haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Corte de los Estados Unidos está en sincronía con los postulados de aquella. En cuanto a su estudio, se aprecian argumenta-

ciones que sustentan la decisión final, pero que son valiosas para ser aplicadas en cualquier contexto similar. El análisis parte de los aspectos particulares en diferentes casos en los Estados Unidos de los que puede obtenerse una máxima aplicable a toda la educación pública que impone la necesidad de detenerse en los efectos de la segregación. La situación de la educación pública no se consideró tal y como fue concebida en su ámbito histórico para determinar si la segregación priva de igual protección frente a la ley. La respuesta de la Corte Suprema fue afirmativa en lo que respecta a la efectiva violación del principio de igualdad por la segregación en las escuelas, aun cuando las condiciones materiales o tangibles de igualdad estuviesen ahí reunidas.

Asimismo, se tomó en consideración la importancia de la educación no solo bajo un enfoque general, sino también desde la perspectiva particular de cada niño como base para asegurar su éxito en la vida. Asimismo, se afirmó que, dado que el Estado está comprometido a brindar la educación, se trata de un derecho del que deben disfrutar todos. La Corte subrayó, en fin, la importancia primordial de la educación como base de la formación cívica y como instrumento sin igual en la preparación del niño para su vida futura.

Una importante cuestión tratada en la sentencia, fue que la segregación priva de las mismas oportunidades; cuando se segrega por razón de la raza, se crean condiciones de inferioridad potenciadas con la sanción de la ley: el retardo en el desarrollo educativo y mental motivado por la segregación no se verifica en un sistema educativo integrado racialmente; por tanto, las instalaciones educativas separadas son intrínsecamente desiguales.

En las consideraciones precedentes radica la importancia de la decisión unánime de la Corte Suprema de los Estados Unidos al declarar fuera de los márgenes de la Constitución, la ley de separación de las razas en las escuelas públicas y dando respuesta definitiva a la interrogante formulada. La Corte determinó que la separación de las razas *per se*, constituía una forma de discriminación racial prohibida por la ley fundamental del país —toda vez que esta, no conocía de colores de piel—, y remarcó la importancia del derecho individual a no sufrir discriminaciones fundadas en la raza.

No obstante, y a pesar de los avances en materia de derechos humanos, la conciencia social todavía permanece anquilosada en modelos que excluyen a ciertos grupos sociales.

School District of Abington Township vs. Schempp (1963).

Libertad de creencias

Felipe Landeros Herrera

En la actualidad, ningún Estado democrático puede concebirse al margen de una Constitución. Esta puede definirse de múltiples formas, entre ellas: 1) el resultado de los factores reales de poder; 2) el vínculo o pacto entre generaciones pasadas, presentes y futuras; 3) el conjunto de principios y valores fundamentales de la colectividad o, inclusive, como, 4) el ordenamiento superior de un país.

Desde nuestro punto de vista, la Constitución es un instrumento normativo de naturaleza suprema, tanto en su dimensión jurídica como política que se actualiza constantemente, ya sea por un «constituyente permanente» o por el intérprete de la norma fundamental, una Suprema Corte que hace de ella un «ordenamiento vivo». Justamente, este último supuesto es el que resulta aplicable al sistema jurídico estadounidense.

Al igual que otras, la Constitución de los Estados Unidos regula y establece los poderes públicos, así como los controles de naturaleza política, jurisdiccional y social que deben existir para garantizar una colaboración eficiente entre aquellos. Asimismo, reconoce los derechos y libertades fundamentales de los gobernados y, finalmente, establece las reglas básicas que rigen las relaciones entre éstos y los poderes públicos.

En el establecimiento de las «reglas del juego», la regulación de las relaciones de los poderes públicos con los «poderes *de facto*» resultan de vital importancia para garantizar la estabilidad y la permanencia del sistema normativo. No puede negarse la existencia de grupos o corporaciones con enorme poder económico; no pueden soslayarse los medios de comunicación; los múltiples entes internacionales de naturaleza pública y privada cuyas decisiones inciden en los ordenamientos nacionales ni los dirigentes de las organizaciones religiosas. La relación de todos estos actores con los poderes públicos debe estar presidida por la claridad y la certeza.

Es de trascendental importancia verificar cómo «conviven» los poderes públicos con las diversas religiones y sus dirigentes, así como la forma en que se regula y garantiza la libertad de conciencia y religión. Como ha demostrado la historia, esa interacción es problemática y polémica, y ha estado sometida a constantes cambios.

El caso *School District of Abington Township vs. Schempp*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1963, es un claro ejemplo de las tensas relaciones entre los gobernados, las asociaciones religiosas y los poderes del Estado cuando el centro de debate es precisar los alcances de la libertad religiosa y las formas de hacerla efectiva.

Como antecedentes de tal resolución, cabe hacer mención a la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que establece, entre otras cosas, que “*el Congreso no deberá hacer ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente.*” Nótese que tal Enmienda contiene dos cláusulas: una de «establecimiento», según la cual el Gobierno no puede prescribir religión alguna; y, otra de «libre ejercicio», en virtud de la cual no debe prohibirse o limitarse el libre ejercicio de alguna religión. De ambas cláusulas deriva que el Gobierno no puede adoptar religión, credo o secta alguna, obligar a la práctica de una religión determinada ni apoyar o limitar religión alguna.

Es importante señalar que, con motivo del caso *Marbury vs. Madison*, la Corte Suprema estableció la sujeción de todos los estados a la Constitución, y determinó que cualquier ley estatal contraria a esta sería nula. En Pensilvania, concretamente en el Distrito de Abington, de Filadelfia, en 1928 estaba vigente una ley que, como parte de la educación pública, imponía a los alumnos escuchar y leer diez pasajes de la Biblia, sin ningún comentario ni explicación, al inicio de cada jornada escolar.

En noviembre de 1956, Ellery Schempp cuestionó esta práctica, y se pronunció igualmente contra el recitado del Padre Nuestro antes de pronunciar el juramento de lealtad. A manera de protesta, llevó a la escuela una copia del Corán, se negó a leer la Biblia y a ponerse de pie para recitar el Padre Nuestro. Cuando se le exigió una explicación, se limitó a decir que era un asunto de conciencia. La escuela alegó que era una cuestión de respeto, pero Schempp replicó que se trataba de un asunto de libertad, fe y justicia. En consecuencia, lo consideraron perturbado y refractario a la autoridad.

Los padres de Schempp lo apoyaron, se aliaron con la Unión Estadounidense para las Libertades Civiles e impugnaron la constitucionalidad de la referida ley de Pensilvania, alegando que la obligación de leer la Biblia en

escuelas públicas constituía una violación de la Primera Enmienda. Los demandantes argumentaron que la libertad religiosa quedaba trastocada con la obligación de leer un texto religioso en el que no se creía, que en la Biblia no se consideraban como valores a la democracia ni el sistema de gobierno de los Estados Unidos, que, a su juicio, no era un texto moral recomendable, pues hablaba de genocidios, asesinatos y violaciones, y, en suma, esas prácticas conculcaban sus creencias personales.

Contra estos argumentos se adujo que en tal proceder no había coacción alguna, y que incluso se ofrecía la opción de ausentarse durante las lecturas. Schempp contraargumentó que ello no eliminaba la probabilidad de ser mal visto por los compañeros y los maestros.

Tras el recorrido del caso por las instancias previas, la Corte Suprema de los Estados Unidos, acumuló el caso con *Murray vs. Corlett*—en el que también se pretendía prohibir prácticas religiosas en escuelas públicas— y decidió que, pese a la importancia de los valores religiosos en la cultura de los Estados Unidos, de la antigüedad de las prácticas cuestionadas, del consenso mayoritario que las aceptaba, de la alusión a Dios en las sesiones del Congreso o de las labores jurisdiccionales, etcétera, el adoctrinamiento religioso en escuelas públicas a nivel nacional era inconstitucional. La Corte agregó que no debían aprobarse leyes o promoverse requisitos que fomentaran alguna religión en los no creyentes, que no podía favorecerse a una religión sobre otra, que no podía forzarse a los estudiantes a dichas prácticas, sea cual fuere su religión, que las escuelas públicas no tenían el derecho de patrocinar activismo religioso alguno y que debía prevalecer la separación completa y permanente entre las esferas de la actividad religiosa y la de la autoridad mediante la prohibición completa de toda forma de ayuda pública o apoyo a una religión.

En suma, la Corte aludió a la necesidad de garantizar la neutralidad estatal en la relación entre la iglesia y el Estado, y que, en la protección de todos, a ninguno se prefería y no se desacreditaría a alguno.

Esta doctrina jurisprudencial cambió drásticamente la forma en que las escuelas del país trataban con la religión. Las escuelas dejaron de promover contenidos religiosos como la oración y la lectura de la Biblia al principio de la jornada.

En la especie, llama la atención la creación del estándar de la prueba del *propósito secular*, en virtud del cual, para determinar a cabalidad el respeto a la Primera Enmienda sobre cualquier participación del Gobierno en la religión, debía verificarse la existencia de un propósito secular, así como de un efecto primario que no prohibiera ni inhibiera alguna religión.

Este fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos es histórico, pues en las relaciones Iglesia-Estado se inclina por la separación o la neutralidad a fin de dejar las cuestiones religiosas al margen de las escuelas públicas. En todo caso, si el Estado debe intervenir en cuestiones religiosas, debe hacerlo en un plano de igualdad y sin excluir a grupo alguno. De este modo, y en lo sucesivo, el estándar de prueba del *propósito secular* permitiría analizar acciones y medidas incompatibles con la Primera Enmienda. Podría decirse que este estándar de prueba anticipa algunos aspectos del «test de proporcionalidad» que se aplica en los casos de restricciones a derechos fundamentales.

Tampoco cabe pasar por alto que dicho estándar sirvió de base para que, con posterioridad, se desarrollaran otros estándares destinados a orientar los modelos argumentativos que posibilitaran la toma de mejores decisiones; entre ellos, el *compelling state interest*, según el cual, la conducta religiosa solo podría ser restringida en el supuesto de que colisionara con un interés estatal prevalente; y, el *triple test*, que determina la compatibilidad de una acción o disposición con la Primera Enmienda siempre y cuando se persiga un fin objetivo secular, que como efecto primario no se favorezca a alguna religión ni los poderes públicos se impliquen de manera excesiva con la religión. Por último, el *balancing test*, que trata de proteger a la libertad religiosa de las acciones del Gobierno que pudieran afectarla, una valoración que exige sopesar dicha libertad con los intereses del Estado.

Adicionalmente, es preciso señalar que la Constitución estadounidense es considerada un «texto vivo» cuyos contenidos se actualizan cada día mediante argumentaciones pragmáticas que atemperan las constantes y más acusadas diferencias para lograr la tolerancia, el respeto, la igualdad y la no discriminación. En ello radica la riqueza del fallo en comento: reconciliar, en el presente y para el futuro, lo aparentemente irreconciliable.

New York Times Co. vs. Sullivan (1964). **Libertad de prensa y «real malicia»**

Fernando Díaz Juárez

Las libertades de pensamiento, expresión y prensa hoy son ampliamente protegidas por las disposiciones normativas internacionales y por el Derecho interno; esta protección ha sido fundamentalmente dimensionada a partir de la consideración de que su ejercicio es esencial para el sostenimiento de la democracia.

El estudio jurisdiccional y la motivación legislativa para regular estas libertades encuentran su punto de partida en la «real malicia», noción surgida en la segunda mitad del siglo XX en la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando, en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan*, resolvió que la libertad de expresión no acepta restricciones provenientes de la subjetividad de un daño meramente alegado, dado que; 1) el daño debe ser específicamente acreditado; 2) debe también acreditarse el conocimiento del comunicador sobre la falsedad de las declaraciones o, al menos, la temeraria despreocupación sobre la falsedad de las manifestaciones; 3) la carga de la prueba de todo ello recae en el accionante; y, 4) dicha libertad abraza la posibilidad de difundir expresiones, ideas e informaciones erróneas, falaces e incluso difamatorias, puesto que el bien tutelado encuentra su núcleo en la necesidad de poner bajo el escrutinio social su ejercicio público, característica natural de cualquier democracia.

Con el surgimiento del garantismo jurídico y la aparición de teorías como la de la ponderación, existe un amplio debate sobre la necesaria protección de aquellas libertades que confrontan el ejercicio de la libertad de expresión y que son igualmente protegibles. El honor, la moral pública y la reputación suelen colisionar con el ejercicio del derecho de expresión, por lo que se persigue reducir el efecto nocivo, siempre latente, de la manifestación pública de las ideas. Contrapesos como la réplica exigen hoy también su protección, por lo que el reto, en sede tanto judicial como legislativa, es la consolidación de tales derechos.

La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del 9 de marzo de 1964, donde decidió sobre la cuestión que le fuera encomendada mediante

certiorari,¹ a saber, la reclamación por libelo de L.B. Sullivan contra el diario *New York Times* marcó una verdadera doctrina de protección de la libertad de expresión y de prensa, la denominada «doctrina de la real malicia» o *actual malice*, como es conocida en el Derecho estadounidense.

En términos generales, el fallo de la Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Alabama de ratificar la sentencia dictada en el juicio natural por libelo, en la que el juez Walter Burgwyn Jones condenó al diario, así como a cuatro personas identificadas como pastores en la ciudad de Montgomery, Alabama, a pagar a L.B. Sullivan la suma de 500,000 dólares con motivo de la difamación alegada por el reclamante en un texto que habría sido publicada en el *New York Times* el 29 de marzo de 1960.

En aquella publicación se hacía referencia a diversos hechos de agresión policiaca en contra de Martin Luther King y de simpatizantes suyos, ocurridos precisamente en Montgomery, ciudad en la que Sullivan se desempeñaba como Comisionado. La reclamación por libelo planteada por Sullivan sustentaba que los señalamientos hechos por el Comité para la defensa de Martin Luther King y la lucha por la libertad en el sur, en contra de la policía de Montgomery, habían generado un daño a su imagen como servidor público y como persona, dado que, precisamente él, era el titular del Departamento de Policía. Además, alegó que diversos hechos narrados en aquel artículo no encontraban sustento en la realidad.

En la primera instancia se analizó: a) si existía alguna afirmación falsa de hechos imputados al accionante; b) si dicha afirmación lesionó el honor del accionante; y, c) si se le causó un perjuicio con motivo de ello.

¹ La Corte Suprema de los Estados Unidos conoce principalmente de: a) *certiorari*; b) jurisdicción originaria; c) *appeal*; d) *certification*; y e) *extraordinary writ*. El *certiorari* tiene una naturaleza discrecional. Como explica la propia Corte Suprema en su regla 10, la revisión que realiza por una petición de *certiorari* se ejerce solo por razones imperativas (*compelling reasons*). A partir de la regulación conocida como *Circuit Courts of Appeal Act o Evarts Act* de 1891, los *justices* de la Corte Suprema de los Estados Unidos dejaron de colaborar como jueces de circuito y fortalecieron sus facultades para controlar las decisiones de los tribunales de apelación, precisamente a través del *certiorari*. En 1925, con la reforma judicial impulsada por el *Chief Justice* William Howard Taft, la Corte Suprema delegó la revisión de los asuntos de Derecho federal a los tribunales de circuito y se transformó en un árbitro de asuntos judiciales de importancia nacional, asegurando con ello el cumplimiento de la principal función de la Corte, según expresó el propio Taft: «[...] exponer y estabilizar los principios jurídicos» y preservar la «uniformidad de las decisiones entre los tribunales intermedios de apelación». Así, el *certiorari* se instituyó como un medio de control de constitucionalidad mediante apelaciones que verdaderamente justificaran su revisión por la Corte debido a la relevancia de los temas tratados para el interés nacional.

Bajo las reglas del Derecho estadounidense, la demostración del perjuicio por difamación, depende del tipo de imputaciones y del medio de expresión: a) si la manifestación fue verbal y la imputación se refiere a la comisión de un delito, estamos ante la figura del *slander per se*, de acuerdo con la cual el perjuicio se presume; y, b) Si la difamación es escrita o aparece en alguna publicación, la acción se denomina *libelo* y el perjuicio también es presumible.

En el juicio natural, tras instruir al jurado, el juez señaló la necesidad de dar respuesta a tres interrogantes para determinar la existencia de responsabilidad a cargo de los imputados: 1) ¿los enjuiciados habían realizado la publicación?; 2) ¿las manifestaciones de ésta se relacionaban con L.B. Sullivan?; y, de ser el caso, 3) ¿cuál debería ser el monto indemnizatorio? El juez *a quo* dictaminó la responsabilidad del diario y los pastores respecto de la publicación y sus consecuencias, y ordenó el pago de la indemnización a Sullivan por el daño causado. Contra esta decisión, los demandados apelaron ante la Corte Suprema de Alabama, que mantuvo el análisis en el marco de las reglas de la doctrina del *common law* sobre el *libelo per se* y confirmó la sentencia de primera instancia porque estimó que, efectivamente, aquellas manifestaciones se traducían en un daño a la reputación del Comisionado de Montgomery.

Ya en la Corte Suprema de los Estados Unidos, el *justice* William J. Brennan, desarrolló el voto de la mayoría, que declaró la inconstitucionalidad de las reglas del *Common Law* sobre el *libelo per se*. La Corte consideró que el alto tribunal de Alabama había aplicado una regla de Derecho que imponía graves restricciones a las libertades de expresión y de prensa. La resolución del *justice* Brennan sostuvo que la libre discusión política era uno de los pilares de la democracia estadounidense y de la forma de gobierno republicana, libertad en la que se encontraba inmersa la discusión de los asuntos públicos. Esta, prosiguió Brennan, debía ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, incluso podía incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente punzantes contra el Gobierno y los funcionarios públicos², pues el debate público debe ser tan amplio que ni el error sobre el hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para levantar la protección constitucional³ de la libertad de los ciudadanos de expresar sus ideas y la libertad de la prensa de criticar el funcionamiento del Gobierno, privilegios absolutos establecidos en las Enmiendas I y XIV, de la Constitución.

² Bertoni, Eduardo Andrés (2000): «New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina», en *Libertad de prensa y derecho penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 133.

³ *Idem*.

Las determinaciones de la Corte en torno a la petición que planteó el *New York Times* obedecieron al contexto de lucha contra el racismo que en aquel entonces se vivía en el país, y a la necesaria postura que el tribunal debía tomar a fin de dar respuesta a la expectativa depositada en el poder judicial como canal de apertura para el reconocimiento de las nuevas realidades en la Unión Americana.

La discriminación por razón del origen racial y la ideología se exacerbó en la década de los sesenta a causa del *macartismo*, que alentó en la sociedad sureña el arraigo de un pensamiento muy identificado con el anticomunismo y la superioridad caucásica:

«Desde mediados de los cincuenta la segregación racial se volvió intolerable por una serie de causas, tanto internas como externas... millones de negros habían emigrado del sur a las ciudades del norte durante y después de la Segunda Guerra Mundial [...] Ese fenómeno migratorio urbanizó y modernizó, a un sector muy grande de la población negra que en el sur había vivido en el aislamiento de la vida rural. Lo cual aumentó su conciencia política».⁴

Este episodio de la vida política de los Estados Unidos, aunado a dos fenómenos sociales y culturales de la época —conocidos como la contracultura y el integracionismo—, fueron los antecedentes contextuales que propiciaron las opiniones de los *justices* en relación con la defensa de las libertades personales y con la defensa de los principios republicanos. Así lo afirma Robert Post, para quien «la doctrina de la real malicia acuñada en *New York Times* fue, por los hechos que resolvía, parte de un esfuerzo nacional de extinguir el *apartheid* existente en el sur del país en los años 60 [...]».⁵

Por su parte, Bertoni analizó los problemas de la doctrina de la real malicia que fueron la base de la determinación adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Son los siguientes: 1) La condición que, como figura pública, debe revestir el sujeto pasivo de la imputación. Condición que, con motivo de la evolución jurisprudencial estadounidense, ha alcanzado a quienes no solamente son servidores públicos, sino también a aquellos que voluntariamente se exponen al riesgo de ser dañados por publicaciones falsas o que se han involucrado en una controversia pública, es decir, figuras públicas; en caso contrario, cuando se trate de particulares sin reconocimiento social, deberá realizarse el estudio pormenorizado sobre si el asunto —las declaraciones— reviste un verdadero interés público y tiene connotaciones de carácter insti-

⁴ De los Ríos, Patricia (1998): «Los movimientos sociales de los años sesenta en Estados Unidos: un legado contradictorio», *Sociológica*, 13(38), septiembre-diciembre, p. 17.

⁵ Bertoni, Eduardo Andrés (2000): «*New York Times vs. Sullivan* y la malicia real de la doctrina», en *Libertad de prensa y derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 125.

tucional; 2) El significado y el alcance de la temeraria despreocupación sobre la falsedad de las manifestaciones acusadas de difamatorias; y, 3) La necesaria distinción entre manifestaciones de hechos y expresión de opiniones para la procedencia de la protección constitucional.

Se vislumbra que el segundo problema correspondía al subjetivismo de la temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad, en cuyo centro de análisis reconoce la dificultad que ha enfrentado la adopción de la doctrina de la *real malicia* en otros sistemas jurídicos. Ello, en atención a que no todos los sistemas jurídicos reconocen la *reckless disregard*, imprudencia temeraria, para la determinación de responsabilidad en los hechos ilícitos; es el caso de México, cuya legislación exige la existencia del dolo directo, es decir, la voluntad de provocar el daño.

Para la Corte estadounidense, la responsabilidad en el tipo de casos como el planteado originalmente por Sullivan deriva del conocimiento de la falsedad de las manifestaciones, o bien, de la temeraria despreocupación sobre la verdad o falsedad de los hechos motivo de las manifestaciones.

Bertoni sostiene que, al resolver, la Corte Suprema de los Estados Unidos exigió que se hubiera demostrado un alto grado de conocimiento en los imputados sobre la probabilidad de la falsedad de los hechos, o que hubieran tenido serias dudas sobre la verdad de la publicación, y que para la Corte no habría sido suficiente un análisis conductual con base en la razonabilidad y la prudencia, pues las fallas en la investigación periodística no son suficientes para anular o disminuir el espectro de protección que la Constitución y las Enmiendas I y XIV conceden al derecho a la libertad de expresión (*opinion privilege*) como mecanismo de contención de un mal gobierno, un gobierno absolutista o, al menos, un gobierno criticable por la insensatez de sus determinaciones.

