

LA SUPREMA CORTE MEXICANA Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS MENSAJES ESTIGMATIZANTES

The Supreme Court and the Stigmatizing Messages of Law

ANA MICAELA ALTERIO¹
Instituto Tecnológico Autónomo de México
micaalterio@yahoo.com

Cómo citar/Citation

Alterio, A. M. (2016).

La Suprema Corte Mexicana y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 20, 1-32.

doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.01>

Resumen

El trabajo tiene como objetivo analizar la sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana en el amparo en revisión 152/2013 en la que se declaró la inconstitucionalidad de la exclusión de los homosexuales del régimen matrimonial en el Estado de Oaxaca. Esta sentencia refleja un cambio im-

¹ Ana Micaela Alterio es doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Estudió Derecho en la Universidad Nacional de Cuyo, en Mendoza, Argentina, de donde proviene. Allí fue coordinadora de Derechos Humanos de la Provincia hasta el año 2007, cuando ganó la beca MAEC-AECI para realizar sus estudios de posgrado en España. En Madrid, además del doctorado, obtuvo el Diploma de Estudios Políticos y Constitucionales y también el Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, que finalizó con premio extraordinario. Ha realizado estancias de investigación en el

portante en la forma de entender el interés legítimo tratándose de la impugnación de normas autoaplicativas (es decir, de normas que causan perjuicio sin que medie acto de aplicación), dando paso a la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes. En el caso, esta forma más amplia de entender el interés legítimo está basada en la percepción de que el derecho discrimina a través de los mensajes que transmite; situación que la Suprema Corte considera puede combatir a través de sus sentencias de amparo. Asimismo, se plantean algunos retos e inquietudes que suscita la sentencia a la luz del activismo judicial que puede conllevar.

Palabras clave

Matrimonio homosexual; interés legítimo; mensajes estigmatizantes; discriminación; activismo judicial.

Abstract

This paper is focus on the amparo en revision 152/2013 issued by the first chamber of the Supreme Court of Mexico. For now on the Supreme Court is able to judge the stigmatizing messages of law. Furthermore, the amparo en revision 152/2013 develops a broader conception of discrimination and a more activist role of the Supreme Court. Finally, I express some thoughts about the issues that this judgment could pose to the Supreme Court.

Keywords

Same-sex marriage; injury; stigmatizing messages of law; judicial activism.

Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg, así como en la Universidad de Columbia de Nueva York. Actualmente es profesora investigadora de tiempo completo en el ITAM (Instituto Tecnológico Autónomo de México). Tiene varias publicaciones en revistas y ha coordinado junto con Roberto Niembro Ortega el libro *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, publicado por la editorial Porrúa.

Este trabajo obtuvo el segundo premio en la categoría de ensayos en el Concurso Género y Justicia 2014, organizado por la Unidad de Igualdad de Género y la Dirección General del Canal Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, la oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, Periodistas de a Pie y Mujeres en el Cine y la Televisión A. C.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. BREVE REPASO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN. III. REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: 1. De por qué distinguir entre el derecho de la igualdad y la prohibición de discriminación; 2. De las categorías sospechosas; 3. Sobre los efectos de los tratos discriminatorios. IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL AMPARO EN REVISIÓN 152/2013: 1. La doctrina sobre el interés jurídico y el interés legítimo tratándose de normas autoaplicativas; 2. La afectación inmediata de la esfera jurídica derivada de la transmisión de un mensaje estigmatizador; 3. El papel de la Suprema Corte ante la discriminación y el control judicial del mensaje estigmatizador del legislador democrático; 4. La sentencia de amparo como medio para contrarrestar el mensaje estigmatizador. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

El objetivo de este trabajo podría presentarse de manera sencilla diciendo que consiste en mostrar cómo los tribunales pueden garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria si así lo desean. Lo que se requiere es voluntad y creatividad de sus integrantes al interpretar las normas procesales con el fin de proteger los derechos fundamentales. Con esa idea en mente se analiza un cambio positivo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana sobre el interés legítimo —desarrollado en el amparo en revisión 152/2013— cuando está de por medio un reclamo de discriminación motivado por la sola expedición de una ley, sin que medie un acto de aplicación de la misma.

Sin embargo, esta presentación no hace justicia a los cambios que acompañan esta concepción sobre el interés legítimo. De hecho, lo que se encuentran son tres temas íntimamente concatenados: una forma más amplia de

entender el interés legítimo (1) basada en la percepción de que el derecho discrimina a través de los mensajes que transmite (2), situación que la Corte considera puede combatir a través de sus sentencias (3)². En concreto, la nueva concepción del interés legítimo entiende que la discriminación que conlleva una ley que excluye a las personas del mismo sexo del acceso al régimen matrimonial no solo se da por la exclusión jurídica y material que implica³, sino por el mensaje que acompaña esa exclusión. Mensaje que la Primera Sala considera puede combatir a través de sus sentencias.