Badeni identifica incluso una inversión del *onus probandi*, es decir, de la regla de la teoría general del proceso que obliga a que quien afirma pruebe sus afirmaciones; en este caso específico, aquel que niega, en afirmación, la existencia de los hechos que le son imputados, tiene a su cargo la obligación de probarlo; «la prueba de la falsedad a cargo del querellante respecto de los hechos que se le atribuyen o de los efectos que se les asignan»⁶ en virtud de que «el legítimo interés del ofendido debe ceder ante el legítimo interés de la sociedad en materias institucionales o de relevancia pública».⁷

⁶ Badeni, Gregorio (2006): *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, p. 797.

⁷ *Idem.*

El autor señala que, al resolver el caso *New York Times*, el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos sintetiza tres reglas en materia de pruebas: 1) La prueba por el accionante de una manifestación difamatoria; 2) La prueba por el accionante sobre la inexactitud de la expresión; y, 3) La prueba por el accionante de que la emisión de la expresión fue hecha teniendo conocimiento de que era falsa (dolo directo) o con una temeraria despreocupación sobre su verdad o falsedad (dolo eventual).

Con respecto a la diferencia entre la narrativa de hechos y la manifestación de opiniones —tercer problema que Bertoni distingue dentro de la *doctrina de la real malicia*—, en realidad la Corte Suprema no analizó en mayor medida esta circunstancia en este caso; hasta 1990, al resolver *Milkovich vs. Lorain Journal Co.*, la Corte no realizó el análisis de lo que, en términos de la «real malicia» y su aplicación, debe entenderse por declaraciones que contienen hechos para diferenciarlas de aquellas que contienen opiniones. En voz del *justice* Thurgood Marshall, la Corte explicó que las declaraciones de creencias u opiniones son como una hipérbole, en el sentido de que no se entienden como afirmaciones reales de hechos sobre un individuo, pero pueden ser procesables si implican la existencia de hechos falsos y difamatorios.

Aludiendo al *test* establecido por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia en *Ollman vs. Evans* en 1985, el propio Marshall aclaró que las circunstancias que debe examinar un tribunal para determinar si una declaración pretende afirmar o implicar hechos reales sobre un individuo son las siguientes: a) el tipo de lenguaje utilizado (el idioma o la especialización); b) el significado de la declaración en contexto; c) la posibilidad de verificar la declaración; y, d) las circunstancias sociales más amplias en las que se hizo la declaración.

Este último elemento de la doctrina —la distinción entre manifestaciones de hechos y manifestaciones de opiniones— parece haber quedado sujeto a la razonabilidad del lector y a sus características personales para que pueda ser capaz de inferir adecuadamente y, en consecuencia, identificar cuándo se trata de una narrativa de opinión sobre una figura pública y cuándo de una narrativa de hechos atribuibles a una figura pública.

En diferentes casos, la Corte Suprema ha dejado claro que las opiniones deben estar ampliamente protegidas; no obstante, también ha reconocido —como en *Milkovich vs. Lorain Journal Co.*— que, al proteger ampliamente la libertad de expresión no se ha tenido la intención de crear una exención total por difamación para cualquier expresión que pueda ser etiquetada como opinión, pero sí una robusta protección constitucional de las opiniones que admitan corrección mediante discusión.

En la argumentación que detonó el surgimiento y la aplicación de la doctrina de la real malicia en Estados Unidos, pareciera que se advierte una ausencia de provisiones sobre el derecho al honor que toda persona tiene, sea o no una figura pública. Esta colisión de la doctrina con ciertos derechos protegidos constitucionalmente ha generado nuevas reflexiones en torno a la real malicia, sus alcances y reglas de aplicación.

En diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se han establecido reglas —adecuadas, aunque solo de carácter general— para estatuir márgenes que sirvan de referencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 13 reglamenta, precisamente, la libertad de pensamiento y de expresión.

Por supuesto, el contenido de este artículo exige, para su aplicación, el ejercicio interpretativo con apego al artículo 29 de la propia Convención, que limita la restricción de las disposiciones de esta por las normas del Derecho interno cuando en sede nacional no se prevean aquellos derechos, o bien, porque se reconocen con mayor amplitud que en la Convención.

Aunque el precepto coloca en un mismo plano el pensamiento y la expresión, es claro que entiende la ocurrencia previa de la operación mental de conocer y generar ideas, seguida de la expresión de estas en palabras, proceso que, en el diseño de este precepto, sigue una suerte de complementariedad a la exclusiva comunicación de información y expresión de ideas; es decir, amplía el espacio de protección a otras operaciones cognoscitivas como la búsqueda y recepción de información.

Del propio artículo se desprende que la constitucionalmente disminuida posibilidad de sanción al derecho de expresión solo puede darse *a posteriori*, por lo que queda proscrita cualquier posibilidad de censurar *ex ante* el ejercicio del derecho. Hace énfasis en los motivos por los que exclusivamente puede restringirse: la reputación de terceras personas, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas, la propaganda de guerra, la apología del odio nacional y la discriminación. Salvo la reputación, el resto son bienes de carácter colectivo jurídicamente tutelados.

En el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce la libertad de pensamiento y, en específico, el artículo 19 consagra el derecho a la libre expresión. En sentido similar al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé una amplia protección del derecho en cuanto al medio utilizado para su ejercicio, incluso cuando este tenga una connotación artística.

La libertad de expresión ha sido también recogida por los tratados especializados en la protección de menores. Tal es el caso del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En sus diversas disposiciones, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece parámetros para el ejercicio de esta libertad. En el texto, la Comisión hace gala de su cualificación como organismo consultivo y también de sus potestades como ordenador de la vida colectiva internacional, pues conmina a las naciones latinoamericanas a vigilar la garantía de la libertad de expresión como fundamento de la vida democrática, introduciendo así una cláusula prohibitiva de cualquier manifestación estadual que persiga la anulación de la democracia en el continente.

Tanto la resolución dictada por la Corte Suprema en *New York Times Co. vs. Sullivan* como aquellos casos que fueron resueltos con posterioridad bajo el auspicio de la real malicia, dejaron clara la intención de la Corte de garantizar la protección amplia al ejercicio del derecho de opinión. Desde la década de los sesenta, esta postura procura la proscripción de cualquier posibilidad de que el mal ejercicio del poder público pueda quedar exento del escrutinio social.

En el caso latinoamericano, partiendo indudablemente de la experiencia estadounidense, la fuerte protección a la libertad de expresión inseparable de la libertad de pensamiento— ha propiciado el desarrollo de teorías sobre la protección de este derecho y las restricciones que encuentra cuando colisiona con otros igualmente protegibles, entre ellos el derecho al honor, a la información, a la protección de datos personales, a la intimidad, a la moral pública, etcétera.

Precisamente, Badeni considera que la libertad de expresión es la expresión pública del pensamiento, cualquiera que sea el medio configurativo;⁸ no obstante, resulta necesario aclarar que la protección constitucional no encuentra su núcleo duro en los medios de comunicación; es decir, la protección que se ha reconocido constitucionalmente y se ha garantizado por las determinaciones jurisdiccionales, no busca preservar a los medios de comunicación ni a las vías a través de las cuales se explicita y se hace pública aquella, sino a la expresión del pensamiento en forma pública y abierta; no obstante, como señala autor en cita, en la medida en que la expresión del pensamiento necesariamente debe ser canalizada a través de los medios de comunicación, a ellos se proyecta la tutela normativa como *instrumento* empleado para la trans-

⁸ Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, *op. cit.* p. 624.

misión del pensamiento, lo cual no quiere decir que el bien jurídico tutelado sean los medios, sino la libre expresión.

En una época sumergida en la desproporción informativa, lo que es indiscutible es la necesidad de protección de la audiencia a fin de que esta pueda contar con elementos suficientes y adecuados de juicio para discriminar la información, para seleccionarla adecuadamente en términos de interés y necesidad, e incluso para eludir aquella que es contraria al interés personal. Con la aparición de mecanismos informativos como internet, poco puede hacerse en temas de control de información en términos de cantidad y calidad, pues tanto las fuentes como los canales de difusión están dispuestos, incluso, bajo la despersonalización y el anonimato del generador de la información, del editor e incluso del anunciante.

Por ello, la evaluación de los parámetros de una responsabilidad informativa con cierta carga axiológica en su configuración debe formar parte del debate, pero con una decidida visión de objetividad material de los informadores. Para Bustamante Alsina, los principios civiles son los parámetros aplicables para determinar la responsabilidad de los medios con motivo del ejercicio de la libertad de expresión, partiendo de la premisa de que «quien ejerce el derecho de informar debe procurar ser veraz y no agraviar».⁹

La responsabilidad de informar exige medios y difusores veraces, convencidos del ejercicio ético de la difícil tarea de comunicar, pero, sobre todo, demanda un marco regulatorio acorde con la realidad generada por una sociedad ávida de información actualizada, global, altamente visual y accesible a través de tecnologías simples y de amplio espectro, una sociedad que despersonaliza las relaciones, que masifica la información y en la que subyacen medios de producción informativa, visibles e identificables en convivencia con medios caracterizados por la clandestinidad.

Esas reglas deben considerar los siguientes extremos:

- a. Originariamente, los medios informativos tienen una función social.
- b. La libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra social; la segunda es de interés público.
- c. El irrefutable compromiso con la verdad.¹⁰

⁹ Bustamante Alsina, Jorge (1989): «Responsabilidad de los órganos de prensa por informaciones inexactas», *Conceptos. Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino*, año 64, 5, noviembre.

¹⁰ Una idea similar fue esbozada en el Acta de Chapultepec y en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, formulada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión en 1994.

- d. La ilicitud de la intromisión arbitraria en la vida ajena que provoca agravios.
- e. La determinación previa por la norma de las responsabilidades por el ejercicio irresponsable de la libertad de expresión.
- f. El ejercicio de la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos fundamentales; si se enuncia un conflicto, debe reclamarse la razonabilidad de la decisión jurisdiccional, pero, previamente, es exigible la razonabilidad en su ejercicio.
- g. La equivalencia de la libertad de expresión con las restantes libertades individuales del ser humano.
- h. La prohibición de un tratamiento jurídico preferente para quien ejerce la libertad de expresión cuando este ejercicio no revista un carácter institucional o estratégico en términos de interés público, que se conduzca a preservar el sistema democrático.
- i. El ejercicio de la libertad de expresión, que adopta una dimensión institucional o estratégica, no es una libertad absoluta; solo adquiere valor superior a los derechos subjetivos individuales en virtud del interés general que reviste el acceso a la información por la opinión pública.
- j. La necesidad de sancionar el ejercicio de esta libertad, cuando ocasione un daño manifiesto y acreditable en la esfera jurídica de otra u otras personas.
- k. La obligación del comunicador de saber distinguir entre las cuestiones de interés público, cuya difusión está protegida constitucionalmente, y aquella información que solo es de interés privado y, por tanto, no es acreedora de aquella protección.

Ha habido diversos intentos por regular el ejercicio de la libertad de expresión en aquellos supuestos en los que colisiona con el ejercicio o la protección de otras libertades, en específico cuando entra en pugna con las libertades o derechos de los menores. Ejemplo de estas iniciativas es el Acta de Decencia en las Comunicaciones (*Communications Decency Act*), votada en 1996 por el Congreso de los Estados Unidos, en la que se establecieron restricciones orientadas a proteger el desarrollo y la salud mental de los menores de edad a través de la penalización de la transmisión de contenido obsceno o indecente cuyos destinatarios pudieran ser menores de 18 años. El acta fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema en lo que respecta a su aplicación a los contenidos en internet, al considerar que, a diferencia de la prensa, radio

o televisión, la navegación en aquel medio exige acciones determinadas y específicas que ponen de manifiesto la voluntad de acceder a dichos contenidos («las comunicaciones a través de internet no invaden sorpresivamente el hogar ni aparecen espontáneamente en la pantalla [...]», afirma Badeni),¹¹ además de señalar que tales restricciones limitarían el derecho de los adultos de conocer tales contenidos.

A fin de garantizar el interés superior y el desarrollo integral de los menores, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé la posibilidad de establecer estos mecanismos en su artículo 17.

El derecho de réplica puede conceptualizarse como la facultad con la que cuentan las personas sobre quienes se han realizado declaraciones públicas a través de cualquier medio de comunicación cuya complejidad o naturaleza puede implicar un menoscabo a la imagen que de ellos pueda tener la colectividad a reaccionar para defender su credibilidad en la actividad profesional que desarrollan e, incluso su honorabilidad o la de su familia.

El ejercicio de este derecho exige la concurrencia de los siguientes elementos:

- a. La difusión por un medio de comunicación, dirigido a la audiencia pública, de expresiones, información, referencias o menciones que afecten a una persona.
- b. Tales expresiones deben configurar una información sobre hechos atribuibles —y no opiniones— a la actuación de las personas.
- c. La presunción de agravios por tales expresiones a la reputación de aquel sobre quien se realizan.
- d. El perjuicio puede ser de naturaleza material o moral.
- e. La solicitud, por quien se considera agraviado, de exponer su versión sobre aquellas declaraciones que le afectan.
- f. La existencia de mecanismos judiciales para confrontar la negativa a la materialización del derecho a replicar.

Badeni afirma que el reconocimiento de este derecho permite hacer más efectivo el derecho a la libre expresión, pues pone de manifiesto la función social de los medios de comunicación como instrumentos transmisores de información veraz¹² y ofrece a los grupos de opinión las diversas interpretaciones

¹¹ Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 637.

¹² Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 711

que se pueden extraer de un hecho público; por tanto, el derecho de réplica constituye una sanción encubierta impuesta a los presuntos abusos de prensa.

Según Otálora, puede afirmarse que esta es la razón por la que en 2007 se incluyó el derecho de réplica en el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el marco jurídico que tutela el derecho a la información en su totalidad.¹³

Por supuesto, se han vertido críticas contra el reconocimiento del derecho de rectificación que apuntan a la aparente lesión que se causa a la capacidad de difusión, así como al derecho de propiedad sobre los medios de comunicación, dado que los propietarios de estos deben conceder espacios para la réplica, y también se ha subrayado la institucionalización del temor a difundir información no acreditada totalmente, que implica el establecimiento de un supuesto de responsabilidad objetiva a cargo del emisor de la información cuestionada.

En este último punto, la responsabilidad objetiva evoluciona hacia el posible resarcimiento de daños —el daño moral es el más común en las legislaciones—. En el sistema interamericano, el daño moral se encuentra reconocido en países como México, Nicaragua, Panamá y Paraguay. La noción se encuentra textualmente definida en las codificaciones civiles. En algunos otros, como Bolivia, Ecuador, Guatemala y Perú no existe una definición del daño moral en las legislaciones secundarias, aunque están vigentes disposiciones encaminadas a su reconocimiento.¹⁴

En el caso mexicano, la libertad de expresión encuentra fácticamente sus límites a la luz el sistema de protección dual —que establece la diferencia en los límites a la crítica de particulares sin proyección alguna y la que tiene por objeto a las personas públicas— y del estándar de malicia efectiva, que, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se aprecia en la emisión de opiniones, ideas o juicios que hayan sido expresados con la intención de dañar: las publicaciones y su contexto pueden constituir las pruebas idóneas para acreditar dicha intención. Tales conceptos son visibles en la tesis de título y subtítulo: «LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ

¹³ Otálora Malassis, Janine (2013): «El derecho de réplica. Artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», en *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México: UNAM-SCJN-Fundación Konrad Adenauer, p. 1083.

¹⁴ Gómez Gallardo, Perla. Villanueva, Ernesto (2010): *Libertad de expresión y sus implicaciones legales. Análisis normativo de los delitos contra el honor en América Latina*, Quito: Quipus-CIESPAL pp. 225-230.

DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA».¹⁵

En el mismo sentido, la propia Corte ha señalado, mediante la tesis de título y subtítulo: «DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA»,¹⁶ que, en el aspecto objetivo, externo o social, el honor es la estimación interpersonal que la persona tiene por sus cualidades morales y profesionales dentro de la comunidad, y que este se ve lesionado por todas aquellas expresiones que afectan a la reputación que la persona merece; lo que, en cierto modo, obliga a los medios de comunicación a no condicionar negativamente la opinión que los demás hayan de formarse sobre una persona y, por tanto, la obligación de dar paso a una réplica que permita, al menos, rebatir y poner en duda las afirmaciones que sobre el afectado han sido proferidas en medios públicos.

¹⁵ Tesis 38/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XIX, abril de 2013, t. 1, p. 538. Registro digital: 2003303.

¹⁶ Tesis 1a./J. 118/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 470. Registro digital: 2005523.

Miranda vs. Arizona (1966).

Derecho de no autoincriminación

Cristina Miranda Cruz

En 1966, en Arizona (Estados Unidos), Ernesto Miranda, un joven indigente de 23 años, fue detenido por la policía como sospechoso del rapto y violación de una joven de 18 años que lo identificó. Miranda fue sometido a un interrogatorio por la policía, confesó y firmó un escrito en el cual reconocía haber cometido el crimen del que se le acusaba. En el juicio, el fiscal ofreció tal confesión como prueba y el acusado fue condenado. La Corte Suprema anuló el fallo al declarar inadmisibles que se condenara a una persona sobre la base de sus dichos durante el arresto, y sin que previamente se le hubiera informado de sus derechos constitucionales garantizados por la Quinta Enmienda. Desde entonces, este fallo de la Corte estableció la obligación de la policía de comunicar al detenido delante de testigos los derechos que le asisten, prescripción que se conoce como «la enmienda Miranda» o «las advertencias Miranda» (*Miranda warning*).

En los Estados Unidos, cada entidad tiene sus propias regulaciones sobre lo que debe decirse a la persona que es arrestada; la advertencia más conocida es la siguiente: «Tiene derecho a guardar silencio; cualquier cosa que diga puede y ser usada en su contra en un tribunal de justicia. Tiene derecho a hablar con un abogado; si no puede pagarlo, le será proveído uno a costa del Estado». Desde entonces, las Cortes han determinado que la advertencia debe de ser «significativa»; por ello, es habitual que al imputado se le pregunte si entendió los derechos que se le han explicado. Algunas veces se requieren respuestas firmes («sí») y el silencio no se considera una señal de que se haya entendido.

En México, mientras imperó el sistema penal inquisitivo en los niveles nacional y estatal, se procuró garantizar los derechos humanos del justiciable, esencialmente el relativo a una defensa particular o de oficio. La finalidad fue asegurar que en todo proceso se respetaran los derechos del acusado, como, por ejemplo, el derecho a ser oído y vencido en juicio. Los artículos 14, 16 y 20 de la Ley Suprema fueron pilares de aquel sistema, actualmente abrogado, y los derechos de la víctima pasaron inadvertidos.

Aquel sistema tenía semejanzas con lo sucedido en el caso Miranda, que originó la necesidad de observar los derechos básicos del acusado, el cual, incluso, tenía la calidad de probable responsable hasta que demostrara lo contrario.

En nuestro país, el paradigma de protección individual de derechos humanos cambió en virtud de la reforma constitucional de 2011, que adicionó al artículo 20 de la carta magna un apartado específico denominado «De los derechos de la víctima o del ofendido»; este contiene siete fracciones y, entre otros derechos, prevé el de recibir asesoría jurídica. Por lo que respecta a los derechos humanos de los imputados, destacan el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a tener un defensor, quien debe ser un profesional de la materia. La autoridad investigadora debe incluso constatar que quien asista al acusado sea conocedor del sistema oral y adversarial para garantizar una defensa técnica adecuada. En efecto, en el sistema acusatorio la visualización de la pericia de la defensa desde el inicio del proceso es una carga procesal para toda autoridad.

En el plano internacional, estos derechos se establecen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Del haz de derechos asociados al debido proceso, debe destacarse el derecho humano a una defensa adecuada. La cuestión de la *defensa técnica* fue desarrollada por el Pleno de la Suprema Corte, que determinó que, en materia penal, la asistencia jurídica para la persona imputada debía ser brindada por un perito en Derecho. También precisó que la defensa *efectiva* quedaba garantizada cuando la asumía una tercera persona que tuviera suficientes conocimientos técnicos en Derecho para actuar de manera *diligente* y fuera, por tanto, capaz proteger los derechos procesales de la persona imputada. Asimismo, la Suprema Corte estableció que esa diligencia operaba en dos sentidos: a) *formal*, atinente a que el defensor demostrara ser perito en Derecho; y, b) *material*, consistente en que, además, el defensor actuara cuidadosa y activamente para proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos fueran vulnerados injustificadamente.

Lo expuesto aparece reflejado en los amparos directos en revisión 2886/2012, 207/2012 y 2990/2011. De su lectura se desprende la exigencia de que la defensa corra a cargo de un profesional que ponga sus conocimientos especializados en Derecho al servicio de la tutela de los derechos la persona imputada.

No obstante, el reconocimiento del derecho humano de defensa técnica adecuada no puede circunscribirse a la jurisdicción penal. También se extiende a los órdenes jurisdiccionales civil, familiar y mercantil, considerando que el Estado debe garantizar la vigencia de los derechos humanos. Esta actividad es de suma importancia, dado que para garantizar el acceso a la justicia no solo son necesarias las autoridades versadas en sus responsabilidades, sino también los abogados públicos y privados dotados de la adecuada cualificación técnica.

Por su puesto, los colegios y las barras de abogados tienen la obligación de involucrarse en esta difícil tarea, acercándose a las escuelas judiciales con el fin de buscar apoyo académico. Así lo ha hecho el Poder Judicial del Estado de México, que ha instruido a defensores públicos, notarios y fiscales; que ha investigado en la Secretaría de Educación Pública el número de licenciados en derecho que efectivamente cuentan con cédula para ejercer la profesión y que ha requerido a los órganos jurisdiccionales estatales y nacionales para las estadísticas relativas a los licenciados en Derecho que ejercen la profesión. Contando con esta información, debe impulsarse la obligatoriedad de la colegialización, a fin de evitar el intrusismo y garantizar la profesionalidad técnica de quienes ejercen la profesión. En Estados Unidos de América, por ejemplo, los abogados solo pueden ejercer si están colegiados en alguna barra legalmente constituida. La colegiación implica una preparación constante y especializada por parte del profesionista, que es sometido a rigurosos exámenes de aptitud.

En México, el Senado de la República presentó en octubre de 2010 un proyecto de reforma constitucional mediante el cual se pretendía establecer la colegiación obligatoria para aquellas profesiones cuyo ejercicio estuviera directamente relacionado con la vida, la salud, la seguridad, la libertad y el patrimonio de las personas. Sin embargo, la propuesta no prosperó.

Sin duda, la preparación adecuada de los abogados es un tema pendiente en la agenda pública para garantizar plenamente el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, ya que es en los aparatos de impartición y administración de justicia donde los gobernados dirimen controversias, reclaman la solución de conflictos y denuncian las violaciones a sus derechos humanos. Obviamente, ello exige que la asesoría técnica garantice de manera idónea, la ejecución de sus derechos sustantivos y procesales.

Tinker vs. Des Moines Independent Community School District (1969).

Libertad de expresión

Elizabeth Rodríguez Cañedo

«No hay barrera, cerradura ni cerrojo que puedas imponer
a la libertad de mi mente»
(Virginia Woolf)

La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe al Congreso la elaboración de leyes que coarten la libertad de expresión.¹ Los tribunales, en especial la Corte Suprema de los Estados Unidos, se han encargado de interpretar el contenido y el alcance de este derecho, que es esencial en la vida de las personas y en toda sociedad democrática. El caso *Tinker vs. Des Moines Independent Community School District* reviste especial trascendencia porque en él se definieron conceptos que han contribuido a la comprensión y el desarrollo de esta prerrogativa.

En 1965, un grupo de adultos y estudiantes de las escuelas del Distrito de Des Moines, Iowa, celebró una reunión para hacer públicas sus objeciones a la implicación de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam, así como para manifestar su apoyo a la tregua navideña solicitada por el entonces senador Robert F. Kennedy, mediante el uso de brazaletes negros. Los directivos de las escuelas reaccionaron prohibiendo el uso de los brazaletes a los estudiantes so pena de suspensión. El 16 de diciembre, los estudiantes Mary Beth Tinker y Christopher Eckhardt los usaron, y al día siguiente lo hizo John F. Tinker, razón por la cual fueron suspendidos.

Por conducto de sus padres, los estudiantes solicitaron el dictado de una orden judicial que impidiera a los funcionarios y miembros de la junta directi-

¹ «El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o que prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo de reunirse pacíficamente y para pedir la reparación de agravios» (15 de diciembre de 1761).

va disciplinar a los peticionarios. Sin embargo, el Tribunal de Distrito la negó argumentando que la medida era razonable para evitar alteraciones de la disciplina escolar. La decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito, decisión que originó una apelación ante la Corte Suprema.

La decisión de la Corte fue favorable por siete votos; sostuvo que la Primera Enmienda se aplicaba a las escuelas públicas porque los estudiantes no podían despojarse de su derecho a la libertad de expresión en la puerta de la escuela, además de que la autoridad de los funcionarios escolares no era absoluta. Asimismo, la Corte afirmó que la restricción a la libertad de expresión, so pretexto de evitar una interferencia material y sustancial con el trabajo escolar o la disciplina, sin evidencia o justificación, no es constitucionalmente permisible; de hecho, en la especie no se había acreditado que las autoridades escolares tuvieran motivos para anticipar que el uso de brazaletes iba a interferir en el trabajo escolar, la disciplina o los derechos de otros estudiantes.

La Corte determinó que las acciones de los peticionarios —el uso de brazaletes para exhibir su desaprobación a la guerra de Vietnam, y su defensa de una tregua para exponer su punto de vista— no habían causado interrupciones en las actividades escolares ni en las vidas de los demás, y señaló que la actividad de los protestatarios constituía un discurso simbólico protegido constitucionalmente, que los funcionarios del Estado no podían limitar.

Esta resolución marcó un avance en la comprensión de la libertad de expresión, dado que hizo énfasis en el contexto en que se desarrolla este derecho para determinar sus alcances y limitaciones. Por lo demás, el fallo reafirmó la protección amplia del derecho a la libertad de expresión ejercida a través de cualquier medio, incluidos los de carácter simbólico.

Resulta relevante que la Corte Suprema considere que, si las expresiones pueden alterar el funcionamiento en las escuelas, estas puedan tomar medidas disciplinarias y, en consecuencia, limitar el ejercicio de este derecho. De modo que, a pesar de que la Corte reconoce la importancia del derecho a expresarse de manera pura o simbólica, y determina que este derecho acompaña a la persona en cualquier contexto, también declara que no es absoluto y acepta su eventual limitación en el caso de que afecte los fines del centro escolar o a los derechos de terceros, lo cual deberá estar debidamente justificado.

Con esta resolución, la Corte hizo una valiosa aportación a la comprensión de la naturaleza y relevancia del derecho a la libertad de expresión, dado que se pronunció tanto sobre la atención que merece la expresión simbólica, como sobre la legitimación de las restricciones a esa prerrogativa. Más de cinco décadas después, los límites de este derecho fundamental, al igual que

otros aspectos que han moldeado su estructura, han sido desarrollados en el ordenamiento jurídico mexicano y en el ámbito internacional, donde los órganos encargados de la administración de justicia han realizado aportaciones importantes en la definición y el alcance del derecho.

En sus artículos 6o y 7o, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho de expresarse a través de cualquier medio y establece los supuestos en que el derecho puede limitarse por parte del Estado, prohibiendo la censura previa. Estos preceptos regulan también el derecho a la información. Por otra parte, la propia Constitución prevé otras limitaciones en materia electoral.

En el plano internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho en su artículo 19, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13. Otros ordenamientos de grupos en específico también lo regulan, como en el caso de los niños. Asimismo, el Pacto Internacional prohíbe la propaganda que promueva la guerra o el odio nacional, racial o religioso, prohibición que constituye un límite al derecho a la libertad de expresión.

La regulación del derecho a la libre expresión en la Convención Americana fue retomada en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, cuyo preámbulo establece que, cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones, se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático, y que la libertad de prensa es esencial para el ejercicio de este derecho porque a través de ella los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información.²

De los ordenamientos legales antes mencionados derivan las características y aspectos más relevantes que conforman el derecho a la libertad de expresión, a saber: 1) Es un derecho universal porque corresponde a toda persona; 2) Puede ejercerse por cualquier medio y en todo espacio, sin fronteras; 3) Conlleva el derecho a recibir información; 4) Su ejercicio puede ser sometido a límites, que deberán estar previstos en la ley; 5) Regula los fines que legítimamente pueden justificar las limitaciones (derechos de terceros, moral, orden público, salud, seguridad nacional, etcétera); 6) No protege la propaganda de guerra y los discursos de odio; 7) Prohíbe la censura previa.

Estos elementos han sido ampliamente desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; precisamente, la Relatoría Especial para la

² Aprobada por la Comisión Interamericana en octubre de 2000.

Libertad de Expresión (RELE) se ha ocupado de compilar su rica jurisprudencia relativa al derecho.³ Al respecto, la Corte Interamericana ha destacado que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social; la primera, se configura como el derecho del individuo a expresar su pensamiento con libertad, y la segunda como el derecho colectivo a recibir información y conocer el pensamiento ajeno.⁴ Así, el primero representa el derecho de pensar el mundo desde nuestra perspectiva y de transmitir nuestro pensamiento a otros a través de cualquier medio y, el segundo el derecho a conocer los pensamientos e informaciones ajenos.

Una aportación relevante a este respecto es el test tripartito para controlar la legitimidad de los límites a la libertad de expresión (responsabilidades ulteriores) que se encuentran previstos en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este precepto dispone que la limitación al derecho a la libertad de expresión debe estar previamente fijada por la ley en sentido formal y material, que la restricción debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana y que debe ser necesaria en una sociedad democrática y cumplir los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁵

En consonancia con los instrumentos y la doctrina convencional interamericana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido sentencias que marcan un avance hacia una protección más robusta y efectiva de la libertad de expresión. Los pronunciamientos se refieren a las restricciones indirectas, la prohibición de censura previa, la información, la réplica, las personas consideradas públicas, los periodistas, la materia electoral, la propaganda política y de partidos, las telecomunicaciones y radiodifusión, el discurso de odio, etcétera.

Por lo que respecta al discurso de odio como límite al derecho de libertad de expresión, la Primera Sala emitió una resolución en la que analizó los derechos al libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión ejercidos con la portación de un tatuaje; previa prueba de proporcionalidad, determinó que, por el contexto en que el interesado se hizo el tatuaje, el símbolo

³ «Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión» 2010.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La última tentación de cristo (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile)*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C no. 73. Párrafo 64.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Párrafo 102.

transmite un discurso de odio, de modo que, en este caso, el derecho a la libre expresión debe ceder frente a los derechos de terceras personas.⁶

Aunque en su jurisprudencia la Corte ha delimitado el alcance y los límites de la libertad de expresión, y las legislaciones —tanto la federal como las locales— han hecho lo propio —por ejemplo al expulsar del ámbito penal delitos contra el honor, como injurias, calumnia y difamación—, todavía existen cuestiones pendientes relativas a este derecho. Una de ellas es abordar la libertad de expresión y sus desafíos desde un enfoque de género, en particular en su relación con las mujeres, análisis que comportaría una visión más completa de este derecho y que podría contribuir a entender las razones de que, en el caso de las mujeres, su ejercicio tropiece con dificultades.

En efecto, aunque existan instrumentos internacionales para la protección de los derechos fundamentales de ese sector, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), que establecen obligaciones para los Estados orientadas, por una parte, a eliminar la discriminación que sufre la mujer y, por otra, a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra ella. A pesar de que México ha hecho lo propio en diversas leyes, la realidad de nuestro país refleja que la discriminación y la violencia contra las mujeres limita su derecho a la libertad de expresión.

Un tipo de violencia en este ámbito es la violencia verbal —típicamente, el discurso de odio sexista—, que causa hostilidad e incita a la agresión, el cual no puede ampararse en la libertad de expresión; muestra de ello es la respuesta al ejercicio que de esta prerrogativa en la calles han hecho miles de mujeres, que han exigido lo que se les ha negado por su pertenencia a un grupo históricamente discriminado; mujeres a las que se ha (des)calificado de diversa manera para privarles del carácter de interlocutoras válidas en el reclamo de exigencias legítimas que solo buscan la igualdad sustancial.

Prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres debe ser una tarea permanente del Estado mexicano. Esta obligación estatal deriva de los compromisos adquiridos internacionalmente en materia de derechos humanos que fueron incorporados al texto constitucional con motivo de las reformas de junio de 2011. De cualquier modo, el reconocimiento del derecho a través de la legislación no es suficiente; es necesaria la existencia de garantías reales

⁶ Amparo directo en revisión 4865/2018. 30 de octubre de 2019. Primera Sala. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández.

que protejan a aquellas personas que decidan invocarlo, y que obliguen a las autoridades no solo a abstenerse de obstaculizar el derecho, sino también a realizar las acciones pertinentes para remover los inconvenientes que impiden su efectividad.

Esta breve reseña sobre la libertad de expresión revela que este derecho fundamental se ha desarrollado y fortalecido jurídicamente, y que, si bien el derecho a expresar lo que uno piensa y a conocer el pensamiento ajeno es condición indispensable de todas las formas de libertad, como cualquier derecho fundamental admite restricciones, aunque estas deben aplicarse con cautela para no hacer nugatorio su ejercicio. Además, la libertad de expresión debe analizarse en su interrelación e interdependencia con otros derechos, identificando los grupos vulnerables que ven obstaculizado su ejercicio debido a los procesos de desigualdad estructural que les afectan. Es preciso eliminar las barreras de *iure* y *de facto* que bloquean el goce del derecho. Tal es el caso de las mujeres, quienes, para poder expresar lo que piensan y sienten, deben estar libres de toda discriminación y violencia. De no ser así, para este grupo y otros que se encuentren en la misma situación, el derecho a la libertad de expresión no podrá hacerse efectivo.

Furman vs. Georgia (1972). Pena de muerte

Raúl Aarón Romero Ortega

Este caso engloba tres procesos diferentes: *Furman vs. Georgia*, *Jackson vs. Georgia* y *Branch vs. Texas*. Los acusados fueron, respectivamente: 1) William Henry Furman, un negro declarado culpable de asesinar a la persona que le había descubierto cuando cometía un robo a mano armada; fue condenado a la silla eléctrica con base las leyes de Georgia de 1875, sentencia que confirmó el Tribunal Supremo de ese estado, sustentando su argumentación en la tesis de que los estatutos locales que autorizaban la pena de muerte no eran «cruels ni desusados» conforme a la Octava Enmienda de la Constitución; 2) Lucious Jackson Jr., otro negro declarado culpable por el rapto de una mujer a la que amenazó con cortarle el cuello blandiendo unas tijeras. Jackson fue condenado automáticamente a la pena de muerte con arreglo a las leyes de Georgia. En su recurso alegó la inconstitucionalidad de la pena que se le había impuesto, dado que violaba el principio de igualdad, argumento que fue desestimado por el tribunal que confirmó la sentencia; y, 3) Elmer Branch, otro negro sentenciado a muerte por el rapto y violación de una mujer blanca, viuda, de 65 años.¹ Branch sustentó su recurso en dos alegaciones: a) que la pena de muerte impuesta por un delito de menor gravedad que el asesinato infringía la Octava Enmienda; y, b) que en un caso de rapto como ese —en el que aparecía implicado un negro como procesado y un blanco como víctima y testigo— se había denegado al acusado la protección de la igualdad ante la ley prevista en las Enmiendas V, VIII y XIV. La Corte de Apelación de Texas no admitió tales argumentos y sostuvo que la aplicación de la pena capital en un caso de rapto y violación no constituía una pena cruel y desusada conforme a la Octava Enmienda, y que, además, el pronunciamiento de tal sentencia contra el condenado no violaba el principio de igualdad ante la ley.

Los tres sentenciados se unieron para interponer un recurso de revisión ante la Corte Suprema. Tradicionalmente, al resolver dichos recursos, la Corte se limitaba simplemente a denegarlos o a analizar cuestiones puramente

¹ Yáñez, Román (1973): «Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos de América», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. 26, Fasc. 2, p. 233.

procesales relativas la imposición de dicha pena; o, en su caso, se ocupaba de debatir el método para aplicarla y, al aprobarse la forma de ejecución, se aceptaba tácitamente la pena de muerte sin entrar en el análisis de fondo sobre su constitucionalidad.

Sin embargo, al analizar el caso *Furman vs. Georgia*, la Corte Suprema se apartó de esa práctica tradicional y entró en el estudio de fondo sobre la constitucionalidad de la pena, revisión que ciñó a la siguiente pregunta: ¿La imposición y ejecución de la pena de muerte en estos casos, constituye un castigo cruel e inusual que viola las Enmiendas Octava y Decimocuarta? La respuesta fue afirmativa. El 29 de junio de 1972, la Corte emitió una opinión *per curiam* en la que los *justices* anularon las sentencias de Furman, Jackson y Branch por considerar que la pena de muerte se había impuesto de manera caprichosa y arbitraria.

De los nueve *justices*, cinco se manifestaron en contra de la pena capital, mientras que los otros cuatro votaron a favor. Posteriormente, cada *justice* emitió por separado opiniones concurrentes y disidentes sobre la pena de muerte. De los votos concurrentes se desprenden argumentos de naturaleza histórica y relativos a los principios en que se apoyaron, así como sobre el rol de las instituciones involucradas como las legislaturas, los jurados y jueces, subrayándose la discrecionalidad de la que dispusieron los órganos jurisdiccionales para resolver sobre la vida o muerte de los acusados, decisión que fue posible porque así lo permitía la legislación vigente, aunque no eran ajenos a la discriminación en la imposición de la pena a los más desfavorecidos, que castigaba la pobreza, la enfermedad y la ignorancia.

Otro de los votos concurrentes subrayó la importancia de un control constitucional que limitara el poder de sanción en el momento de determinar los castigos que debían imponerse por los delitos. Asimismo, se establecieron cuatro principios para determinar si una pena respetaba la dignidad humana: 1) un castigo no debe ser tan severo como para degradar la dignidad de los seres humanos; para explicar este principio, se apeló a los castigos bárbaros condenados por la historia, entre ellos el potro, la bota de hierro y el estiramiento de miembros, que producen agudos dolores y sufrimientos, y se subrayó la premisa fundamental de que el criminal más vil es, también, un ser humano con dignidad; 2) el Estado no debe infligir arbitrariamente un castigo severo, dado que está obligado a respetar la dignidad humana; el incumplimiento de esta prescripción supone infligir a unas personas un castigo que no impondría a otras, contraviniendo así los requisitos de proporcionalidad y equidad; por tanto, la finalidad del principio es proteger del peligro que implica la imposición arbitraria de ese castigo; 3) un castigo severo debe ser inaceptable

para la sociedad contemporánea; el rechazo social al castigo severo evidencia la falta de concordancia de la pena con la dignidad humana; por ello, previamente a su aplicación, debe asegurarse que la determinación judicial sea lo más objetiva posible. Asimismo, se sostuvo que la aceptabilidad de un castigo severo se mide por su uso, pero no por su disponibilidad; y, 4) el castigo no debe ser excesivo y, si lo es, resulta desproporcionado respecto del delito.

Con base en estos principios se consideró posible que un Tribunal verificara si un castigo en particular es «cruel e inusual», características que tendrá en el caso de que degrade la dignidad humana. Por otra parte, se precisó que, en el supuesto de que un delito se castigue con la muerte, deben reconocerse a la persona acusada ciertas protecciones procesales fundadas en la Quinta Enmienda.

Otro de los argumentos vertidos en los votos concurrentes se refirió a la desestimación de los propósitos de la pena capital: retribución, disuasión, prevención de actos criminales repetitivos, fomento de declaraciones de culpabilidad y confesiones, eugenesia y economía.

En contraposición, las opiniones disidentes de cuatro *justices* apuntaron a la falta de legitimación de la Corte Suprema para declarar inválidas las leyes debidamente promulgadas por los representantes electos del pueblo.

En todo caso, la resolución de *Furman vs. Georgia* tuvo un efecto sin precedentes en la impartición de justicia de los Estados Unidos de América, dado que provocó la revocación de todas las sentencias de muerte y, en consecuencia, la suspensión de las ejecuciones. Posteriormente, treinta y siete estados aprobaron nuevos estatutos para regular la aplicación de la pena —por ejemplo, limitarla a delitos específicos y considerar las circunstancias atenuantes y agravantes, así como crear un control judicial respecto de su aplicación—. Además, la Corte Suprema asumió como deber sagrado e ineludible la tarea de controlar y revisar la validez de la constitucionalidad de los actos emanados del legislativo, mediante el *stare decisis*, es decir, el sistema de jurisprudencia por precedentes que es similar al que ha asumido el Estado mexicano en la actualidad.

La pena de muerte está proscrita en México por disposición del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dado que México es un país miembro del Sistema Interamericano, está obligado a observar la Convención Americana de los Derechos Humanos, cuyo artículo 4o establece el derecho a la vida y la obligación de no restablecer la pena de muerte cuando esta haya sido abolida.

Por lo demás, cabe destacar que la política de México ha sido favorable a los derechos humanos cuando las víctimas de su violación han sido connacionales. Así ocurrió en el caso *Avena*, en el que el Estado mexicano presentó una demanda contra Estados Unidos de América ante la Corte Internacional de Justicia en 2003 con motivo de la condena a la pena de muerte de 51 mexicanos. México alegó la violación del derecho al debido proceso, dado que los acusados no fueron informados de sus derechos, entre ellos el de asistencia consular.

Roe vs. Wade (1973).

Aborto

Fabiola Catalina Aparicio Perales
Edna Edith Escalante Ramírez

Antes de proceder al análisis de la emblemática sentencia *Roe vs. Wade*, es justo aclarar que, un par de días antes de que este trabajo fuese remitido a la imprenta, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó el fallo *Dobbs vs. Jackson*. En esta coyuntura, poco margen de acción se nos ha concedido para confrontar ambas decisiones y, menos aún, para atisbar su trascendencia política y social en la tradición de los derechos y libertades del pueblo norteamericano. Así pues, sin claudicar de nuestro empeño inicial, dejamos aquí testimonio del contexto histórico y cultural en el que tuvo lugar aquella coyuntural determinación de la Corte Suprema, vigente durante medio siglo, que tutelaba los derechos reproductivos de la mujer y dejaremos para el final de nuestro estudio algunos comentarios que habrá de propiciar *a posteriori* la discusión sobre la sentencia *Dobbs vs. Jackson*.

En primer término, el fallo *Roe vs. Wade* se dictó a partir de una causa que se originó en uno de los estados con mayor influencia política en los Estados Unidos. Ello permite comprender la posición original respecto al aborto en Texas, cuya política, hasta la penúltima década del siglo XX, fue dominada por el Partido Demócrata. Sin embargo, las preferencias electorales de los texanos experimentaron un cambio significativo, y hoy en día son gobernados por el Partido Republicano. Sin duda, la argumentación vertida en la sentencia nos parecerá adelantada a su época, de ahí lo valioso de su análisis, que sirve como piedra de toque para advertir el deber que tenemos los juristas mexicanos para crear marcos jurídicos de avanzada.

En segundo lugar, es necesario enunciar los derechos involucrados en la resolución y en el marco del análisis histórico-contextual: a) los derechos reproductivos; b) los derechos de la mujer; c) la igualdad de género; d) el derecho a la objeción de conciencia del personal de salud; y, e) el derecho a la privacidad personal. Si estos ejes temáticos apenas habían sido explorados, dieron inicio al cambio histórico que aún se encuentra en vías de armonización legislativa.

La emblemática jueza y jurista Ruth Joan Bader Ginsburg (1933-2020) fundó en 1972 la sección de derechos de la mujer en la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles y abogó por los derechos de género. Aunque no tuvo influencia alguna en la resolución del presente caso, resulta indispensable mencionarla en el contexto histórico de referencia, pues marcó el inicio de la legislación sobre perspectiva de género.

Continuemos con los protagonistas y los puntos más importantes de la sentencia: Jane Roe, mujer soltera y embarazada, interpuso una demanda en contra de la constitucionalidad de las leyes en Texas que prohibían el aborto, excepción hecha del supuesto de recomendación médica para salvar a la vida de madre (aborto terapéutico). Sus motivaciones personales obedecían a que deseaba terminar con su embarazo mediante un aborto realizado por un médico competente, con licencia y en condiciones clínicas seguras. En este sentido, su argumentación se centró en la afirmación de que las leyes de Texas eran vagas y restringían su derecho a la privacidad personal.

Por su parte, James Hubert Halford, médico que en tres ocasiones había sido acusado cometer vulneraciones de la ley en materia de aborto, solicitó intervenir en la acción de Roe, toda vez que, como personal médico, consideró que tenía un interés jurídico legítimo en el caso.

Por último, John y Mary Doe, una pareja casada y sin hijos, impugnó las leyes por separado, fundando su agravio en las posibilidades de falla de los anticonceptivos, la falta de preparación para la paternidad y el deterioro de salud de la esposa.

Un tribunal determinó que la demanda de los Doe no era justiciable. En apelación se resolvió que solo Roe y Halford estaban legitimados para demandar.