Es decir, se trata de la apertura de una puerta fronteriza del imperio de la ley⁴, algo especialmente raro en nuestro entorno, para combatir en los tribunales los mensajes discriminatorios del derecho, basada en una nueva concepción de cómo es que el derecho discrimina y de lo que la Corte puede hacer para combatir un mensaje que reproduce y refuerza estereotipos sexuales de carácter estructural⁵. De esta forma, las categorías del derecho procesal constitucional, entre ellas el interés legítimo, se ponen al servicio de los derechos fundamentales y no a la inversa⁶. Asimismo, la Suprema Corte reprocha de manera más enérgica la discriminación, pues no solo combate el trato diferenciado sino los mensajes discriminadores y busca conformar un discurso ajeno a la estigmatización.

² Como se señala en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, por medio de las sentencias los y las juezas intervienen en la realidad y cotidianidad de las personas; reconocen hechos y les atribuyen consecuencias de derecho (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2013: 70).

³ Lo cual ya se había reconocido en el amparo en revisión 581/2012, resuelto por la Primera Sala.

⁴ La idea de frontera del imperio de la ley la obtengo de Rosemary Hunter. Con esta idea Hunter se refirió a las vallas que impiden el acceso a la justicia (Hunter, 2011: 86).

⁵ El estereotipo sexual consiste en que las relaciones sexuales «correctas» y, por tanto, protegidas por el derecho, son aquellas que se dan con una persona del sexo opuesto. Este estereotipo se acompaña de otros tales que consideran que los hombres gay y las lesbianas no forman relaciones estables o no son capaces de dar a los niños y niñas lo que necesitan (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014: 18-25). El carácter estructural se debe al arraigo y reproducción histórica del trato discriminatorio hacia los homosexuales. Para algunos, los estereotipos son estructurales por definición (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013: 48 y 50).

⁶ Este cambio puede considerarse positivo de por sí, pues hace frente a las dificultades que se desprenden de las condiciones reales de acceso a los tribunales para un grupo oprimido como son los homosexuales y se toma en serio la idea de hacer efectiva la decisión constitucional de gozar efectivamente del derecho a no ser discriminado por preferencias sexuales (Birgin y Gherardi, 2011: xi y xiv).

De esta manera, los y la integrante de la Primera Sala nos dicen que están abiertos a nuevos reclamos sociales en contra de la discriminación y dispuestos a acompañar la movilización social. Nos *insinúan* que quieren ser parte del cambio social y no la fuente de una doble victimización por discriminación sistémica⁷, para lo cual están dispuestos a hacer interpretaciones novedosas de las normas procesales con el fin de garantizar los derechos fundamentales. Este no es un tema menor en un país en el que las puertas de la justicia han estado y siguen estando cerradas para los grupos desaventajados.

Obviamente hay que ser cautelosas con el optimismo y evitar caer en el error de pensar que la Primera Sala se ha convertido en nuestra aliada indiscutible. Eso depende, entre otras cosas, de la consolidación de un liderazgo judicial que tenga en su agenda la igualdad. En cualquier caso, este paso adelante puede ser de interés no solo para los abogados y abogadas, sino para todos los movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales que están llevando sus demandas de igualdad ante la Corte. En ese sentido, este ensayo está dirigido a activistas en derechos humanos que buscan combatir a través de la movilización legal la discriminación por razón de género.

El trabajo está dividido en dos grandes apartados. En el primer apartado empiezo con un repaso de la jurisprudencia de la Corte sobre el principio de igualdad y no discriminación, y aprovecho para plantear tres reflexiones sobre dicha doctrina. En primer lugar, defiendo la idea de distinguir entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación basada en el texto constitucional, por razones técnicas y por razones discursivas. En segundo lugar, me refiero a la discusión sobre quién está protegido por las categorías sospechosas y las dificultades de prueba que conlleva. En tercer lugar, me refiero a los efectos de los tratos discriminatorios.

En el segundo apartado me enfoco en el análisis del amparo en revisión 152/2013. En primer término describo las concepciones de interés jurídico y de interés legítimo explicitadas en el amparo en revisión 152/2013 y sitúo dentro del interés legítimo el cambio que introduce la sentencia. Posteriormente, planteo tres cuestiones: 1) la afectación de la esfera jurídica derivada de la transmisión de un mensaje estigmatizador; 2) el papel de la Suprema Corte en contra de la discriminación y el control judicial del mensaje estigmatizador del legislador democrático y 3) la sentencia constitucional como medio para contrarrestar el mensaje estigmatizador.