En la sentencia de la Corte Suprema destacan los siguientes puntos: 1) la argumentación se basa en que las leyes estatales que penalizan el aborto exceptúan de la sanción solo cuando la interrupción del embarazo se practique para salvar la vida de la madre; sin embargo, violan la Decimocuarta Enmienda, que hace referencia a la protección de toda acción estatal que afecte el derecho a la privacidad, incluido el de la mujer a interrumpir su embarazo; 2) aunque el Estado no pueda anular este derecho, tiene intereses legítimos para proteger tanto la salud de la mujer embarazada como la potencialidad de la vida humana; 3) el derecho a la privacidad, fundado en el concepto de libertad personal, es suficientemente amplio como para abarcar la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo; 4) el perjuicio que el Estado impondría a una mujer embarazada al negar esta elección puede comportar

un daño; incluso, se estaría obligando a la mujer a vivir un futuro angustioso, marcado por los estigmas relacionados con la maternidad y las dificultades sociales y familiares, entre ellas llevar a un niño a una familia que podría no cuidarlo; 5) el derecho a la privacidad personal incluye la decisión relativa al aborto, pero este derecho está condicionado a reservas vinculadas con intereses del Estado, como son la salvaguarda la salud, el mantenimiento de determinados estándares médicos y la protección de la vida potencial; 6) dentro de la etapa del primer trimestre del embarazo, la decisión del aborto y su efecto debe dejarse al juicio del médico tratante y de la mujer embarazada; 7) al final del primer trimestre, el Estado, al promover su interés en la salud de la madre, puede, si así lo desea, regular el procedimiento de aborto de manera razonable considerando la salud materna.

Los intereses jurídicos que podría considerar el Estado mexicano al regular la penalización, o no, del aborto, son los siguientes: a) el derecho a la vida; b) el derecho a la salud; c) los derechos reproductivos del hombre y la mujer; d) los derechos sexuales; e) el derecho a la seguridad de la mujer embarazada; y, f) el derecho a la objeción de conciencia.

En ese orden de ideas, es importante tomar en consideración el marco jurídico internacional del reconocimiento de los derechos sexuales, que, aunque no bajo esa denominación, se concretó en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995 en Beijing, en la que participaron representantes de 189 estados, entre ellos México. La Plataforma de Acción de la conferencia reconoce los derechos reproductivos consensuados en El Cairo en 1994, y señala:

«Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual».¹

En julio de 1998 se firmó en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que considera la figura del embarazo forzado como uno de los graves crímenes que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Al amparo del Derecho internacional humanitario, el Esta-

¹ ONU Mujeres (2004): «Declaración política y documentos resultados de Beijing +5», p. 66.

tuto de Roma define y tipifica, por primera vez en el Derecho internacional penal, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. El Estatuto determina que la violación y otros delitos reproductivos y sexuales revisten la misma gravedad que los crímenes más atroces.

En 1999, la Asociación Mundial de Sexología proclamó la Declaración Universal de los Derechos Sexuales de Hong Kong, según la cual la sexualidad es parte integral del ser humano. Asimismo, el pleno desarrollo de la persona requiere la satisfacción de necesidades básicas como el contacto, la intimidad, la expresión emocional, el placer, la ternura y el amor. El documento también señala que la sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. Asimismo, afirma que los derechos sexuales se enmarcan básicamente en los derechos humanos a la libertad, la dignidad, la salud y la igualdad, a los que hay que agregar el derecho a no ser discriminado. En este sentido, los derechos enunciados en el marco de esta Declaración son: a) el derecho a la libertad sexual; b) el derecho al placer sexual; c) el derecho a la autonomía; d) el derecho a la expresión sexual emocional; e) el derecho a la integridad y seguridad sexuales del cuerpo; f) el derecho a la libre asociación sexual; g) el derecho a la privacidad sexual; h) el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables; i) el derecho a la equidad sexual; j) el derecho a la información basada en el conocimiento científico; y, k) el derecho a una educación sexual integral.

La ciencia ha logrado separar el ejercicio de la sexualidad y de la reproducción a través de las llamadas técnicas de reproducción asistida —la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la maternidad subrogada—. Resulta, pues, posible afirmarse, por una parte, que la sexualidad puede o no conllevar la reproducción, y, por otra, que esta no requiere una relación sexual previa. Además de lo expuesto, resulta trascendental analizar el andamiaje legislativo del Estado mexicano en materia de aborto y los derechos que impacta, así como su grado de cumplimiento de las previsiones de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. México se obligó a su cumplimiento, y la ratificación del instrumento internacional llevaba aparejada la adecuación de su marco jurídico y la creación de políticas públicas que garantizaran su adopción. Cada año, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) realiza una evaluación del nivel de cumplimiento y emite las recomendaciones que considera necesarias.

El informe CEDAW de 2018 reconoció que el Estado mexicano había avanzado en diferentes ámbitos y sectores, pero también observó que era necesario que el país diera cumplimiento a otras observaciones.

En sentido estricto, la creación de tipos penales consagra el espíritu de nombrar, reconocer y sancionar aquellas conductas contrarias a Derecho que atentan contra el bienestar social. Determinar si el aborto debe despenalizarse, como algunos códigos estatales han hecho, no solo constituye un debate filosófico, sino también jurídico.

Los argumentos a favor de la despenalización del aborto pueden sintetizarse del siguiente modo: a) Los derechos humanos de la mujer incluyen los sexuales y reproductivos. Su ejercicio le otorga el derecho a decidir libremente sin verse sujeta a coerción, discriminación o violencia; b) El derecho de la mujer es absoluto; puede decidir si desea interrumpir su embarazo y renunciar a ejercer la maternidad en cualquier momento, sin que tenga que exponer razón alguna; lo contrario sería justificar su sentir y las motivaciones personales que la llevaron a tomar esa decisión; c) Negarle ese derecho no solo supondría condenarla a poner en riesgo su vida e integridad física, sino también imponerle una carga, al hacerla única responsable de la crianza, el bienestar, la manutención y la atención de las necesidades emocionales del hijo o la hija; d) El Estatuto de Roma define y codifica, por primera vez en el Derecho internacional penal, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual como crímenes de guerra y contra la humanidad; e) Atendiendo a las cuestiones médicas y de seguridad —la situación en que esté en riesgo la vida de la madre— deberá homologarse el plazo para interrumpir el embarazo antes de las 12 primeras semanas de gestación. Transcurrido plazo, la situación sería riesgosa; sin embargo, no puede por eso criminalizarse la decisión de la mujer de no llevar adelante el embarazo; f) El derecho a ejercer la objeción de conciencia del personal del sector de la salud no violenta los derechos humanos de libertad de expresión y libertad de creencias; cada profesional tendrá la libertad de ejercerlo. Prohibir ese derecho, disfrazándolo de un deber de obedecer al ordenamiento jurídico, resulta impositivo; g) Científicamente, se ha comprobado que, si bien son una manifestación de vida, el feto o las células que conforman el cigoto no tienen conciencia; h) Históricamente, el embarazo en adolescentes siempre se ha criminalizado; sin embargo, es casi nula la educación sexual en escuelas y en la familia; y, i) No existe método anticonceptivo que sea 100% seguro para evitar un embarazo, y pese a ello la mayoría de las veces se responsabiliza a la mujer por el embarazo y se le impone la carga de la crianza.

Por lo que respecta a las razones esgrimidas contra la despenalización del aborto, cabe listarlas en estos términos: a) La vida debe protegerse por encima de cualquier interés personal o del derecho a la privacidad; b) La vida y la integridad de la madre son bienes jurídicos que el Estado debe proteger y hacer prevalecer sobre una decisión personal; c) La interrupción del embarazo no es una responsabilidad que el Estado deba asumir, a pesar de que la Constitución consagre el derecho a la salud; d) El derecho a la objeción de conciencia es una facultad potestativa que el profesional de la salud, específicamente un médico gineco-obstetra, puede ejercer, pero, si labora en el servicio público, está obligado a cumplir con el marco normativo y las políticas públicas aplicables; e) El aborto no debe ser utilizado como una evasión de la responsabilidad del ejercicio de la vida sexual; y, f) La legalización del aborto en el marco jurídico puede constituir una salida no solo para las mujeres, sino también para los hombres en lo que respecta a la asunción de la responsabilidad de la crianza de los hijos.

En suma, la decisión jurisdiccional de considerar al aborto como un tipo penal no encuentra razón de ser por los argumentos expuestos a favor; no obstante, no debe pasar desapercibido que la educación respecto al derecho a la sexualidad y a formar una familia no puede ser concebida como un deber ser, solo porque esté permitida por la ley, sino que involucra un ejercicio de sensibilización y construcción de los valores y principios que son transmitidos a los hijos, tomando en consideración, además, que la construcción del tejido social respecto al género, los roles y los estereotipos muta a medida que se avanza en la aceptación y tolerancia al derecho a la identidad de cada persona.

Dicho todo lo anterior —y como hemos advertido al inicio de nuestras reflexiones—, ahora nos aquejan otras inquietudes cuando, medio siglo después, la decisión *Dobbs vs. Jackson* revoca la sentencia *Roe vs. Wade*.

Ciertamente, la cuestión medular que abordó la Corte Suprema en *Dobbs vs. Jackson* fue el derecho a obtener un aborto, que estribó en tres puntos clave: 1) el control constitucional realizado en *Roe vs. Wade*; 2) si el aborto tiene un arraigo histórico y es un componente esencial de la libertad ordenada en aquel fallo; y, 3) si el derecho a obtener un aborto es parte de un derecho respaldado en otros precedentes.

Al revisar el estándar que la Corte utilizó para determinar si la Decimocuarta Enmienda incluye el derecho al aborto, se percataron de que en *Planned Parenthood vs. Casey* (1993) orillaron la cuestión que ahora se formulan y reafirmaron a *Roe vs. Wade* únicamente a través el *stare decisis*. En realidad, la Constitución no hace referencia expresa al aborto y en el fallo se señalaron disposiciones para establecer un derecho constitucional implícito. Aunque en

Roe vs. Wade se afirmó que el aborto formaba parte del derecho a la privacidad, y en *Planned Parenthood vs. Casey* de la libertad protegida por la Enmienda del debido proceso, no se sostienen.

Ahora bien, al analizar si tiene un arraigo histórico y es un componente esencial de la libertad, se hizo referencia a que, al interpretar lo que la Corte entiende por libertad, debe protegerse de la natural tendencia humana a confundir lo que la Decimocuarta Enmienda protege con las propias visiones apasionadas de la Corte sobre la libertad que sus nacionales deben disfrutar. Así, tras un análisis, resultó evidente que no existe un arraigo histórico y que, hasta antes de la última parte del siglo XX, no había sustento en la ley estadounidense para hablar de un derecho constitucional al aborto. De hecho, cuando se adoptó la Decimocuarta Enmienda tres cuartas partes de los estados de la Unión Americana consideraban el aborto como un delito. Esto se ignoró o fue mal entendido al resolver el caso *Roe vs. Wade*, y en *Planned Parenthood vs. Casey* pues no se llevó a cabo una reconsideración del análisis histórico. La libertad consagrada en la Constitución, establece y define límites entre intereses contrapuestos, y estos casos se decantaron de forma particular por los de la mujer, pero los ciudadanos de los estados pueden evaluar esos intereses de manera distinta. En este entendido, la comprensión histórica de la nación o de la libertad ordenada no impide a los representantes elegidos por el pueblo decidir cómo regular el aborto.

Finalmente, sobre la cuestión de si el aborto es parte de un derecho respaldado por otros precedentes, la Corte concluye que no puede justificarse como componente de otros derechos. En este sentido, los intentos de justificarlo apelando a un derecho más amplio a la autonomía y a la definición del concepto de existencia de cada quien, son excesivos. Ninguna de las decisiones citadas por *Roe vs. Wade* o *Planned Parenthood vs. Casey* implicaba la cuestión moral crítica planteada por el aborto. En consecuencia, esos casos no apoyan el derecho a obtener un aborto.

En este punto también se analizó el *stare decisis* y se concluyó que, si bien restringe la arrogancia judicial y obliga a los tribunales a respetar el juicio de aquellos que se enfrentaron a cuestiones importantes en el pasado, no es un mandato inexorable. Para decidir sobre el mismo, es preciso analizar cinco puntos que *Dobbs vs. Jackson* no contraviene: 1) Sobre la naturaleza del error del tribunal de justicia; 2) La calidad del razonamiento; 3) *Workability* (viabilidad o funcionalidad); 4) Efecto en otras áreas de Derecho; y, 5) *Reliance interests* —en los contratos, si alguna de las partes «cambia de posición» confiando en la declaración, reclamo o promesa de la otra, entonces la persona en quien

el actor se basó tiene derecho a afirmar que existe un contrato que puede hacer cumplir; sin embargo, la confianza debe ser razonable—.

Tras analizar estos puntos, la Corte concluyó que la Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada estado reglamentar el aborto. Al establecer los criterios de *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood vs. Casey*, quienes resolvieron se arrogaron esa autoridad. Por ello, la Corte revoca esas decisiones y devuelve esa autoridad al pueblo y a sus representantes elegidos.

Ahora bien, respecto a la cuestión de si la revocación amenazaría la protección de otros derechos que están bajo la Cláusula del Debido Proceso, la Corte enfatizó que esta decisión se ciñe al derecho constitucional al aborto y a ningún otro derecho y que nada de esta opinión puede ser inferido para poner en duda precedentes que no se refieren al aborto.

Hasta aquí nuestras reflexiones que, como ya hemos sugerido, darán pábulo para sendas discusiones en el orden doctrinario, legal y jurisdiccional en los Estados Unidos y en el mundo entero.

United States vs. Nixon (1974).

Alcances del poder presidencial

Sergio Castillo Miranda

Richard Milhous Nixon (1913-1994) fue un político estadounidense que estudió Derecho y se recibió de abogado en 1936. Era miembro del Partido Republicano y en 1960 fue elegido candidato a la presidencia. Nixon fue derrotado por un margen mínimo, por el demócrata John F. Kennedy. En 1968, Nixon fue elegido de nuevo candidato y, en esta ocasión, se impuso al demócrata H. Humphrey. En 1972 ganó la reelección.

Durante su mandato, Nixon ordenó invadir Vietnam del Norte en 1968, e inició bombardeos masivos contra la ciudad de Hanói, sosteniendo durante ocho años una cruenta guerra que terminó con la derrota de los Estados Unidos en 1975. Un año antes estalló el llamado caso «Watergate», relacionado con el espionaje ilegal realizado contra el Partido Demócrata. Dado que Nixon estaba implicado en el caso, dimitió y fue sustituido por el vicepresidente Gerald Ford, que más tarde concedió el indulto a su antecesor.

El escándalo de Watergate hace referencia al robo de documentos en un complejo de oficinas en Washington D.C. que se denominaba, precisamente, *Watergate*, y que fungía como sede del Partido Demócrata. Cuando la conspiración fue descubierta, el Congreso de los Estados Unidos inició una investigación, pero la resistencia del Gobierno a colaborar generó una crisis institucional. La investigación reveló la realización de actividades ilegales en las que habrían estado involucradas personalidades de la administración de Nixon. Tales actividades incluían el acoso a opositores políticos y a personas o funcionarios considerados sospechosos.

En efecto, se persiguió a grupos de activistas y figuras políticas, utilizando para ello a organizaciones policiales o servicios de inteligencia como la Oficina Federal de Investigaciones (FBI), la Agencia Central de Inteligencia (CIA) y el Servicio de Impuestos Internos (IRS). Semejante ejercicio ilícito y abusivo del poder motivó la renuncia de Nixon.

Debe ponerse de relieve que el abogado del presidente Nixon alegó el privilegio absoluto, sustentándolo en la necesidad de proteger las comunicaciones entre los altos funcionarios del Gobierno y quienes los asesoran y asisten en el desempeño de sus funciones. De este modo pretendía sugerir una interpretación de la Constitución que amparaba la confidencialidad de absolutamente todas las comunicaciones presidenciales.

Otro motivo alegado por el abogado para reivindicar el privilegio absoluto se basó en la doctrina de la separación de poderes. Su argumento fue que la independencia del poder ejecutivo resguarda a un presidente de una citación judicial en un proceso penal en curso y, por tanto, protegía las comunicaciones presidenciales confidenciales.

Sin embargo, ni la doctrina de la separación de poderes ni la necesidad de confidencialidad de las comunicaciones de alto nivel pueden sustentar sin más un privilegio presidencial absoluto e incondicional de inmunidad del proceso judicial, habida cuenta de que la Corte de los Estados Unidos ha ratificado, en muchos precedentes, la tesis de *Marbury vs. Madison* de acuerdo con la cual «el ámbito y la obligación del poder judicial es, con todo énfasis, determinar qué es y cuál es el Derecho».

El obstáculo que un privilegio absoluto e incondicional colocaría en el camino del deber del poder judicial de impartir justicia en los procesos penales, entraría claramente en conflicto con la función de los tribunales de decir cuál es la ley. Al dividir el poder soberano en tres ramas, los redactores de la Constitución estadounidense trataron de diseñar un sistema integral, pero los poderes separados no tenían la intención de operar con absoluta independencia; cualquier otra conclusión sería contraria al concepto básico de la separación de poderes y a la doctrina de los pesos y contrapesos, que es la esencia de un gobierno tripartito.

Por lo dicho, la necesidad legítima del proceso judicial puede pesar más que el privilegio presidencial. El derecho y el deber de resolver ese conflicto no eximen al poder judicial de otorgar un alto respeto a las representaciones realizadas en nombre del presidente a efecto de preservar las funciones esenciales de cada uno de los poderes.

Finalmente, ese presunto privilegio de confidencialidad quedó sometido al compromiso histórico de salvaguardar el Estado de Derecho, pues «el doble objetivo (de la justicia penal) es que la culpa no escape ni la inocencia sufra» (*Berger vs. Estados Unidos*). Los fines de la justicia penal quedarían frustrados si los juicios se fundamentaran en una presentación parcial o especulativa de los hechos. La propia integridad del sistema judicial y la confianza pública en

el sistema dependen de la plena divulgación de todos los hechos en el marco de las reglas de la prueba para garantizar que se haga justicia.

Entre las actividades ilegales que forman parte del caso Watergate sobresale el acoso a opositores políticos y a personas o funcionarios considerados sospechosos mediante la utilización de organizaciones policiales o servicios de inteligencia. Algo parecido ha pasado en México con instituciones como la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) y la Fiscalía General de la República (FGR), que están al servicio del ejecutivo federal, cuyo desempeño genera abuso de poder e impunidad.

En efecto, investigaciones dudosas y con absoluto desconocimiento de los hechos atribuidos por parte de la UIF dieron lugar a la renuncia de un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del líder sindical de Petróleos Mexicanos. Asimismo, se ha sometido a juicio a gobernadores de entidades federativas sin que a fin de cuentas se haya hecho justicia, situación que refleja una afectación al Estado de Derecho, pues, si en realidad se pretende acabar con la impunidad y la corrupción, lo cierto es que no se ha dado seguimiento a las indagatorias de referencia, denotándose la persecución política a opositores y adversarios del actual gobierno.

En cuanto a la FGR, mantiene en absoluto sigilo sus investigaciones sobre los integrantes de otros partidos políticos, pretendiendo atribuirles ciertos delitos y vulnerando sus derechos humanos, dado que les impide el acceso a las carpetas de investigación para tener conocimiento de los hechos que se les imputan, lo cual denota abuso de poder.

Nixon fue catalogado como un presidente autoritario porque pretendió influir en otras instituciones autónomas y en otros poderes del Estado. Respecto de ese tema, queda de manifiesto que el primer mandatario de México se ha involucrado de manera notoria en la doctrina de la separación de poderes, lo que, desde luego, pone en riesgo la credibilidad de las instituciones y la vigencia del Estado de Derecho.

Lo dicho se afirma ante la iniciativa presidencial de reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación a fin de extender el mandato del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hecho por lo demás cuestionable, que revela una absoluta vulneración al principio de división de poderes, y que, desde luego, causó una fractura en el seno del máximo tribunal, derivada del debate para ampliar por dos años más el cargo de presidente de la Corte hasta que, finalmente, el ministro presidente renunció a la ampliación de su mandato.

Por otro lado, no debe soslayarse la crisis que ha atravesado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a causa de la destitución de su presidente, que fue aprovechada por el presidente de la República para pedir la renuncia de todos los magistrados que lo integraban, petición que supuso una puesta en cuestión de la integridad y honorabilidad de los servidores públicos de la impartición de justicia. Ello ha impactado en la cordialidad y cooperación que se deben cada uno de los Poderes de la Unión, pues definitivamente contrasta con los pesos y contrapesos que deben imperar en la separación de poderes.

Por último, cabe destacar los constantes ataques por parte de Nixon al periodismo: acusó a varios medios de comunicación de difundir noticias falsas, e hizo señalamientos desleales y acusaciones salvajes. En torno a este tema, sobresalen las diferencias entre el ejecutivo federal de México con el gremio periodístico —tanto nacional, como internacional— que no comulgue con sus ideas, pues de inmediato este se hace acreedor a acusaciones que lo tachan de medio de información apócrifo y carente de honestidad. Esto demuestra que el mandatario no acepta la crítica y mucho menos tolera que lo exhiban con información que lo contradice, un modo de actuar que evidencia el autoritarismo con que se conduce.

En suma, es indudable que el asunto Watergate guarda mucha similitud con lo que sucede en nuestro entorno, pues es muy probable que gente cercana al primer mandatario haya incurrido en actividades ilícitas que ameritan la persecución de delitos. Sin embargo, en ausencia de instituciones de procuración de justicia autónomas e independientes y con un poder judicial debilitado —a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos—, queda en entredicho la vigencia del Estado de Derecho.

Regents of the University of California vs. Bakke (1978).

Acciones afirmativas

Verónica Carrillo Carrillo

La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Regents of the University of California vs. Bakke* 438 EU 265, dictada el 28 de junio de 1978, versó sobre el programa especial de admisiones de la Facultad de Medicina de la Universidad de California Davis, que fue diseñado para asegurar la admisión de un número determinado de estudiantes de ciertos grupos minoritarios. Con esta medida se puso en marcha la acción afirmativa o discriminación positiva, que permite un trato especial para reducir las desigualdades que sufren grupos minoritarios.

La Facultad referida empezó a funcionar en 1968 con una matrícula de cincuenta estudiantes, que aumentó a cien en 1970. No existía programa alguno de admisión para estudiantes pertenecientes a minorías. Durante los dos años siguientes se diseñó un programa de admisión especial, para aumentar la representación de estudiantes «desfavorecidos». Así, se determinó que, de cien plazas, dieciséis estarían reservadas para esos grupos.

Allan P. Bakke, ingeniero que se postuló para la Facultad, fue rechazado en dos ocasiones (1973 y 1974), en parte, debido a su edad. Después del segundo rechazo, promovió una demanda ante el Tribunal Superior de California alegando que el programa especial de admisiones operaba para excluirlo sobre la base de su raza y violaba sus derechos reconocidos por la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda,¹ la Constitución de California y Ley de Derechos Civiles de 1964.

En primera instancia, el Tribunal Superior de California prohibió tomar en consideración la raza del demandante o de cualquier otro solicitante al adoptar decisiones de admisión. La Corte Suprema de California confirmó las partes de la sentencia que declaraban ilegal el programa de admisiones especiales y privilegiaban la raza de cualquier solicitante.

¹ Establece que «Ningún Estado de los Estados Unidos podrá [...] negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de derechos».

El asunto llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, que resolvió que la raza sí podía ser un factor para determinar el ingreso a la educación superior en aquel país, si bien determinó que las cuotas raciales no eran admisibles, ya que la diversidad étnica es solo uno de una serie de factores que una Universidad puede considerar para lograr que el cuerpo estudiantil sea heterogéneo.

Debido a que el programa especial de admisiones incluía una clasificación racial, la Corte aplicó un escrutinio estricto y estimó que el concepto «discriminación» y la frase «igual protección de leyes» son interpretables, ya que, como declaró el Juez Holmes, una palabra no es un cristal, transparente y sin cambios, es la piel de un pensamiento vivo y puede variar mucho en color y contenido según las circunstancias y el momento en que se utilice.

Es interesante el análisis de los defensores de esta decisión, en el sentido de que permitió compensar la discriminación del pasado, pues, desde el inicio de la vida nacional, los negros habían estado sujetos a obstáculos legales que impidieron su acceso igualitario a las oportunidades educativas. Durante el régimen de la esclavitud, se impusieron sanciones penales a quien intentara enseñarles; tras la promulgación de la Decimocuarta Enmienda, los estados continuaron negando a los negros la igualdad de oportunidades educativas, implantando una estricta política de segregación que los consideraba inferiores y los relegaba a instituciones educativas de nivel menor.

En nuestro país, la Constitución Federal en el artículo 1o, párrafo quinto, y en el artículo 4o, párrafo primero, consagran el derecho a la no discriminación por género y la igualdad entre los hombres y las mujeres.

Con respecto al artículo 24 de Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”), La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sostenido que la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona; y que no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse, en sí misma, ofensiva de la dignidad humana. Por tanto, solo es discriminatoria una distinción cuando «carece» de una justificación objetiva y razonable.²

² Jurisprudencia, contenida en el registro digital 2012715. Tesis: 1a. /J. 49/2016 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 35, octubre de 2016, Tomo I, página 370. Primera Sala.

Las acciones afirmativas son un tipo de discriminación positiva; se definen como aquellas medidas compensatorias que garantizan la igualdad material a favor de los grupos sociales discriminados por la posición desventajosa en la cual sus miembros se encuentran respecto de los integrantes de la sociedad. Sus fines son: 1) compensar o remediar una situación de injusticia o discriminación del pasado; 2) realizar una determinada función social; y, 3) alcanzar una representación o un nivel de participación más equilibrada entre los grupos humanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que las acciones a favor de las mujeres son el ejemplo típico del último supuesto. A su vez, el Poder Judicial del Estado de México contribuye a la igualdad sustantiva a través del Curso de Formación en el cargo de magistrada, acción afirmativa en favor de la paridad de género con arreglo a la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; la Ley de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Mujeres y Hombres del Estado de México, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Se favorece el equilibrio en la representatividad de género en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, compuesto en la actualidad por un 69.5% de magistrados y un 30.5 % de magistradas. Por tanto, es una medida razonable, proporcional y objetiva que trata de remediar una desigualdad a través de un trato diferenciado.

Queda para una reflexión ulterior la regionalización de las actividades de formación o actualización, ya que desarrollarlas en la Escuela Judicial del Estado de México con sede Toluca, puede ser un factor que favorezca en su preparación solo a algunos servidores judiciales de esa región, considerando la extensión del Estado de México y su división en varias regiones, algunas de ellas muy alejadas de las otras, para de esta forma poder justificar que solo se realice en la sede Toluca, dado que se deja en desventaja a las mujeres que viven o trabajan lejos de este lugar.

United States vs. Álvarez-Machain (1992).

Secuestro forzoso

Héctor Macedo García

El caso *United States vs. Álvarez-Machain* fue resuelto el 15 de junio de 1992 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que se pronunció en torno a la denominada *legal abduction*.¹ La decisión judicial se refiere al criterio adoptado por Estados Unidos, en el supuesto en que se detiene por la fuerza a un imputado que es ciudadano de otra nación con la cual ha firmado un tratado de extradición. Según este criterio, no existe violación o impedimento alguno, para que se le juzgue en un tribunal del distrito acusador por violaciones de la ley penal de los Estados Unidos; es decir, el propio orden legal estadounidense justifica la ejecución de su fuerza extraterritorial a discreción de las autoridades de investigación o de persecución, para ir —por cualquier medio— tras el presunto responsable.

Esto fue lo que ocurrió con Humberto Álvarez-Machain, ciudadano y residente mexicano que fue presentado ante un juez estadounidense por participar en el secuestro y asesinato del Agente Especial Antidrogas de los Estados Unidos (DEA, por sus siglas en inglés) Enrique Camarena Salazar, así como del piloto mexicano que trabajaba con dicho agente, Alfredo Zavala Avelar. La acusación apuntaba a que, en su condición de médico, Álvarez-Machain había prolongado la vida del agente Camarena para que otros pudieran torturarlo e interrogarlo.

Al decir del propio Álvarez-Machain, la única prueba obrante en su contra era «una bolsa de plástico», y los hechos que afirmaba el fiscal estadounidense nunca pudieron demostrarse. El caso es que el 2 de abril de 1990, encontrándose en su consultorio médico de Guadalajara, Jalisco; Álvarez-Machain fue secuestrado a la fuerza y trasladado en avión privado a El Paso, Texas; donde fue arrestado por funcionarios de la DEA. Por tales hechos, la defensa de

¹ Entendido como «secuestro legal». Las notas periodísticas de la época refieren que el Gobierno de los Estados Unidos ofreció una recompensa para «forzar el traslado» de este mexicano, lo cual ha sido cuestionado a raíz de esta sentencia.

Álvarez-Machain demandó a aquel Estado para que desestimara la acusación, alegando que el secuestro forzoso constituía una conducta gubernamental indignante, por lo que el Tribunal de Distrito carecía de jurisdicción para juzgarlo, pues el imputado había sido secuestrado en violación del Tratado de Extradición celebrado entre México y Estados Unidos, de 4 de mayo de 1978. Finalmente, el Tribunal del Distrito decidió liberar al mexicano y ordenar su repatriación.

En Estados Unidos, las resoluciones judiciales se basan en precedentes, y en el presente asunto, la Corte de Apelaciones confirmó la desestimación de la acusación a Álvarez-Machain y su repatriación, basándose en el caso *Estados Unidos vs. Verdugo-Urquidez*, en el que se sostuvo que el secuestro forzoso de un ciudadano mexicano con la autorización de los Estados Unidos había violado el Tratado de Extradición entre Estados Unidos y México, aunque éste no prohíba expresamente tales secuestros; la Corte sostuvo que «el propósito» del tratado había sido violado por un secuestro forzoso.

En esas condiciones, la sentencia hace referencia a diversos casos que sirven de pauta para la que se tomará en el presente asunto. Otro de ellos fue *Estados Unidos vs. Rauscher* (1886), en el que el *justice* Samuel Freeman Miller emitió su opinión sobre los términos y la historia del tratado de extradición celebrado entre Inglaterra y Estados Unidos, en el que se estableció que una persona que haya sido puesta dentro de la jurisdicción de la Corte en virtud de un procedimiento basado en un tratado de extradición, solo puede ser juzgada por uno de los delitos descritos en ese tratado y por el delito que se le imputa en los trámites para su extradición. Si bien en este caso no existe problema alguno de secuestro forzoso, sí se trata de la interpretación de los alcances del tratado de extradición, lo que involucra alguna cláusula de debido proceso, entendido como aquel procedimiento legal que se lleva a cabo con observancia de las garantías procesales constitucionales, así como de los requisitos que establece una ley reglamentaria o un tratado.

Tomemos otro caso en el que existe el secuestro forzoso, a saber, *Ker vs. Illinois* (1886). Ker había sido juzgado y condenado por un tribunal de Illinois por hurto, pero su presencia ante el tribunal había sido obtenida mediante secuestro forzoso en Perú. En la causa, se sostuvo que el secuestro no es razón suficiente para que la parte no responda cuando se le somete a la jurisdicción del tribunal que tiene derecho a juzgarlo por tal delito y no presenta objeciones válidas a su juicio en dicho tribunal. Es decir, aquí la decisión fue contraria, considerando esencialmente que los medios no son importantes, siempre y cuando se obtenga el fin, que es juzgar al acusado, quien incluso no objetó su procesamiento.

Desde la perspectiva de nuestra realidad constitucional y la visión integral de la protección a derechos humanos, el secuestro forzoso es una clara muestra de autoritarismo y de violación constante del Derecho internacional. A pesar de contar con diversos precedentes a favor y en contra del secuestro forzoso, en la sentencia analizada se discutía, por un lado, que en el Tratado de Extradición entre México y Estados Unidos no se prohíbe el secuestro aludido, de manera que no se podría hablar de una violación de dicho acuerdo bilateral, pues en ninguno de sus artículos está la prohibición expresa; es decir, el tratado no dice nada sobre las obligaciones de los Estados Unidos y de México de abstenerse de llevar a cabo secuestros forzosos de personas en el territorio de la otra nación, y tampoco se pronuncia sobre las consecuencias de dicho secuestro, lo que resulta cierto.

Hoy en día, analizar un tratado en términos de su literalidad, sin tomar en consideración los derechos humanos, no es concebible, por lo que es una figura que se usa como mecanismo sistemático de violación de derechos fundamentales —la privación de la libertad—, circunstancia que atenta contra la teleología del pacto bilateral, pues se supone que éste se celebró para regular la forma en que los países firmantes, en estricta colaboración, pueden entregar a sus connacionales para ser juzgados en otra nación por delitos cometidos en ella, por lo que su interpretación y aplicación deben ser acordes con su propio contexto.²

Así, los tratados de extradición existen para imponer obligaciones mutuas de entregar a las personas en determinadas circunstancias y siguiendo los procedimientos establecidos. Sin embargo, también la cuestión debatida en el presente asunto no fue solo la ilegalidad del secuestro, sino también la consecuencia del mismo, pues, aun cuando el tratado no prohíba los secuestros, —aunque estos representan una conducta que contraviene la esencia de dicho tratado— si estos se producen, ¿podría considerarse como causa que impida al tribunal proceder al enjuiciamiento del acusado, habida cuenta de que su comparecencia se obtuvo por medios distintos del establecido en el tratado? Al respecto, tanto el Tribunal de Distrito como la Corte de Apelación dieron una respuesta afirmativa; por tanto, se ordenó la liberación y repatriación.

² Cfr. Tesis: 1a. CCLX/2015 (10a.), de título y subtítulo: «TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN DEBE SER CONFORME AL TEXTO DE LOS MISMOS CUANDO EL SENTIDO DE LAS PALABRAS SEA CLARO Y VAYAN DE ACUERDO A SU OBJETO Y FIN». *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, septiembre de 2015, t. I, p. 324. Registro digital: 2009868

En México —desde la óptica constitucional y legal—, el debido proceso y el respeto a la aplicación estricta de los tratados debe prevalecer, aunque las lagunas de estos (como se estableció en la Convención de Viena) deben interpretarse en el contexto de Derecho internacional consuetudinario, donde imperan la buena fe y el principio *pacta sunt servanda*, y los tratados se rigen principalmente por los principios de justicia, igualdad, respeto a la soberanía y a los derechos humanos a fin de mantener la paz y la seguridad internacional.

De esta manera, es evidente que el secuestro forzado de una persona cometido por autoridades gubernamentales de un país no cumple con estos principios, especialmente porque los secuestros violan diversos aspectos que inciden en las relaciones no solo legales, sino políticas y de gobernabilidad; por ello, nada justifica que las autoridades se introduzcan ilegalmente en otro país o paguen para que otros «detengan» a un futuro procesado para obtener la presentación de una persona.

De acuerdo con lo expuesto, la sentencia comentada aborda un tema interesante: el respeto a la soberanía nacional y la interpretación de los tratados internacionales, pero la postura adoptada por Estados Unidos es distinta de la que puede imperar en nuestro país, porque tenemos ordenamientos jurídicos distintos, basados en ópticas diferentes. Es de sobra conocido que el sistema estadounidense no se basa en garantías de respeto de los derechos humanos; por tanto, la perspectiva para la interpretación de cualquier norma, aun por impartidores de justicia, es diferente a la de México.

A pesar de lo dicho, es destacable que, en el caso de secuestro forzado de Álvarez-Machain, la decisión final de la Corte estadounidense se estime ajustada a las normas de interpretación internacional del tratado de extradición celebrado entre México y Estados Unidos (interpretación actual), pues es obvio que el objetivo de dicho tratado era regular el procedimiento de entrega y requerimiento de las personas que el otro país solicite para ser juzgadas, lo cual implica que no pueda hacerse una detención arbitraria que involucre la invasión a la nación vecina, de ahí que México no pueda entrar en Estados Unidos a detener a una persona que requiera que se le juzgue acá; por tanto, Estados Unidos tampoco puede invadir nuestro país de esa manera, en el entendido de que la consecuencia sería que la detención no sería legal y, por ende, que se tuviera que liberar a la persona, ya que, si bien, esto no lo exime de la responsabilidad que pudiera tener como inculpado, el incumplimiento del debido proceso y sus garantías de detención conllevaría su inminente liberación.

La experiencia también puede ser adoptada por México, en el entendido de que se debe respetar la esencia de los tratados internacionales, los cuales,

en caso de imprecisión, deben ser interpretados conforme a las reglas implementadas en la Convención de Viena y en el derecho internacional consuetudinario, siempre con respeto a los derechos humanos, y en busca de la paz y la colaboración amistosa entre los países.

Por tanto, los casos de secuestro forzado deben ser impedidos por nuestro país, que debe exigir que las demás naciones tampoco lo cometan en agravio de nuestros nacionales, pues ello vulnera la soberanía nacional y los tratados internacionales que se celebren entre las naciones, así como los derechos humanos de las personas involucradas. De manera que el fallo de la sentencia analizada debe ser tomado en consideración para que en México nunca se cometan estas violaciones y, en caso de que ocurran, se resuelvan con base en la esencia de los tratados internacionales, el debido proceso y los derechos humanos.

United States vs. Virginia (1996).

Discriminación sexual

Alejandra Almazán Barrera

El Instituto Militar de Virginia (*Virginia Military Institute* [VMI]) era la única escuela que admitía solo a varones entre las instituciones públicas de educación superior de aquel estado. Fundada en 1839, es la universidad militar financiada por el estado más antiguo de la Unión Americana. A lo largo de su historia, han egresado de sus aulas líderes e individuos cuya vida diaria refleja la integridad, la justicia y el aprecio por el valor del trabajo duro que se inculca en el instituto. La misión distintiva que en su momento ostentó era producir «soldados ciudadanos», «hombres preparados para el liderazgo en la vida civil y en el servicio militar», utilizando un «método adversativo» de entrenamiento no disponible en ninguna otra parte de Virginia, inculcando férrea disciplina física y mental en sus cadetes, imponiéndoles un sólido código moral.

En 1995 una mujer trató de ingresar en esa academia y fue rechazada. Los dirigentes esgrimieron el argumento de que solo podía admitirse a varones. Estados Unidos entabló una demanda contra Virginia y el VMI, alegando que esa política de admisión era inconstitucional porque vulneraba la cláusula de protección igualitaria de la Decimocuarta Enmienda. En apelación de un fallo del Tribunal de Distrito a favor de VMI, el Cuarto Circuito revocó la primera decisión, estimando que esa política de admisiones era inconstitucional. En respuesta, se propuso crear una institución paralela, pero exclusiva para mujeres, esto es, el Instituto de Mujeres de Virginia para el Liderazgo (VWIL). El Cuarto Circuito dictaminó que, a pesar de la diferencia de prestigio entre ambas instituciones, sus programas ofrecerían beneficios educativos «sustancialmente comparables». Estados Unidos, sin embargo, apeló a la Corte Suprema, que al conocer del asunto partió de un cuestionamiento principal, consistente en si la creación en Virginia de una academia solo para mujeres como un programa homologable a una academia solo para hombres, satisfacía la Cláusula de Protección Igualitaria de la referida Enmienda. En las consideraciones de la sentencia que nos ocupa, la respuesta fue negativa.

En una decisión que contó con una votación mayoritaria de siete a uno, la Corte estimó que la política de admisión de hombres del VMI era inconsti-

tucional, dado que no se había demostrado una «justificación excesivamente persuasiva» para la política de admisiones con sesgo de género, considerando, a su vez, que Virginia había violado la cláusula de protección igualitaria de la Decimocuarta Enmienda, sección 1,¹ ya que no apoyaba su afirmación de que la educación diferenciada por sexo contribuía a la diversidad educativa porque no había demostrado que la política de admisión solo para hombres de VMI se hubiera creado o mantenido con la finalidad de promover esa diversidad. Además, el instituto exclusivo para mujeres que se proponía crear no podía ofrecer a éstas los mismos beneficios que la Academia Militar ofrecía a los hombres, pues no proporcionaría el mismo entrenamiento riguroso, profesores, cursos, instalaciones, oportunidades financieras, prestigio, reputación y conexiones de ex alumnos que se otorgaban a los cadetes masculinos. Finalmente, la Corte adujo que la «comparabilidad sustantiva» que, según había estimado el Cuarto Circuito, existía entre ambas instituciones, estaba fuera de lugar, pues ese estándar había sido un desplazamiento del criterio más exigente de la Corte, que requería que «todas las clasificaciones basadas en el género de hoy» fueran evaluadas con «un escrutinio más riguroso». Por todo ello, concluyó la Corte, no se había cumplido con los requisitos de la cláusula de protección igualitaria, y la propuesta de segregar a hombres y mujeres podía dar lugar a que en las instituciones del país se volviera a aplicar la teoría de «separados pero iguales», lo cual era rechazado por la propia Corte y no era aceptable a la luz de la Decimocuarta Enmienda, de ahí que no se acreditara una razón convincente para privar a las mujeres de tener una formación ciudadano-soldado del Instituto Militar de Virginia y que, en efecto, se había violado la cláusula de protección equitativa de la enmienda, sin que la creación de una institución paralela pudiera enmendar tal vulneración. En suma, el fallo determinó que el VMI debía admitir también a mujeres.

En ese contexto, nos encontramos frente a dos tópicos esenciales a la hora de comentar la sentencia: ¿es válido que en instituciones públicas se establezcan parámetros de accesibilidad basados en el hecho de si el aspirante es mujer o varón?; ¿cabría, para ello, como justificación, considerar los lugares, las actividades que se desarrollen, o bien, buscar la preservación de la historia y tradiciones que a lo largo de la historia se hayan seguido?

¹ «Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria».

En la primera resolución, el Tribunal de Distrito razonó que la educación en «un entorno de un solo género, ya sea masculino o femenino» produce beneficios sustanciales; que la escuela para hombres del VMI generó diversidad a un sistema de Virginia que de otro modo sería mixto, que esa diversidad fue «mejorada por el método único de instrucción de VMI», y que si la educación de un solo género para los hombres se ubica como un objetivo gubernamental importante, se vuelve obvio, concluyó el tribunal, que el único medio para lograr el objetivo «es excluir a las mujeres de la institución exclusivamente para hombres: VMI». «A las mujeres [de hecho] se les niega una oportunidad educativa única que solo está disponible en VMI», reconoció el Tribunal de Distrito, pero «se perdería la condición de un solo sexo, y se alterarían algunos aspectos del método distintivo [de la escuela]» si las mujeres fueran admitidas, entre ellos los siguientes: «Tendría que darse permiso para la privacidad personal»; «Los requisitos de educación física tendrían que modificarse, al menos para las mujeres». El ambiente adverso no podría sobrevivir sin modificaciones, y, por tanto, quedaba demostrada una «justificación constitucional suficiente» para continuar con la política de un solo sexo.

Así, en principio se estimaría válido que solo se permitiera el acceso a varones cuando se realizaran actividades similares. Las actividades caracterizadas por su muy alto grado de exigencia y en las que las condiciones especiales en que se requiera verificarlas fueran de tal dureza, que únicamente podrían realizarse excluyendo a mujeres. A manera de ejemplo, la formación impartida por generaciones en la Academia Militar de Virginia comporta que los cadetes vivan en barracones donde la vigilancia es constante y la privacidad, inexistente; visten uniformes, comen juntos y participan regularmente en simulacros, y están incesantemente expuestos a las ratas, todo lo cual es «una forma extrema del modelo adversativo», comparable en intensidad al campo de entrenamiento del Cuerpo de Infantería de Marina, caracterizándose además el «modelo adversativo» por un «sistema de clases» jerárquico de privilegios y responsabilidades, un «sistema de diques» para asignar un mentor de clase superior a cada «rata» de la clase que ingresa, y un «código de honor» estrictamente aplicado. Así, a primera vista, no parecería que esas exigencias y actividades pudieran impartirse con la misma eficiencia a mujeres, y, por ende, podría tampoco lograrse el mismo resultado satisfactorio que si únicamente se realizan por varones.

¿Por qué? Las respuestas parecerían obvias: actividades de extrema fortaleza no podrían desempeñarse por mujeres porque su constitución física es más frágil que la de un varón: a) una educación que requiere un aislamiento prolongado en condiciones carentes de privacidad no podría impartirse sa-

tisfactoriamente en un lugar en el que coincidan hombres y mujeres porque resulta evidente que ellas querrían y necesitarían un espacio privado; y, b) una formación que requiera alto grado de presión psicológica no podría llevarse a cabo con mujeres porque muchas veces, debido a sus cambios de índole hormonal, no cuentan con la misma estabilidad ni equilibrio mental que tienen los hombres.

Se sumaría, además, como justificante, la necesidad —como también se actualiza en el caso y fue considerado incluso por el Cuarto Circuito—, del Estado e institución de que se trate, el preservar el historial de tradición y prestigio de la institución, que ha formado en altos valores y férrea disciplina a sus estudiantes, quienes, en virtud de ello cuentan, al egresar, con claras ventajas sobre el resto al acceder al ámbito laboral.