⁷ Consistente en ser discriminado no solo por el legislador, sino también por la falta de acceso a la justicia. Sobre discriminación sistémica véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009: párrs. 10, 12 y 17).

II. BREVE REPASO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

A través de su jurisprudencia, la Suprema Corte ha entendido el principio de igualdad y la prohibición de discriminación como un mismo principio. Esto lo ha hecho de la siguiente forma:

- 1) El derecho a la igualdad es de titularidad individual y grupal⁸.
- 2) Estima que el principio de igualdad y prohibición de discriminación es eficaz en las relaciones entre particulares⁹.
- 3) Para su interpretación debe tener en cuenta los tratados internacionales¹⁰.
- 4) Para que un trato desigual esté justificado debe contar con una justificación objetiva y razonable¹¹.
- 5) Distingue entre igualdad formal e igualdad sustantiva o de hecho. La igualdad formal se subdivide en dos facetas: a) igualdad ante la ley y b) igualdad en la aplicación de la ley¹². Por su parte, la igualdad sustantiva o de hecho radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva a que en algunos casos sea necesario derribar y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos¹³.

⁸ 1a. XLI/2014 (10a.). Derecho humano a la igualdad jurídica. Reconocimiento de su dimensión sustantiva o de hecho en el ordenamiento jurídico mexicano.

⁹ 1a. XX/2013 (10a.). Derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación. Gozan de eficacia en las relaciones entre particulares.

¹⁰ 1a. XL/2014 (10a.). Derecho humano a la igualdad jurídica. Su ámbito material de validez a partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

¹¹ 2a. LXXXII/2008. Principio general de igualdad. Su contenido y alcance. 1a./j. 55/2006. Igualdad. criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional. 2a./j. 42/2010. Igualdad. Criterios que deben observarse en el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de dicha garantía. 2a. LXXXIV/2008. Igualdad. Criterios que deben observarse en el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de dicha garantía.

¹² Tal vez el principal exponente de la igualdad formal es Hayek (1960).

¹³ 1a. XLIV/2014 (10a.). Derecho humano a la igualdad jurídica. Diferencias entre sus modalidades conceptuales.

- 6) Tratándose de distinciones basadas en categorías sospechosas o que tengan una proyección central sobre derechos fundamentales se utiliza un escrutinio estricto¹⁴.
- 6.1) Las categorías sospechosas protegen a individuos o grupos contra los que hay un prejuicio o estereotipo y están en situación de desventaja¹⁵, son vulnerables¹⁶, están en situación de subordinación y/o tienen disminuido su poder político frente a otros grupos¹⁷, por lo que de utilizarse una categoría sospechosa para beneficiarles a través de una acción afirmativa no procede el escrutinio estricto, sino el test de razonabilidad¹⁸.
- 6.2) Estos grupos se definen por su existencia objetiva e identidad colectiva, aunque no existe una delimitación exhaustiva de tales grupos

¹⁴ 1a. CII/2013 (10a.). Matrimonio entre personas del mismo sexo. El artículo 143 del código civil para el estado de Oaxaca vulnera los principios de igualdad y no discriminación. 1a. XCIX/2013 (10a.), Igualdad. Cuando una ley contenga una distinción basada en una categoría sospechosa, el juzgador debe realizar un escrutinio estricto a la luz de aquel principio. 1a. CI/2013 (10a.). Constitucionalidad de distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa. Forma en que debe aplicarse el test de escrutinio estricto. P./J. 28/2011. Escrutinio de igualdad y análisis constitucional orientado a determinar la legitimidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Su relación. P. VIII/2011. Igualdad. En su escrutinio ordinario, el legislador no tiene la obligación de usar los mejores medios imaginables. 1a. CII/2010. Principio de igualdad. Interpretación de la Constitución a efectos de determinar la intensidad del escrutinio. 1a./J. 37/2008. Igualdad. Casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas (interpretación del art. 1 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos).

¹⁵ 1a. C/2014 (10a.). Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género. 1a. XCV/2012 (10a.). Principio de igualdad entre hombres y mujeres. El otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad no debe estar basado en prejuicios de género. 1a. CIV/2010. Principio de igualdad. Interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucradas categorías sospechosas.