Pero ¿qué sucede entonces si, como acontece en el caso, hubiera mujeres que, pese a conocer las extremas condiciones que se requieren para contar con esa formación, expresan su deseo de acceder a ella? ¿Qué pasa si, además de tener ese deseo, cuentan con las características físicas y psicológicas necesarias para tal efecto? ¿Será válido, con base en las anteriores consideraciones, responderles con una negativa, derivada solo de lo que resultaría incluso lógico considerar conforme a lo que se ha mencionado antes?

La respuesta a lo anterior no puede ser otra más que «no». Es la previsión de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en su lo que brinda sustento a esa negativa, aun por encima de todas las consideraciones que, como se ha visto, podrían parecer válidas e incluso lógicas para negar el acceso a mujeres a una institución educativa concebida para varones, y precisamente con base en la diferencia de sexo; situaciones que fueron consideradas al formular el proyecto de la resolución que se emitió. En México, el artículo 4o de la Constitución dispone: «La mujer y el hombre son iguales ante la ley». No existe justificación basada en esas diferencias que pueda considerarse válida para establecer clasificaciones excluyentes debido al sexo. En cambio, atendiendo a esas «lógicas» y primigenias respuestas, indudablemente, al igual que lo advirtió la Corte Suprema de los Estados Unidos, podemos advertir que aquellas, al igual que en infinidad de casos —trabajos remunerados, actividades del hogar e inherentes al cuidado de la familia, actividades sociales y recreativas, solo por mencionar algunos—, las clasificaciones excluyentes derivan de una diferenciación basada en estereotipos de género² que

² Se conoce como estereotipo a la percepción exagerada, con pocos detalles y simplificada, que se tiene sobre una persona o grupo de personas que comparten ciertas características, cualidades y habilidades, que busca “justificar o racionalizar una cierta conducta en rela-

resulta, a su vez, discriminatoria y contraria al espíritu de igualdad consagrado en el citado texto constitucional.

En ese contexto, los estereotipos son preconcepciones o percepciones sobre personas que comparten ciertas características, cualidades y habilidades, a fin de justificar o racionalizar ciertas conductas en relación con determinadas categorías. Entonces, es indudable que la pretensión de excluir a una persona de cualquier circunstancia o actividad por razón de su sexo resultará discriminatoria y, por ende, contraria a Derecho, porque esa exclusión no se efectuará sino hasta que se hayan ponderado precisamente los prejuicios derivados de estereotipos cuya sola aplicación es contraria al principio de igualdad; como ejemplo, en una institución de alto prestigio y de carácter militar, se consideraría —y así se estimó— que una mujer no podría realizar actividades de alto rendimiento porque su constitución física no se lo permitiría; que una mujer no podría estar sometida largamente a una alta presión psicológica porque su inestabilidad emocional —e incluso hormonal— le impediría alcanzar la concentración necesaria para adquirir el máximo aprovechamiento de las actividades.

Parecía mejor crear una institución en la que recibieran formación física y psicológica acorde con sus capacidades y posibilidades, tal como se propuso en su momento en el caso a estudio por el estado de Virginia, al sostener que las diferencias metodológicas estaban «justificadas pedagógicamente», basadas en «diferencias importantes entre hombres y mujeres en cuanto a necesidades de aprendizaje y desarrollo», «diferencias psicológicas y sociológicas» que Virginia describió como «reales» y «no estereotipos», determinando que un modelo militar y, especialmente, el método adversativo del VMI sería totalmente inadecuado para educar y capacitar a la mayoría de las mujeres.

En la propia Corte Suprema hubo incluso una opinión que resultó acorde con tal postura: el *justice* Scalia, único disidente, inició su voto afirmando lo siguiente: «Hoy, la Corte cierra una institución que ha servido a la gente de la *Commonwealth* de Virginia con orgullo y distinción durante más de un siglo y medio», agregando que la tradición de tener escuelas militares para hombres financiadas por el Gobierno, estaba tan arraigada en el país como la de enviar solo hombres al combate militar, y que «la gente puede decidir cambiar una tradición, como la otra, a través de procesos democráticos», pero sostuvo que «hoy, sin embargo, el cambio se impone a Virginia, y la reversión a la educa-

ción con determinada categoría social”. Regularmente, los estereotipos se basan en prejuicios que la sociedad establece conforme su ideología de «modelo a seguir» de conducta o características físicas; estos cambian con el paso del tiempo.

ción diferenciada por sexo está prohibida en todo el país, no por procesos democráticos, sino por orden de esta Corte».

Si se toma como válida esta postura, se consideraría discriminatorio y, por tanto, ilegal diferenciar en razón de género, pero no hacerlo así para preservar tradiciones arraigadas que, a su vez, solo podrían modificarse a través de procesos democráticos. Si, en su caso, esas tradiciones arraigadas emanan precisamente de la existencia de estereotipos, ¿no constituye el hecho de preservarlas una clara e indiscutible discriminación debido a género? Estimo que sí.

Tomar, por ende, como válidas tales consideraciones, lejos de contribuir a eliminar los prejuicios de género que han prevalecido y que han sido parte de la discriminación que han sufrido las mujeres por el hecho de serlo llevaría, desde luego, a arraigarlos aún más profundamente, pues ocasionaría incluso que se acogieran justificaciones de esa índole como pertinentes y adecuadas para, irónicamente, evitar exclusiones en razón de género. No veo cómo una concepción o tradición arraigada en una comunidad a ese respecto pueda, en cambio, estimarse válidamente variable solo mediante «procesos democráticos».

Sirva la cuestión dirimida en tan importante sentencia para advertir que ninguna diferenciación realizada con base en estereotipos de género puede ser admitida en una sociedad, y menos aún en un marco legal que busque ponderar y proteger los derechos humanos. Sirva también para que, desde el lugar que nos corresponda, mediante las pequeñas cosas que integran el trabajo cotidiano, cada juzgador, con valentía y determinación, aporte en sus resoluciones un grano de arena para que un día lleguen a erradicarse de todos los sistemas jurídicos esas diferencias estereotipadas que, durante la historia de la humanidad, han arraigado en el ser humano y le llevan a discriminar y a ejercer violencia sobre los semejantes. Sirva para ser mejores personas. Sirva para abrir brecha, para ser referencia y, para ser ejemplo de vida.

Bush vs. Gore (2000).

Recuento de votos en elección presidencial

Perla Palacios Navarro

«Justicia igualitaria al amparo de la ley»¹

La Constitución estadounidense (1789) establece que el poder ejecutivo se deposita en un presidente, y que cada estado nombrará a los electores del modo que su legislatura disponga (artículo 2o); en este sentido, el Colegio Electoral² está integrado por 538 electores, y se requiere una mayoría de 270 de sus votos para elegir al presidente.³ El Colegio es un intermediario entre la voluntad de los ciudadanos y la designación del mandatario;⁴ por ello, cuando los ciudadanos acuden a las urnas a votar, su elección es indirecta porque el resultado no depende directamente de esa acción. Las leyes rectoras de las elecciones estadounidenses derivan del artículo 1o de la Constitución, que otorga a los estados la responsabilidad de supervisar las elecciones federales. Por lo demás, se han aprobado enmiendas constitucionales y leyes federales para garantizar el derecho al voto.⁵

¹ Frase situada en el frontispicio del edificio de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

² El Colegio Electoral existe desde 1787, cuando los padres de la Constitución estadounidense debatieron entre establecer un sistema de elección presidencial por voto popular o por elección del Congreso. En consecuencia, el Colegio se creó como una fusión entre el poder estatal y el popular.

³ En el caso extraordinario de que ningún candidato gane en el Colegio Electoral, la Cámara de Representantes se reúne para elegir al próximo presidente. Así fue como John Quincy Adams se convirtió en presidente en 1824.

⁴ Andrade, Eduardo (2001): *Deficiencias del sistema electoral norteamericano*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 15.

⁵ En este caso, su marco jurídico está conformado por: 1) La Constitución, cuyo artículo 1o. otorga a los estados la responsabilidad de supervisar las elecciones federales; 2) Las Enmiendas 15o. [1], 19o. [2], 24o. [3] y 26o. [4] también establecen reglas; 3) La Ley para las Campañas de Elecciones Federales; 4) La Ley de Derechos Civiles de 1964; 5) La Ley de Derecho al Voto de 1965; 6) La Ley de Accesibilidad para Votar para Adultos Mayores y Personas con Discapacidades de 1984; 7) Ley de Votación Ausente para Militares y Ciudadanos en el Extranjero de 1986; 8) Ley Nacional de Registro del Votante de 1993; 9) Ley Ayudemos a Estados Unidos a Votar de 2002; 10) Ley de Empoderamiento para Militares y

La Corte Suprema presidida por William Rehnquist⁶ resolvió dos casos trascendentales relacionados con el sistema electoral de los Estados Unidos: *Bush vs. Palm Beach County Canvassing Board*⁷ y *Bush vs. Gore*, ambos relacionados con las elecciones presidenciales del año 2000, cuyo resultado final dependió de quien hubiera ganado el voto popular en el Estado de Florida.

Tras la decisión de la Corte en *Bush vs. Palm Beach County Canvassing Board*, y al tiempo que Gore impugnó la certificación de los resultados de las elecciones presidenciales en Florida el 8 de diciembre de 2000, la Corte Suprema de dicho estado ordenó que el Tribunal de Circuito del condado de León tabulara a mano 9,000 papeletas impugnadas del condado de Miami-Dade. También ordenó que todos los condados de Florida comenzaran a contar manualmente todos los «votos insuficientes» —boletas que no indicaron un voto

Ciudadanos en el Extranjero de 2009. Cfr. Contreras Suárez, Aribel, “#ANÁLISIS Elecciones en Estados Unidos, como una jugada de póker”.

⁶ William H. Rehnquist fue nombrado *Associate Justice* por Richard Nixon en 1972; se desempeñó en la Corte por 33 años y la presidió de 1986 a 2005. Los otros *justices* fueron John Paul Stevens, Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, Anthony M. Kennedy, David H. Souter, Clarence Thomas, Ruth Bader Ginsburg y Stephen G. Breyer.

⁷ Como se recordará, las elecciones presidenciales de 2000 se hicieron depender del ganador del voto popular en Florida. El republicano George W. Bush tenía una ligera ventaja en la cuenta. El candidato demócrata, Al Gore, impugnó la decisión de la secretaria de Estado de Florida, Katherine Harris, de certificar los resultados de las elecciones presidenciales el 14 de noviembre, fecha límite establecida por la ley electoral local. Gore también cuestionó la decisión de Harris de ignorar el resultado de los recuentos manuales que su campaña había solicitado en cuatro condados, recuentos disponibles bajo otra disposición del código electoral local. La Corte Suprema del estado escuchó las impugnaciones de Gore y sostuvo que Harris no podía certificar el resultado sino hasta el 26 de noviembre, así como que Harris debía incluir los resultados de los recuentos manuales en los resultados certificados. Intervino el gobernador Jeb Bush, quien junto con Harris apeló la decisión de la Corte Suprema de Florida ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los *justices* analizaron, en primer término, si las decisiones judiciales posteriores a las elecciones, que limitan la discreción de los legisladores o funcionarios ejecutivos para certificar los resultados de las elecciones, violan la Cláusula del Debido Proceso de la Constitución de los EE. UU. La Sección 5 de 3 USC, y, en segundo, si la decisión de la Corte Suprema de Florida había cambiado la manera en que se eligieron los votos electorales en el estado, violando así el Artículo II, Sección 1, Cláusula 2 de la Constitución de los Estados Unidos, que confiere poder plenario en asuntos de elecciones federales a las legislaturas estatales. En una opinión *per curiam*, se sostuvo que había «considerable incertidumbre» en cuanto a las razones de la decisión de la Corte Suprema floricana. En consecuencia, el tribunal no revisó las cuestiones federales presentadas por el caso. En cambio, anuló la decisión de aquella Corte y devolvió el caso para aclarar dos preguntas: 1) ¿La Corte Suprema floricana pensó que la Constitución local circunscribía el poder plenario de la Legislatura en asuntos electorales conferidos por la Constitución de los Estados Unidos?; 2) ¿Cuánto peso le dio la Corte Suprema a la Sección 5 de 3 USC?

para presidente— porque había suficientes boletas impugnadas para poner en duda el resultado de la elección. El candidato George W. Bush y su compañero de fórmula, Richard B. Cheney, presentaron una solicitud de revisión en la Corte Suprema y solicitaron una petición de emergencia para suspender la decisión de la Corte Suprema de Florida.

La Corte Suprema de los Estados Unidos otorgó la revisión y emitió la suspensión el 9 de diciembre. Escuchó el argumento oral dos días después. Las cuestiones que examinó fueron las siguientes: a) Si la Corte Suprema de Florida había violado el artículo II, Sección 1, Cláusula 2, de la Constitución de los Estados Unidos al «hacer» una nueva ley electoral; y, b) Si los recuentos manuales sin estándares conculcaban las cláusulas de igualdad de protección y debido proceso de la Constitución. En virtud de que la cláusula de igual protección garantiza a los individuos que sus boletas no sean devaluadas por un «posterior trato arbitrario y dispar», la opinión *per curiam*⁸ sostuvo que el esquema de la Corte Suprema de Florida para contar las boletas resultaba inconstitucional. Incluso si el recuento había sido justo en teoría, en la práctica no lo había sido. El expediente sugirió que se habían aplicado diferentes estándares de una boleta a otra, de un distrito a otro y de un condado a otro. Debido a esas y otras dificultades de procedimiento, el tribunal sostuvo que no podía hacerse un recuento constitucional en el tiempo restante para designar al ganador de la elección.

El dictamen *per curiam* limitó su validez al presente caso. Rehnquist —en opinión concurrente con Scalia y Thomas— argumentó que el esquema de recuento también era inconstitucional, toda vez que la decisión de la Corte Suprema de Florida había elaborado una nueva ley electoral, competencia que corresponde a la legislatura estatal. Los *justices* Breyer y Souter, por su parte, estuvieron de acuerdo con el *per curiam*, en la medida en que el esquema de recuento de la Corte floricana violaba la cláusula de protección igualitaria, pero discreparon con respecto al remedio, creyendo que podía diseñarse un recuento constitucional. El tiempo es insustancial cuando están en juego los derechos constitucionales. A su vez, los *justices* Ginsburg y Stevens argumentaron que, por razones de federalismo, la decisión de la Corte Suprema de Florida debía respetarse, pues había sido fundamentalmente correcta, en el sentido de que la Constitución exige que cada voto se cuente.

En México se han presentado casos parecidos al reseñado a nivel estatal, como lo revelan los juicios de revisión constitucional electoral SUP-

⁸ La opinión del tribunal —y no de *justices* en particular—.

JRC-176/2018 y Acumulados del estado de Puebla, y SUP-JRC-128/2021 y Acumulados del estado de Campeche, resueltos por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF),⁹ en los que se ordenó la apertura de paquetes electorales para los comicios de gobernador a fin de llevar a cabo un nuevo escrutinio y cómputo de la votación recibida en la totalidad de las casillas de los distritos electorales. La diligencia se encomendó a los magistrados electorales de las Salas Regionales, y también se vinculó al Consejo General del Instituto Electoral del Estado y al Tribunal Electoral Local.

En efecto, el proceso electoral no termina el día en que se celebran los comicios; los resultados no son definitivos sino hasta que se resuelven todas las impugnaciones contra la validez de los resultados. Una cuestión destacable es que se privilegia el principio de certeza en materia electoral, que consiste en que las acciones que se realicen sean veraces, reales y apegadas a los hechos, sin manipulaciones o adulteraciones; que el resultado de todo lo actuado en el proceso electoral sea plenamente verificable, fidedigno y confiable, reduciendo al mínimo la posibilidad de errar y eliminando, en lo posible, cualquier vestigio de vaguedad o ambigüedad, así como de duda o suspicacia, a fin de que aquellos sean auténticos.¹⁰

No debe soslayarse el argumento vertido en el SUP-JRC-128/2021 y Acumulados del estado de Campeche, en cuanto a que la diferencia de votos entre el primero y segundo lugar (5,994) es inferior al número de votos nulos (8,387) contabilizados; no obstante, los artículos 748 y 749 de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Campeche no prevén el citado supuesto, lo cual significa que no es una causal para declarar nula la votación el hecho de que la diferencia de votos entre el primero y el segundo lugar sea inferior al número de votos nulos contabilizados, máxime porque se habían impugnado solo las resoluciones vinculadas con trece de veintidós distritos electorales, como lo sostuvo la minoría.

La democracia en México es representativa, por lo que la mayoría de la ciudadanía es quien decide la elección presidencial; inclusive, las disposiciones

⁹ El TEPJF ordenó el recuento total de votos de la elección para la gubernatura de Campeche. La Sala Superior aprobó, por 4 votos a favor y 3 en contra, ordenar el recuento de la votación recibida en la totalidad de las casillas de los 21 distritos electorales locales del estado y vincular, para tales efectos, al Consejo General del Instituto Electoral local, al Tribunal Electoral de la entidad federativa y al Instituto Nacional Electoral por conducto de la correspondiente Junta Local Ejecutiva, y a las salas Especializada y Regional Xalapa del TEPJF.

¹⁰ Cfr. SUP-JRC-176/2018, párr. 91.

en materia de instituciones y procedimientos electorales a nivel tanto federal¹¹ como local¹² se encuentran debidamente delimitadas. Podría considerarse, quizá, la unificación de los ordenamientos electorales tomando en cuenta los criterios emitidos por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con el fin de armonizar ciertas directrices como, por ejemplo, las relativas al porcentaje entre votos válidos y nulos, así como la impugnación del 50% o más de los distritos electorales; todo ello para que no se cuestione la legitimidad de los tribunales al pretender salvaguardar el principio de certeza electoral.

¹¹ Cfr. Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y Ley General en Materia de Delitos Electorales.

¹² Cfr. Código Electoral del Estado de México.

District of Columbia vs. Heller (2008).

Derecho a portar armas

Ricardo Alfredo Sodi Cuéllar

La comisión de delitos violentos está vinculada fundamentalmente a la posesión, legal o ilegal, de armas de fuego. Para tratar de abatir estas conductas antisociales, lo más sencillo sería prohibir su comercialización y reservar su uso a las instituciones responsables de la seguridad pública. Sin embargo, este tipo de medidas se enfrenta a diversas reacciones de la sociedad y de las autoridades. En varios estados de la Unión Americana, la portación de armas se sustenta en reivindicaciones históricas cuyo origen se remonta a la fundación del país —las milicias, y los ciudadanos en armas, que tenían derecho a portarlas y participar en la defensa de sus comunidades—.

Los ciudadanos consideran que poseer armas es un derecho fundamental reconocido por la Segunda Enmienda de la Constitución. La casa encuestadora Gallup señala que, en 2020, el 42% de los estadounidenses tenía armas de fuego en casa para su defensa. El 46% admitió que las restricciones para la venta de armas deben mantenerse como están o, incluso, reducirse. El 74% de los estadounidenses adultos considera que el comercio y la exportación de armas de fuego, constituye una oportunidad de desarrollo y crecimiento económico. El 73% de los encuestados considera que la Segunda Enmienda debe prevalecer para garantizar el derecho a poseer y portar armas de fuego.

En términos generales, puede considerarse que la sociedad estadounidense tiene una opinión favorable respecto a la posesión y portación de armas de fuego. Por ello, todo tipo de políticas públicas y acciones legislativas encaminadas a imponer restricciones o limitaciones al comercio y la posesión de armas, están sujetas a muchas presiones de grupos y asociaciones civiles, cuyos postulados se sustentan en el derecho inalienable a poseer e, incluso, portar armas.

Por su importancia política y alcance nacional, destaca la *National Rifle Association of America*, reconocida como una importante fuerza política y como la principal defensora de los derechos de la Segunda Enmienda en los Estados Unidos, que ha sido, desde sus inicios, la principal organización de educación sobre armas de fuego del mundo.

No obstante, el debate surge cada vez que un hecho violento de alto impacto sacude las conciencias de los estadounidenses y adquiere alcances mediáticos nacionales e internacionales. Masacres en escuelas, universidades y centros comerciales, perpetradas por psicópatas con acceso a armas de alto poder. La imagen de una sociedad violenta y desequilibrada no gusta a las conciencias puritanas y proyecta una imagen descompuesta del país, que se asume como garante universal del Estado de Derecho.

La interpretación de la Segunda Enmienda y la determinación de sus alcances respecto al derecho a poseer y portar armas en favor de los ciudadanos es el tema central de este debate. Dentro de los casos relacionados que han sido sometidos a la consideración de la Corte Suprema de los Estados Unidos, destaca el relativo al Distrito de Columbia contra Dick Anthony Heller (*D.C. vs. Heller*), que tuvo implicaciones en la interpretación de la mencionada Segunda Enmienda. El texto de la Enmienda en su traducción determina: «Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado Libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas».

La controversia fue planteada por el oficial de policía Dick Anthony Heller, quien, en el ejercicio de sus funciones, se encontraba autorizado para portar una pistola en su horario laboral. Adicionalmente, deseaba tener una pistola en su domicilio, fuera de tal horario. Solicitó a las autoridades del Distrito de Columbia el permiso correspondiente, que le fue negado con base en la Ley para Regular el Control de Armas de Fuego (*Firearms Control Regulation Act, 1975*), que específicamente prohibía la posesión individual de armas.

En su sección 201, la ley establecía la obligatoriedad de un registro: (a) Salvo que se disponga lo contrario en esta ley, ninguna persona u organización dentro del Distrito deberá recibir, poseer, tener bajo su control, transferir, ofrecer en venta, vender, dar o entregar ningún dispositivo destructivo, y ninguna persona u organización deberá, dentro del Distrito poseer o tener bajo su control cualquier arma de fuego, a menos que dicha persona u organización sea titular de un certificado de registro válido para dicha arma de fuego. En el caso de una organización, se emitirá un certificado de registro (1) solo a una organización que tenga en su empleo uno o más oficiales especiales de policía comisionados u otros empleados con licencia para portar armas de fuego durante las horas de servicio de dichos empleados y (2) solo para dicha organización en su propio nombre y en nombre del presidente o del director ejecutivo. (b) La Subsección (a) no se aplicará a: (i) cualquier oficial de la ley o agente del Distrito o de los Estados Unidos, o cualquier oficial de la ley o agente del gobierno de cualquier estado o subdivisión del mismo, o cualquier miembro de las fuerzas armadas de los Estados Unidos, la Guardia Nacional

o Reservas Organizadas, cuando dicho oficial, agente o miembro está autorizado a poseer tal arma de fuego o dispositivo mientras está de servicio en el desempeño de funciones oficiales autorizadas.