¹⁶ 1a. XCIX/2014 (10a.). Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Todos los órganos jurisdiccionales del país deben impartir justicia con perspectiva de género. P. VII/2011. Control del tabaco. El art. 16, fracción ii, de la ley general relativa no debe ser sometido a un escrutinio de igualdad intenso.

¹⁷ 1a. XLIII/2014 (10a.). Derecho humano a la igualdad jurídica. Contenido y alcances de su dimensión sustantiva o de hecho.

¹⁸ 1a. CIV/2010. Principio de igualdad. Interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucradas categorías sospechosas.

sociales para la aplicación de esta faceta del principio de igualdad, el art. 1, último párrafo, de la Constitución Federal ha establecido distintas categorías sospechosas que sirven como punto de partida para su identificación¹⁹.

- 7) El derecho antidiscriminatorio exige acciones positivas del Estado con el fin de lograr una igualdad de hecho²⁰.
- 8) Las acciones positivas del Estado incluyen al poder judicial, el cual debe juzgar con perspectiva de género, etc²¹.

III. REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

1. DE POR QUÉ DISTINGUIR ENTRE EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

A diferencia del uso indistinto que la Suprema Corte da al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, considero que deben diferenciarse con base en el texto constitucional por razones de claridad conceptual y por sus implicaciones discursivas²².

La distinción tiene sustento en el texto constitucional, pues mientras la prohibición de discriminación tiene su base en el art. 1, párr. quinto, el principio de igualdad se ve reflejado en diversos numerales como el art. 1, párr.

¹⁹ 1a. XLIII/2014 (10a.). Derecho humano a la igualdad jurídica. Contenido y alcances de su dimensión sustantiva o de hecho.

²⁰ 1a. XLIII/2014 (10a.). derecho humano a la igualdad jurídica. Contenido y alcances de su dimensión sustantiva o de hecho. 1a. CLXXVI/2012 (10a.). Derecho humano a la igualdad entre el varón y la mujer. Su alcance conforme a lo previsto en el art. 4 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales. 2a. CXVI/2007. Garantía de no discriminación. Su protección constitucional.

²¹ 1a. C/2014 (10a.). Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. elementos para juzgar con perspectiva de género. 1a. XCIX/2014 (10a.). Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Todos los órganos jurisdiccionales del país deben impartir justicia con perspectiva de género. 1a. XXIII/2014 (10a.). Perspectiva de género en la administración de justicia. su significado y alcances.

²² Uno de los tribunales que hace esta distinción es el Tribunal Constitucional español a partir de la STC 128/1987. Sobre el punto véase Balaguer (2005: 228). Es llamativo que en el protocolo para juzgar con perspectiva de género se hace esta distinción en algunos de sus ejemplos (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013: 43).

primero, que establece: «En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece»; el art. 4, párr. primero: «El varón y la mujer son iguales ante la ley»; o el art. 123, apartado A, fracción V: «Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad», etc.

Además, por razones de claridad conceptual no resulta conveniente utilizar la misma categoría jurídica para referirse a herramientas que buscan combatir situaciones distintas de desigualdad a través de mecanismos diversos. En efecto, el principio de igualdad es un principio transversal del orden jurídico que obliga a analizar cualquier trato desigual que se considere injustificado bajo un estándar ordinario²³. Siendo que las distinciones son connaturales al derecho y pueden basarse en muy diversos criterios, muchos de ellos razonables, resulta pertinente utilizar el principio de igualdad para su análisis. Así, la aplicación de un estándar ordinario para analizar la gran mayoría de las distinciones que el derecho lleva a cabo tiene dos ventajas: 1) respeta la decisión de nuestros representantes electos por voto popular, quienes tienen un amplio margen para realizar distinciones dentro del marco constitucional; 2) desincentiva la litigiosidad por razones de igualdad y da seguridad jurídica a los gobernados en tanto las decisiones democráticas cuentan con una presunción de constitucionalidad.

Sin embargo, no todos los criterios para hacer distinciones tienen la misma calidad. En efecto, las constituciones y/o la jurisprudencia constitucional establecen ciertos criterios para realizar distinciones como sospechosos desde el punto de vista de la igualdad. Estos criterios se identifican por medio de las categorías sospechosas y su utilización tiene como consecuencia aplicar un escrutinio más estricto al analizar la distinción y presumir su inconstitucionalidad. Es decir, se exige al poder público que hizo la distinción una justificación robusta para llevarla a cabo.

²³ 1a. CCLVIII/2014 (10a.), Primera Sala. Libertad configurativa del legislador. Está limitada por los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación que operan de manera transversal. Libertad configurativa del legislador. Está limitada por los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación que operan de manera transversal.