Por su parte, la sección 202 estipulaba qué armas de fuego no eran registrables: No se expedirá ningún certificado de registro para ninguno de los siguientes tipos de armas de fuego: (a) escopeta recortada; (b) ametralladora; (c) rifle de cañón corto; (d) pistola no registrada válidamente a nombre del registrante actual en el Distrito antes de la fecha de vigencia de esta ley; y (e) pistola no poseída por el registrante actual de conformidad con las regulaciones vigentes inmediatamente antes de la fecha de vigencia de esta ley.

Finalmente, la sección 702 de la ley en comento especificaba la forma en que debía mantenerse el arma, estipulando que, con excepción del personal de aplicación de la ley descrito en la sección 201 (b) (1), cada solicitante de registro deberá mantener cualquier arma de fuego en su poder descargada y desmontada o protegida por un seguro de gatillo o dispositivo similar, a menos que dicha arma de fuego se guarde en su lugar de trabajo o mientras se utilice con fines recreativos legales dentro del Distrito de Columbia.

Inconforme con la negativa de la autoridad, Heller promovió una demanda ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en el Distrito de Columbia (*Federal District Court for the District of Columbia*). Consideraba que la negativa de registro de una pistola, así como la obligación de mantener dichas armas descargadas y desmontadas o protegidas por un seguro de gatillo o dispositivo similar, tal como lo establecía la ley, violaba el derecho de los ciudadanos a poseer armas de fuego establecido en la Segunda Enmienda, la cual, alegó, protegía el derecho de los ciudadanos a poseer armas de fuego, independientemente del servicio de la milicia, y que las mismas, podían ser utilizadas en el domicilio para la legítima defensa, por lo que no podían mantenerse inoperantes.

Al negar su solicitud de licencia, el Distrito de Columbia interpretaba que la Segunda Enmienda solamente protegía el derecho de poseer y portar armas en relación con la milicia; es decir, cuando los ciudadanos fueran llamados a defender a su país en una causa o enfrentamiento de carácter bélico.

La sentencia desestimó la demanda de Heller. Para combatirla, interpuso un recurso de apelación. El Tribunal de Apelación revocó la resolución por considerar que violaba la Segunda Enmienda. Se decantó por la inconstitucionalidad de la prohibición de poseer armas, así como de los requisitos para que estas se mantuvieran en el domicilio, en estado inoperante, aunque fueran necesarias para la legítima defensa.

El Distrito de Columbia solicitó a la Corte Suprema de los Estados Unidos que atrajera el caso por su relevancia constitucional. Entendiendo que, la atracción es de carácter discrecional y se realiza a través del auto de avocación (*writ of certiorari*): «El recurso de *certiorari* técnicamente es una orden a un tribunal inferior para que entregue el expediente a la Corte Suprema para que esta pueda examinar la decisión del tribunal inferior».¹

Por su parte, la Corte Suprema emitió una sentencia dividida —cinco *justices* a favor y cuatro en contra—,² a cuyo tenor la Ley para Regular el Control de Armas de Fuego del Distrito de Columbia era violatoria de los derechos fundamentales considerados por la Segunda Enmienda.

El primer aspecto relevante apunta a que la Segunda Enmienda protege el derecho individual a poseer armas de fuego con fines legítimos, sin relación con el servicio militar asociado a la milicia. Además, reconoce el derecho al uso de armas para la defensa legítima en el domicilio. Del análisis de la expresión «milicia bien regulada» (*well regulated Militia*), el *justice* Scalia consideró que era una cláusula introductoria indicando el propósito de la enmienda, pero que no limitaba el derecho a portar armas, pues ese es el propósito de la parte operativa de la Segunda Enmienda. En sus consideraciones, señaló que no existe en la historia constitucional ni en las constituciones de los estados ni en las publicaciones de académicos de la época pronunciamiento o señalamiento alguno donde se advierta la intención de los *padres fundadores* de limitar la posesión y la portación de armas de fuego exclusivamente para quienes participen en la milicia local.

Para un mejor entendimiento, me referiré a las milicias en el contexto histórico y contemporáneo del concepto. En sus orígenes, las milicias fueron cuerpos integrados por ciudadanos en armas; eran una suerte de reserva nacional, idónea para casos de emergencia y coyunturales. Sus integrantes se reclutaban voluntariamente y era frecuente que fueran el reemplazo del ejército regular. Vecinos y moradores aptos para el servicio acudían a filas y al frente de las unidades, solía aparecer ya una jerarquía elemental. Recibían un entrenamiento básico. Por lo general, no usaban uniformes, o bien ellos los costeaban. Cada cual llevaba su propia arma de fuego. A diferencia de las fuerzas armadas regulares, no recibían salario y el tiempo de servicio era determi-

¹ Cfr. Jaeger-Fine, Toni (2014): «*Writ of Certiorari* (auto de avocación)», en E. Ferrer Mac-Gregor *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México: UNAM p. 1259.

² A favor: Scalia, Roberts, Kennedy, Thomas y Alito. En contra: Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer.

nado por las necesidades de defensa para las que hubieran sido convocados. Por ello, el tiempo de servicio era indeterminado, a diferencia de las fuerzas regulares, que sí tenían un tiempo fijo y obligatorio de enganche.

Los ciudadanos participantes acudían a prestar sus servicios con sus propias armas y al terminar su misión, regresaban a casa con ellas. Estos antecedentes explican la razón por la cual la posesión y portación de armas de fuego estaba asociada a una «milicia bien regulada» (*well regulated Militia*), ya fuera nacional o estatal. El efecto de la sentencia del caso *District of Columbia vs. Heller* desvinculó la posesión y portación de armas de fuego de las milicias nacionales o locales, permitiendo a los ciudadanos poseerlas para fines legítimos.

Scalia consideró que, al interpretar la Segunda Enmienda, debe considerarse que fue escrita para ser entendida por ciudadanos comunes. Sus palabras y sus frases fueron utilizadas en su sentido normal y ordinario, y no en lenguaje técnico, razón por la cual, el análisis debía centrarse en la interpretación de los términos «armas», «posesión» y «portación». Al analizar el término «armas», concluyó que este no se limitaba a las de uso militar, negándose a aceptar que se encontraba directamente ligado con las de la época en que había sido aprobada la Segunda Enmienda (1791). Dicho término se extendía a todo tipo de armas. A la sazón, no existía distinción entre las de uso personal y aquellas reservadas a las fuerzas armadas. Los milicianos acudían al servicio militar portando las mismas armas que usaban para cazar o para defenderse.

En cuanto a la expresión «poseer armas», fue rechazada la idea del Distrito de Columbia en el sentido de que la posesión solo podía referirse a la participación en una milicia bien regulada, señalando que esa expresión era una manera común de referirse a la posesión de armas, tanto de la milicia como de cualquier persona.

Por lo que se refiere a la expresión «portar armas», tampoco fue admitido el argumento del Distrito de Columbia según el cual solamente podría vincularse con la participación en una milicia u organización militar, sino que el derecho a portar un arma suponía un derecho para defenderse legítimamente en caso de un conflicto con otra persona.

El segundo aspecto importante del voto mayoritario es que, como la mayoría de los derechos, lo prescrito en la Segunda Enmienda no es un derecho ilimitado, por lo que no constituye un derecho el portar o mantener cualquier tipo de arma o para cualquier propósito, de modo que no podía dejarse dicho derecho al alcance de personas mentalmente inestables, delincuentes, o bien, permitirlos en lugares como escuelas o edificios gubernamentales; así como imponer condiciones para su venta. Los estados gozan de facultades

para regular aspectos de seguridad relacionados con la posesión y portación de armas de fuego. Tal sería el caso de vender armas a criminales convictos o permitirles su posesión o portación. Sin embargo, la Ley para Regular el Control de Armas de Fuego para el Distrito de Columbia era inconstitucional debido a la generalidad de su contenido y prohibiciones para registrar armas para uso legítimo.

El último de los aspectos que puntualizó la Corte fue que la imposición del bloqueo del gatillo y posesión de un arma de fuego viola la Segunda Enmienda, por lo que es inconstitucional la prohibición de poseer armas cortas en el domicilio, dado que las pistolas son la clase de armas que la mayoría de los ciudadanos estadounidenses elige con fines de legítima defensa.

Pese a ello, el *justice* Stevens emitió un voto de disenso respecto de la mayoría. Sustentó su argumentación en el precedente de *United States vs. Miller* (1939). En ese caso, la Corte Suprema sostuvo que era ilegal que dos hombres adquirieran una escopeta de cañones recortados, toda vez que su propósito no estaba relacionado con su participación en una milicia bien organizada. Consideró que ni el texto de la Segunda Enmienda ni los debates en torno a los hechos del caso, mostraban interés en limitar las facultades de las legislaturas estatales para regular la posesión de armas de fuego por civiles. Sostuvo que el derecho de portar armas se refiere solamente a la posibilidad de los ciudadanos de participar en las milicias en defensa de su país.

El *justice* Breyer, por su parte, subrayó que el derecho de portar armas no es absoluto y está sujeto a limitaciones razonables. Debe haber un equilibrio entre el derecho de portar armas de fuego y el interés del estado de imponer limitaciones. La ley tildada de inconstitucional no imponía a Heller restricciones irrazonables para limitar los derechos que le concede la Segunda Enmienda, ya que se buscaba combatir los delitos asociados a este tipo de armas en vecindarios violentos.

En *United States vs. Miller* se determinó que la *National Firearms Act* no era inconstitucional, toda vez que no invadía la esfera competencial de los estados para legislar en esa materia, y tampoco violaba la Segunda Enmienda.

La sentencia de *District of Columbia vs. Heller* exploró los alcances y la interpretación de la Segunda Enmienda. Sentó el precedente de que la legislación federal no puede afectar el derecho de poseer y portar armas con fines legítimos y para procurarse un medio de defensa razonable.

Quedó pendiente de dilucidar si la interpretación de la Segunda Enmienda era aplicable también a las legislaturas y los gobiernos de los estados, o solamente se refería al ámbito competencial federal. Ello es debido a que el

Distrito de Columbia tiene la naturaleza constitucional de distrito federal, por ser asiento de los poderes federales y capital de los Estados Unidos de América. Por ello, al ser la *Firearms Control Regulation Act* una ley federal, el precedente de la Corte no era aplicable a los estados. Esta cuestión fue resuelta dos años más tarde. En 2010, la Corte Suprema resolvió el caso *McDonald vs. Chicago*, determinando que el precedente también era obligatorio para las autoridades de los estados.

La tendencia universal es limitar la posesión de armas de fuego en manos de particulares e imponer las mayores restricciones posibles para su venta. En los Estados Unidos de América continuará el debate y la lucha por seguir las tendencias mundiales, o bien prevalecerá el interés económico que resulta de un lucrativo negocio. El tiempo lo dirá y las interpretaciones de la Corte Suprema estadounidense lo confirmarán.

Citizens United vs. Federal Election Commission (2010). Participación de empresas en campañas políticas electorales

Edgar Hernán Mejía López

En la cultura jurídica occidental y, especialmente, en el mundo del Derecho constitucional, es reconocido el prestigio histórico de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, pues ya ha ejercido durante más de dos siglos el control de constitucionalidad —a) supremacía de la Constitución, b) nulidad de toda ley o acto contrario a ésta, y c) que el poder judicial es su intérprete final— y puede ser considerada un ejemplo tanto del ejercicio del control de constitucionalidad como de las demás asignaturas sustanciales y adjetivas derivadas de la ciencia constitucional.

El proceso de emancipación estadounidense (asociaciones continentales, declaración de independencia y la convención constitucional) va de la mano de su desarrollo constitucional; desde la concepción de la Constitución por los *founding fathers* (Washington, Franklin, Jefferson, Adams, Paine) hasta su culminación (1787) y la consecuente puesta en marcha de la rama judicial. Esta última función generó grandes disertaciones, entre ellas la de Alexander Hamilton:

«[...] el (poder) judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El Judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige ni la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee FUERZA ni VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos [...] aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas de esa

dirección quiero decir, mientras el departamento judicial se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del Ejecutivo».¹

La institución de la Corte Suprema ha trascendido positivamente a través de los tiempos gracias a ilustres *justices* como John Marshall, Oliver Wendell Holmes Jr. y Earl Warren, entre otros, pues a través de sus resoluciones han posibilitado, por medio de los *overruling* (cambio de precedentes), un Estado de Derecho constitucional y democrático con visión social, libertaria e igualitaria. Claro, también ha habido *revirements* (virajes diacrónicos y conflictivos) que, a juicio de académicos, abogados o políticos, y con la intención de favorecer determinados intereses, han supuesto retrocesos históricos. Esto último es lo que se percibe en el tema (elecciones y dinero) que nos ocupa; el fallo de *Citizens United vs. Federal Election Commission* (2010)² afecta gravemente a la democracia estadounidense del siglo XXI.

Es destacable que los «artículos de enmienda de la Constitución» fueron propuestos al Congreso durante su primer periodo de sesiones y ratificados el 15 de diciembre de 1791. El artículo primero dispone: «El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios». Se han concebido tres teorías de la interpretación de la Primera Enmienda como libertad de expresión: 1) es imprescindible en la vida política, pues de ella depende la existencia de un electorado informado y razonado; 2) garantiza el estatus, la ética-moral y la dignidad, maximizando la igualdad de condiciones en el proceso político; y 3) es una prerrogativa que hace posible la honestidad y la transparencia del Gobierno.

En las civilizaciones occidentales es común que la acción política recurra al financiamiento lícito o ilícito para acceder a cargos de elección popular, de ahí que se hayan diseñado mecanismos de financiación pública y privada junto con un sistema de fiscalización muchas veces reactivo e insuficiente. La democracia es competencia, y el andamiaje constitucional y legal consagra las prerrogativas, derechos y obligaciones de las personas, sean estas físicas o jurídico-colectivas, como partidos políticos, empresas y sindicatos; sin embargo, en los últimos tiempos, actores políticos, factores y electores han dejado de observar los valores, principios, directrices y reglas del Estado constitucional

¹ Hamilton, Alexander (1788): *El Federalista LXXVIII, El Federalista*, México: FCE, pp. 330-331.

² *Citizens United vs. Federal Election Commission*, 558 U.S. (2010). Corte Suprema de los Estados Unidos.

democrático de Derecho, violentando el orden y los sistemas jurídicos. En estos casos, las instituciones, o la mayoría de ellas, no han estado a la altura de las circunstancias.

La opinión pública sobre la Corte Suprema ha tendido a ser desfavorable, cuando menos respecto de los *justices* de credo republicano, por emitir fallos en materia político-electoral beneficiosos para el partido que los propuso. La sentencia que nos ocupa provocó la siguiente reacción de Dworkin:

«Por décadas, ninguna decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha generado hostilidades tan abiertas entre las tres ramas de nuestro gobierno como la sentencia del caso *Citizens United v. FEC*, dictada en enero de 2010 con una votación de 5 contra 4. Los cinco jueces conservadores, por propia iniciativa, sin instancia de parte, declararon que las corporaciones y los sindicatos tienen un derecho constitucional a gastar tanto como deseen en comerciales televisivos electorales, que específicamente apoyen a candidatos particulares o se dirijan contra ellos. El presidente Obama denunció inmediatamente la decisión como una catástrofe para la democracia americana y luego, en un acto sumamente inusual, reiteró su denuncia en su discurso sobre el Estado de la Unión, con seis jueces de la Suprema Corte sentados ante él. [...] La historia de la decisión de la Corte es tan extraordinaria como su recepción. Al menos desde 1907, cuando el Congreso aprobó la Ley Tillman a petición del presidente Theodore Roosevelt, ha sido aceptado por la nación y la Corte que las corporaciones, que solo son personas ficticias creadas por el derecho, no tienen los mismos derechos consagrados por la Primera Enmienda en relación con la actividad política que sí tienen los individuos. En 1990, en *Austin vs. Michigan Chamber of Commerce*, la Corte sostuvo firmemente este principio. En 2002, el Congreso aprobó la Ley de Reforma de Campañas Bipartitas (“LRCB”; Bipartisan Campaign Reform Act), patrocinada por los Senadores John McCain y Russell Feingold, que prohibió a las corporaciones emprender actividades televisivas a favor de un candidato o un partido político (electioneering), por un periodo de treinta días antes de una primaria para un cargo federal, y sesenta días previos a una elección. En 2003, en *McConnell vs. Federal Election Commission (FEC)*, la Corte afirmó la constitucionalidad de esta prohibición. [...] La falange conservadora de la Suprema Corte ha demostrado una vez más su poder y su deseo de evitar el avance de los Estados Unidos hacia una mayor igualdad y una más genuina democracia. Anuncia un retorno gradual hacia una era constitucional de piedra con una ideología de derecha. Una vez más ofrece justificaciones que son inatendibles tanto para la teoría constitucional como para los precedentes jurídicos existentes. La muy importante opinión disidente del juez Stevens en este caso demuestra lo mucho que perderemos con su retiro. Debemos esperar que Obama nomine a un reemplazo progresista que no solo sea suficientemente joven para aguantar los días malos que están por venir, sino

que además tenga la energía intelectual para ayudar a construir una visión que rivalice y sea más atractiva de lo que nuestra Constitución realmente significa».³

En ninguna democracia puede permitirse que el dinero o los más ricos decidan quiénes gobiernan, financiando privada e ilimitadamente los procesos electorales. A este respecto, Ana Valero señaló: «El modelo de financiación de las campañas electorales en los Estados Unidos tiene dos características que la particularizan. La primera, que las normas que la regulan se aplican principalmente a los candidatos y no a los partidos políticos a los que estos pertenecen, y la segunda, que a pesar de que existen fuentes de financiación pública y privada, estas últimas integran la primordial fuente de ingresos de los candidatos».⁴ Por tanto, destacamos que la financiación político-electoral estadounidense estriba en un modelo fundado sobre la diversificación: a) Financiación pública: *Primary Matching Payments, Party Conventions Grants y General Election Grants*; y b) Financiación privada: *hard money* (cuotas y donaciones) y *soft money* (fondos y gastos independientes). Esto resulta en un esquema limitado y poco fiscalizable. Para tener una referencia de la problemática que se analiza, hay que tomar en consideración lo siguiente: «En el ciclo electoral de 2004, tan solo 24 personas físicas contribuyeron el asombroso monto de 142 millones de dólares a organizaciones bajo 26 U.S.C.».⁵

En anteriores casos resueltos por la Corte Suprema, esta permitió al legislativo fijar límites a las aportaciones privadas, como en *Buckley vs. Valeo* (1976), cuestión que desaparece en el caso que se analiza, pues el Alto Tribunal decidió que la financiación corporativa de las campañas electorales es una manifestación de la libertad de expresión de las empresas. Se superó también el precedente de la *Tillman Act* de 1907, que prohibió las aportaciones de dinero por parte de las corporaciones a las elecciones. Ello supone también un conflicto entre valores y principios de la democracia, como el de la equidad y la transparencia en el uso de recursos públicos y privados en las campañas políticas, ya que el criterio de libre participación corporativa se traduce en una autorización ilimitada de financiamiento privado en las campañas políticas.

Conviene transcribir algunos extractos de la opinión emitida por la Corte en el presente caso:⁶

³ Dworkin, Ronald (2011): «La decisión que amenaza la Democracia», *Isonomía*, 35, pp. 7-23.

⁴ Valero Heredia, Ana (2012): «*Citizens United* y la Financiación de las Campañas Electorales en el derecho norteamericano», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 30, p. 436.

⁵ *Citizens United vs. FEC*, 2010, *op. cit.*, p. 44. Párr. 527.

⁶ *Ibidem.* pp. 2-64

1. «El gobierno puede regular el discurso político emitido por una corporación a través del establecimiento de requisitos de aviso de exclusión de responsabilidad (*disclaimer*) y transparencia (*disclosure*), pero no puede suprimirlo en su totalidad». [...]
2. «*Citizens United* también nos pide elaborar una excepción a la prohibición a las corporaciones para financiar el discurso político a través de erogaciones independientes, establecida en el párrafo 441b, cuando éstas sean sin fines de lucro y financiadas mayoritariamente por personas físicas...». [...]
3. «[...] El interés anticorrupción no basta para desplazar el discurso en cuestión. En efecto, 26 estados no restringen las erogaciones independientes a las corporaciones con fines de lucro». [...]
4. «Austin debe superarse, pues no proporciona ninguna base para permitir que el Gobierno limite las erogaciones independientes de las corporaciones. Tal y como el Gobierno parece reconocer, la superación (...) Las restricciones a las erogaciones independientes realizadas por corporaciones, establecidas en el párrafo 441b, son inválidas, y no pueden aplicarse a Hillary». [...]
5. «La Primera Enmienda protege el discurso político, y la transparencia permite a los ciudadanos y accionistas reaccionar al discurso de los entes corporativos de manera apropiada. Esta transparencia permite al electorado tomar decisiones informadas y dar el debido peso a los distintos emisores y mensajes». [...]
6. «La sentencia de la Corte de Distrito se revoca en cuanto a la constitucionalidad del párrafo 441b del 2 U.S.C. sobre las restricciones a las erogaciones independientes de las corporaciones. La sentencia se confirma respecto de los requerimientos de aviso legal y transparencia de la BCRA. El caso es remitido a la instancia competente para los procedimientos correspondientes consistentes con esta opinión». [...]

No perdamos de vista que el asunto evidencia un conflicto de valores entre los derechos de la libertad de expresión y el de la equidad en las contiendas electorales; en este sentido, la Corte Suprema realizó un juicio endeble de ponderación, lo cual llevó a un destacado jurista argentino-mexicano a señalar:

«[...] que en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, la equidad electoral es una precondition necesaria de la democracia. Asimilar la democracia al libre mercado de las ideas es condenarla al suicidio institucional. El problema reside en seguir considerando a la institución del

mercado como algo bueno *per se*, algo que por su propio dinamismo en la medida en que se minimicen los factores de distorsión producirá las bondades requeridas por cualquier sociedad medianamente decente. [...] a) las corporaciones no tienen ideas propias y sus anuncios promoverán las opiniones de sus directivos; b) la publicidad corporativa confundirá al público porque su volumen sugerirá que más personas que las que hay en realidad, apoyan las opiniones que expresan los anuncios; c) la publicidad confunde porque pretende ofrecer opiniones sobre el interés público, pero lo cierto es que los directivos están obligados a gastar los fondos corporativos solo para promover los propios intereses financieros, que además podrían ser diferentes a los del interés público. [...] *Citizens United vs. FEC* marca sin duda un retroceso en la vida democrática de los Estados Unidos acorde con un enfoque filosófico libertario, y contra una robusta equidad electoral en la línea de un liberalismo igualitario [...].⁷

Por su parte, González Oropeza y Cienfuegos Salgado estimaron que en *Citizens United* se señala que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, determinó que el Gobierno no afirmó que los gastos corporativos habían corrompido el proceso político y concluyó que el financiamiento independiente, incluso aquel realizado por las corporaciones, no da lugar a corrupción o a la apariencia de esta, aunque matizó que, en el caso de que funcionarios electos sucumban a influencias indebidas a causa del financiamiento independiente, entonces seguramente hay motivo de preocupación.

Asimismo, se consideró que en *Citizens United*, el gobierno no había proporcionado una argumentación sólida acerca del interés apremiante para justificar las restricciones al discurso en cuestión. En la sentencia se consideró y rechazó el conjunto de argumentos que apuntaban a que la prevención del efecto distorsionador por los altos gastos del financiamiento, de la corrupción o la apariencia de corrupción o la protección de accionistas disidentes, constituyeran un interés suficiente para apoyar las restricciones federales. Esto resulta importante porque, al no encontrar algún interés apremiante en las restricciones federales sobre el discurso político emitido a través de gastos independientes, estas se consideraron como una violación inadmisibles a la Primera Enmienda. Esta decisión aplica la regla según la cual las restricciones al discurso no son ilegales *per se*, toda vez que puede sostenerse su legalidad si el Gobierno demuestra un interés lo suficientemente robusto. En el caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América aplicó el mayor nivel de

⁷ Vázquez, Rodolfo (2016): «Libertad de expresión y equidad electoral debate entre libertarios e igualitarios», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 3, pp. 389-392.

escrutinio a las restricciones en cuestión, requiriendo al Gobierno que demostrara un interés apremiante.⁸

Las consideraciones para la regulación del financiamiento político-electoral, así como el límite de los ingresos y gastos de las donaciones y aportaciones de las empresas y sindicatos, el papel de los particulares en las campañas, así como la posición de los medios de comunicación para la división entre la actividad electoral y la expresión política en general, y el control de anuncios y de sus contenidos son tópicos trascendentales.

La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Citizens United vs. FEC* (Comisión Federal Electoral) no solo permite el flujo de dinero corporativo a las campañas electorales, sino que hace una lectura más libertaria de la Primera Enmienda, que quedará como una barrera para reformas posteriores y que podría también sustentar nuevos retos a los controles existentes de financiamiento de campañas. Esta lectura de la Primera Enmienda está basada en la desconfianza del Gobierno y percibe la intervención legal como la principal amenaza para un proceso político justo. La mayoría en la Corte ve en los controles a los gastos corporativos una interferencia «con el “mercado abierto” de ideas» y cree que «más discurso, no menos» es la mejor forma de enfrentar las posibles influencias indebidas.⁹

En conclusión, un sistema ideal de financiación político-electoral, tanto pública como privada, está lejos de ser posible. La normativa presente al respecto arroja un enorme déficit para la información, la transparencia y la rendición de cuentas; tanto la *accountability* como la *answerability* en el proceso electoral estadounidense, deberá fortalecerse, sobre todo gracias a la Corte Suprema.

Para ser justos con la postura del Gobierno en *Citizens United vs. FEC*, existen tres preocupaciones reales de la regulación actual de los recursos para las campañas políticas en los Estados Unidos, de las cuales ninguna atrae mucha atención constitucional. Primera, el sistema actual de financiamiento de campañas ocupa demasiado tiempo de nuestros representantes electos, dejándoles poco tiempo para atender los asuntos nacionales. Segunda, algunos ciudadanos tienen demasiado dinero y los candidatos dedican mayor atención a

⁸ González Oropeza, Manuel y Cienfuegos Salgado, David (2012): «Regulación electoral y libertad de expresión en la justicia estadounidense», *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, 1, México: TEPJF, p. 24.

⁹ Rowbottom, Jacob (2012): «Al otro lado del océano. Dinero, libertad de expresión y política en Reino Unido y Estados Unidos de América», *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, *op. cit.*, p. 99.

estos. Tercera, las concentraciones de riqueza distorsionan la naturaleza del discurso político en este país. Cada uno, desafortunadamente, lleva al Congreso a decidir quién debe hablar y cuánto.¹⁰

El origen, monto, volumen, aplicación y destino del dinero público y privado, tanto lícito como ilícito, en las campañas electorales debe regularse mejor; el sistema de financiación ha de fortalecerse, al igual que su consecuente esquema de fiscalización. El constitucionalismo democrático estadounidense está en deuda con su herencia liberal, social e igualitaria.

¹⁰ Issacharoff, Samuel, (2012): «*Citizens United* y la regulación del financiamiento a partidos políticos en los Estados Unidos de América», *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, *op. cit.*, p. 174.

National Federation of Independent Business vs. Sebelius (2012).

Derecho a la protección de la salud

Luis Ávila Benítez

El propósito de este trabajo es exponer, de la manera más sintética y entendible, la reforma estadounidense de salud en la administración del presidente Obama (2009-2017), dando a conocer, en primer término, los antecedentes del cuidado de la salud en dicha nación, así como su operatividad económica. Posteriormente, se analiza la reforma sanitaria en su aspecto más controvertido, constituido por la obligación de los estadounidenses de adquirir un seguro médico y pagarlo con recursos propios, así como la decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver la impugnación respectiva. Por último, se emite una opinión conclusiva sobre la posibilidad de que un caso similar se presentara en México y se deduce el posible resultado.

Los estadounidenses tienen positivizada su seguridad social, desde el 14 de agosto de 1935, cuando se aprobó la *Social Security Act*, que entró en vigor al día siguiente, y en la que, por cierto, no se consignaron derechos sobre el cuidado de la salud.¹ Treinta años después se aprobó la *Social Security Amendments* of 1965, en donde por primera vez se abordaron prestaciones sanitarias para la población. Ahí se crearon los dos principales programas públicos de salud que todavía hoy están vigentes en los Estados Unidos, conocidos como *Medicare* y *Medicaid*, que se desarrollan de la siguiente manera: Medicare es de carácter federal y se destina a garantizar la protección de la salud de la población mayor de 65 años y personas con discapacidad, mientras que *Medicaid* busca cubrir la asistencia sanitaria de las personas con bajos ingresos.²

Los Estados Unidos carecen de un sistema universal de salud pública; las instituciones referidas son una parte del modelo sanitario, pero solo protegen

¹ Social Security Administration of the United States of America (2005): *Social Security, a Brief History*, Ed. Social Security Administration, United States of America, p. 3.

² U.S. National Archives & Records Administration, *Social Security Act Amendments (1965)*. Disponible en: <www.ourdocuments.gov>. [Consulta: 31/08/2021.]

a la población indicada, que se estima como «vulnerable». El resto debe comprar sus prestaciones sanitarias, generalmente a través de seguros médicos. La mayor parte de la población obtiene sus seguros médicos a través de los planes que les ofrece la compañía o empresa donde prestan sus servicios.

Las razones que los legisladores consideraron para la reforma de 2010 no se basaron en la tutela del derecho a la salud, sino en cuestiones económicas. Indicaron que el número de ciudadanos sin cobertura de seguro médico suponía una carga social y económica casi insostenible para el país, e incluso tenían datos comprobados de las graves consecuencias monetarias para las personas si sufrían alguna enfermedad o accidente cuando carecían de cobertura sanitaria, circunstancia que producía hasta el 62% de las bancarrotas a la economía particular de cada familia.³

Ello había implicado que se incrementara el costo de los seguros médicos, pues un gran número de personas sin seguro recibía atención médica de urgencia, sin que los hospitales pudieran recuperar los gastos derivados de dicha atención, pues, de acuerdo con el *Emergency Medical Treatment and Active Labor*, el Estado sí está obligado a prestar servicios médicos de emergencia, y como las instituciones de salud no recuperan dicho gasto, suben el precio a las aseguradoras, que también elevan el precio de la prima para los estadounidenses.

El motivo de debate y principal componente de la reforma sanitaria del 23 de septiembre de 2010, fue el llamado «mandato individual», planteado como una solución para recuperar la economía del sistema de salud.⁴ Dicho mandato consiste en que la mayoría de los estadounidenses contraten un seguro médico «básico», esto es, con una cobertura esencial según las regulaciones fijadas en la ley. Las personas pueden recibir dicho seguro por parte de sus empleadores; sin embargo, aquellas no exentas y que no estén favorecidas en ese rubro por alguna empresa para la que presten servicios deberán contratar un seguro médico con una empresa privada y pagarlo con recursos propios.

Se decretó que, a partir de 2014, quienes no contaran con dicho seguro médico deberían entregar al gobierno un «pago de responsabilidad» (multa o impuesto) que sería establecido conforme a los ingresos percibidos, calculándose que, por ejemplo, el monto de la multa sería de alrededor de 2.5% del total de ingresos anuales de la persona.

³ Patient Protection and Affordable Care Act, Sec. 18091 (G).

⁴ En dicha reforma también se propuso la expansión de Medicaid, pero no causó tanto impacto dicho tema como el del «mandato individual» que obligaba a comprar un servicio no voluntario.

El estado de Florida y otros 12 estados impugnaron la legalidad de la promulgación de la reforma sanitaria ante un Tribunal; se unieron, posteriormente, 13 estados más, varios particulares y la Federación Nacional de Empresas Independientes. El caso llegó hasta la Corte Suprema, que emitió su decisión el 28 de junio de 2012.

Para entender tal fallo, debe considerarse que la mayoría de los países — entre ellos México— considera los servicios de salud como un derecho humano. Muchas naciones tienen un seguro universal como parte de su sistema de seguridad social. Se reitera que ese no es el caso de los Estados Unidos, cuya seguridad social estatal se ha encargado solamente de la dimensión laboral (protección del salario en caso de enfermedad o muerte), pero no de la faceta relacionada con los gastos médicos de los trabajadores, el cual siempre ha estado a cargo del sector privado.⁵

Los argumentos jurídicos que fueron el sustento de los impugnantes para controvertir la reforma se centraron en la «falta de competencia» del Congreso de los Estados Unidos para imponer la obligación de adquirir un seguro médico, amparándose en el poder que le da la Constitución para regular el comercio interestatal. Y no podía ser de otra manera porque, como se ha dicho, los motivos de los legisladores para sustentar la reforma fueron estrictamente económicos.

La controvertida decisión de la Corte Suprema, entonces, avaló por mayoría que el «mandato individual» mediante el cual se obligaba a las personas a adquirir un seguro médico con una empresa privada cuando no tuvieran empleador o patrón que los asegurara, era un acto de naturaleza económica y comercial; por ende, el poder constitucional que ampara su imposición se consigna en el artículo I, sección 8, párrafo primero, y cláusula 3 de la Constitución de los Estados Unidos,⁶ que faculta al Congreso Federal para regular el comercio «entre varios Estados» (*commerce clause*).⁷

⁵ Rodríguez, María Luz (2013): «Derechos, Mercado y Luchas Políticas. A propósito de la Reforma Sanitaria de la Administración Obama», *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, 3, p. 89.

⁶ Sección 8. «El Congreso tendrá facultades para aplicar y recaudar impuestos, derechos, contribuciones y alcabalas a fin de pagar las deudas y proveer para la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, contribuciones y alcabalas deberán ser uniformes para toda la Nación; [...] Para reglamentar el Comercio con naciones extranjeras, así como entre los diversos estados y con las tribus indígenas».

⁷ Supreme Court of the United States, *National Federation of Independent Business et al vs. Sebelius, Secretary of Health and Human Services, et al.*

La enseñanza jurídica que ofrece este tema debe dimensionarse desde dos aspectos: la decisión puramente jurídica de la Corte Suprema y la propuesta simplemente económica del mandato individual.

En cuanto al primer aspecto (decisión jurídica), debo hacer énfasis en que, para muchas personas especialistas en la materia,⁸ resultó sorprendente que este asunto se hubiera decidido por la Corte Suprema desde el campo económico y que solo se abordara la competencia del Congreso Federal para imponer tal contribución, multa o impuesto. Pero lo cierto es que los fundamentos de los legisladores fueron, en su mayoría, de índole económica; en consecuencia, únicamente sobre ello debería versar la decisión judicial. Así que, a mi juicio, el análisis de la Corte fue correcto y se limitó a la materia que se debía resolver.

Sobre el segundo tema (la esencia económica del mandato individual), sería inaceptable desde la cultura jurídico-política mexicana pedir a los habitantes la adquisición obligatoria de un seguro médico, pues seguramente se impugnaría la constitucionalidad de dicha norma, confrontándola con el derecho a la salud previsto en el artículo 4o de nuestra Carta Magna.

Pero lo cierto es que, cuando el sistema de salud de un país está por colapsar, también es válido acudir a la recaudación para solucionar tal problema económico. No obstante, considero difícil que en México se pudiera sostener una norma de esa índole, pues los juristas mexicanos regularmente antepone- mos los derechos humanos a la estabilidad estatal.

A pesar de nuestras tradiciones jurídicas, este ejemplo estadounidense sobre una decisión impositiva —y la legalidad de la medida avalada por sus tribunales— también puede servir como referente de la manera en que un país económicamente fuerte se conduce para conservar su estabilidad monetaria con acciones drásticas, pero que mediatamente redundarán en un beneficio para sus habitantes, solucionando un problema por medio del «principio contributivo de la seguridad social», que en Estados Unidos tiene gran presencia en las decisiones jurídico-políticas.⁹

⁸ Véase Vázquez, Víctor (2014): «La Corte Suprema Norteamericana y el Federalismo del Bienestar, a Propósito del Juicio de Constitucionalidad de la Reforma Sanitaria», *UNED Revista de Derecho Político*, 90, pp.135-176.

⁹ Véase Arrieta, Alejandro (2016): «Seguro de Salud y Principio Contributivo de la Seguridad Social en los Estados Unidos de América», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 23, pp. 3-30.

Obergefell vs. Hodges (2015). Matrimonio igualitario

Erika Icela Castillo Vega

Analizar resoluciones judiciales de otros sistemas jurídicos resulta un ejercicio académico sumamente provechoso, dado que pueden identificarse criterios interpretativos novedosos que, si contribuyen al reconocimiento y la eficacia de derechos fundamentales, resultan de aplicación universal y agilizan el desarrollo del derecho positivo de otros países. Por ello, esta reseña presenta reflexiones sobre los antecedentes del caso, los argumentos que esgrimieron los juzgadores de la Corte Suprema estadounidense para hacer extensiva la aprobación y legalización del matrimonio igualitario a todos los estados de la Unión Americana, y analiza el modo en que aquellas pueden tener impacto positivo en la legislación de México.

James Obergefell nació en 1966 en Ohio, en una familia católica. Reconoció sus preferencias homosexuales cuando tenía veinte años. A mediados de los noventa conoció a John Arthur, con quien entabló una relación formal y con quien vivió hasta la muerte de este en 2013. John padecía esclerosis lateral amiotrófica. Al saber que él moriría en poco tiempo, la pareja decidió casarse. Dado que en Ohio no se reconocía el matrimonio entre parejas del mismo sexo, decidieron viajar a Maryland. Tres meses después de la boda, Arthur falleció.

James solicitó al estado de Ohio el reconocimiento de su condición de cónyuge superviviente en el certificado de defunción de John. El estado denegó la solicitud a través del Departamento de Salud. Así, Obergefell promovió una acción judicial que culminaría en 2015 con el pronunciamiento de los *justices* de la Corte Suprema en el caso *Obergefell vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health*

Los argumentos de Obergefell descubrieron un vacío en el Derecho, que lidiaba con dos realidades: la plasmada objetivamente en la ley por haber sido creada en un momento histórico diferente, y la realidad social imperante en aquel entonces, cuando se desarrollaban relaciones humanas que reclamaban nuevas regulaciones, diferentes de aquellas que colorean sus contextos de

blanco y negro, de anormal o normal, de legítimo o ilegítimo; exigiendo que instituciones como el matrimonio se analicen desde la óptica de los derechos humanos para dejar de lado una visión puramente heterosexual.

Las cuestiones que el demandante sometió al conocimiento de la Corte fueron: 1) el ejercicio de la libertad que la Constitución de los Estados Unidos otorga a sus destinatarios para contraer matrimonio, que no se limita a considerar legales los que se realizan entre personas de sexo diferente; y, 2) el reconocimiento del derecho de las personas a casarse con alguien del mismo sexo. Resaltó que, de lo contrario, se vulneraría en su perjuicio el derecho a formar una familia, que encuentra su fundamento en el acto más íntimo y sensible de decisión personal, el matrimonio.

La Corte limitó su revisión a dos cuestiones centrales: 1) determinar si un matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser previamente autorizado por los agentes civiles del estado en que se solicite; y, 2), si, en ejercicio de la Decimocuarta Enmienda (cuya sección primera establece como cláusulas fundamentales la del debido proceso legal y la de igual protección de la ley), un matrimonio entre personas del mismo sexo debe ser reconocido con todos sus efectos por un estado que no contempla en su legislación civil local ese derecho, cuando el matrimonio se hubiera celebrado en una entidad que sí lo reconoce.

En la parte inicial de la resolución, la sentencia reflexiona sobre la importancia del matrimonio como institución social. El *justice Kennedy* manifestó que la dinámica del matrimonio es especial para las más profundas esperanzas y aspiraciones de las personas, y reconoció que la historia del matrimonio es de continuidad y cambio; ha evolucionado con el tiempo, y se han modificado aspectos que históricamente se han considerado inmutables.

Resaltó que ha sido una práctica constante la condena a la homosexualidad en el entorno social, y que incluso hasta 1973 la Asociación Americana de Psiquiatría consideró la homosexualidad como un trastorno; en ese año la retiró del catálogo de enfermedades mentales. Además, refirió que dicha marginación también se veía reflejada en la perspectiva jurídica, ya que en el siglo XX hubo restricciones tajantes de los derechos de la comunidad homosexual, que iban de sanciones penales por la práctica de la sodomía a factores como la discriminación y la marginalización derivadas de normas jurídicas creadas con perspectiva heterosexual.

Cabe resaltar que el caso en análisis no fue el primero en el que, para su resolución, se utilizaron las cláusulas de debido proceso y de igual protección para incorporar un derecho al orden constitucional, pero sí el primero sobre

el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio. ¿Cómo interpretó la Corte Suprema las cláusulas referidas para hacer derivar de ellas derechos? El primer paso fue encontrar un derecho —a contraer matrimonio— ya reconocido a un grupo de personas; el paso siguiente fue analizar si, en el marco de los nuevos paradigmas sociales, puede revelarse la existencia injustificada de desigualdad para hacer efectivo el derecho en análisis.

Ambos elementos —tratándose del matrimonio— se evidenciaron en la realidad material de la sociedad estadounidense, y la Corte estableció que, dada la trascendencia de dicha institución, la Decimocuarta Enmienda exige a los estados de la Unión autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo y validar sus efectos jurídicos cuando este hubiera sido celebrado legalmente y fuera del estado en donde se exige su reconocimiento.

En México, la Suprema Corte de Justicia analizó la misma problemática bajo un esquema similar, dado que la Carta Magna no establece textualmente el derecho de personas del mismo sexo a casarse. La diferencia metodológica radica en las tradiciones jurídicas de ambos sistemas: el estadounidense, que funciona a través de precedentes derivados en normas-principio para interpretación del derecho, y el nuestro, que privilegia el proceso legislativo como fuente original de normas-principio en el orden constitucional.

Es ineludible destacar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce derechos humanos tendentes a proteger y cobijar decisiones individuales que inciden en la dignidad humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad personal y, en general, aquellas determinaciones que derivan en el establecimiento de un estado de vida adecuado a los objetivos y creencias personales de cada individuo. La determinación de la Suprema Corte en torno al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo resulta plausible, pues se estima que, en la historia de la sociedad mexicana, el matrimonio ha constituido la base más sólida para consolidar una familia, sin que tal aseveración demerite la existencia de instituciones diversas para ese fin.

La historia de la familia mexicana ha encontrado su fundamento más antiguo, precisamente, en el matrimonio, e incluso las entidades federativas han contribuido a la importancia de esa institución, colocándola en el centro de muchas facetas en el orden social y legal; por ello, podemos aseverar que otorgar mayor amplitud, inclusión y protección a esta institución, desembocará en un estrato social sólido y fortalecido con el compromiso de los mexicanos de sostener la fuerza de la familia en un acuerdo de voluntades sancionado jurídicamente, que implica un compromiso voluntario, fundado en lazos de

amor y conservación para privilegiar los objetivos familiares, sin que para ello resulte trascendente si se trata de parejas heterosexuales u homosexuales.

Lo dicho encuentra sustento en que el matrimonio supone un derecho personal de elección en el que aparece en primera línea la dignidad humana; por tanto, es en definitiva un derecho incluido en el concepto de autonomía individual reconocido en el artículo 1o de la Constitución. En el mismo sentido, la carta magna reconoce en el artículo 4o la igualdad entre hombres y mujeres, y el derecho a obtener protección para la organización y protección de la familia; circunstancia que se encuentra ligada, en la mayoría de los casos, al derecho a contraer matrimonio, si se determina que aquel resulta, para los interesados, el medio idóneo para fundar una familia. El citado precepto constitucional se armoniza con el último párrafo del artículo 1o, que prescribe la prohibición de la discriminación, entre otros motivos por razón de la preferencia sexual. La conclusión indiscutible es que el matrimonio entre personas del mismo sexo también está protegido por el orden constitucional.

Adicionalmente, el matrimonio, por sí mismo, salvaguarda los derechos de los niños y las niñas, al ejercerse en su ámbito derechos inherentes a la procreación, educación y crianza de los hijos e hijas; derechos que no son menos eficaces por el hecho de que se ejerzan en el seno de matrimonios conformados por personas del mismo sexo. Por el contrario, la falta de reconocimiento de tales matrimonios puede derivar en la estigmatización de los niños y las niñas, que adviertan que, al fundarse su familia en una relación de personas del mismo sexo, tiene un significado diferente o disminuido en contraste con el matrimonio tradicionalmente aceptado.

No hay argumento válido para desvirtuar que resulta degradante y discriminatorio excluir a parejas formadas por homosexuales de tener la posibilidad de acogerse a una institución de gran trascendencia para la nación mexicana. En décadas anteriores, esa exclusión pudo verse como algo natural, debido a la formación a la que estuvimos sujetos; pero hoy, bajo una perspectiva de derechos humanos, esa negativa resulta inconsistente y contraria a los fines y significado del matrimonio.

Examinar el trabajo argumentativo e interpretativo de la Corte de los Estados Unidos, en este caso, ayuda al jurista mexicano a resolver aquellos asuntos similares que se presenten en el futuro.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Tirant Derechos Humanos
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Novedades
- * Tirant Online España
- * Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