El aplicar un «escrutinio estricto»²⁴ implica asumir un alto nivel de sospecha y una «presunción de inconstitucionalidad» de la norma. Las razones que generan la sospecha son de diversa índole. Así, puede que la norma haga distinciones basadas en criterios pocas veces relevantes o en características no modificables, p. ej., «raza»; utiliza criterios distintivos que chocan con la moral social, p. ej., las «preferencias sexuales»; exige un cambio no apropiado o la modificación de una característica o decisión protegida por un derecho fundamental, p. ej., la «religión».

En cualquier caso, se trata de criterios distintivos con una carga histórica negativa que son especialmente odiosos y, por tanto, conllevan un reclamo más fuerte por parte del derecho. Naturalmente este reclamo debe hacerse a través de la palabra discriminación. En efecto, la utilización del término discriminación tiene una connotación especial desde un punto de vista discursivo²⁵. Comunica un juicio negativo extraordinario de un trato desigual que tiene características especiales. Expresa un juicio negativo más fuerte por parte de la persona que lo hace.

De esta manera, si no se diferencia entre los reclamos de igualdad y se hacen todos bajo el mismo ropaje del «principio de igualdad y no discriminación», como lo hace la Suprema Corte, se desperdicia la fuerza que conlleva la palabra discriminación, pues se deja de comunicar a través del lenguaje jurídico los distintos juicios de valor que se hacen sobre diversas conductas y relaciones de poder. Así, al no distinguir las categorías se pierden claras ventajas comunicativas que nos da la palabra discriminación, esto es, transmitir el mensaje y permitir que la receptora conozca de manera inmediata que está ante una conducta especialmente odiosa, la cual se ha analizado con una exigencia especial y la cual se reprocha de manera enérgica²⁶. Además, es una conducta ante la cual se espera una respuesta igualmente enérgica por parte de la receptora del mensaje.

Desde el punto de vista de la efectividad de las sentencias, un lenguaje diferenciado también tiene repercusiones. Así, si no se distingue entre igualdad y no discriminación, el carácter odioso de la distinción solo se hace patente a través de la lectura íntegra de la sentencia. Con ello se pierde la oportunidad de lograr mayores alcances con las sentencias e incluso de construir un

²⁴ En Estados Unidos el fallo que anunció tests más estrictos fue «United States v. Carole Prods. Co., 304 U.S. 144, en su nota al pie número 4.

²⁵ Como señalan Conley y O'Barr la forma en que hablamos de un problema está íntimamente relacionado con la forma en que pensamos sobre el mismo y en última instancia en cómo actuamos al respecto (Conley y O'Barr, 1998: 7).

²⁶ Sobre la función comunicativa del derecho, véase Olivercrona (1998).

discurso más accesible a todos y todas, que sirva para combatir situaciones de desigualdad especialmente odiosas (Conley y O'Barr, 1998: 14). Tal vez la importancia de la palabra se hace más patente si pensamos en las reacciones que nos causan las siguientes exclamaciones: «¡Me han discriminado!» o «¡me han tratado de manera desigual con base en un criterio sospechoso!».

2. DE LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

Como ya adelanté, la discriminación se vincula con ciertos criterios sospechosos para hacer distinciones, los cuales son identificados por las categorías sospechosas. El art. 1, párr. quinto de la Constitución mexicana prevé como categorías sospechosas: el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su art. 1: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Ahora bien, esto no nos resuelve quiénes están protegidos por las categorías sospechosas. Por ejemplo, dentro de la distinción por raza, si están protegidas las personas blancas o indígenas de la misma manera, o en lo relativo al sexo, si se debe el escrutinio estricto para hombres, mujeres o LGTTBIQ²⁷ de igual forma. La respuesta a esta interrogante se encuentra en el *fin* del derecho antidiscriminatorio, es decir, en la razón por la cual es necesario utilizar escrutinios más estrictos para analizar la constitucionalidad de la norma y/o para implementar acciones afirmativas. Como es obvio, existen distintas respuestas, entre ellas:

- 1) el derecho antidiscriminatorio debe utilizarse para combatir cualquier distinción que tenga como base una categoría sospechosa (esta perspectiva suele denominarse «anticlasificación») (Balkin y Siegel, 2002).
- 2) El derecho antidiscriminatorio debe utilizarse para combatir distinciones basadas en categorías sospechosas que están *motivadas por* un prejuicio o estereotipo en contra de individuos o grupos que les produce desventajas serias y sistemáticas (Campbell, 1991: 162 y 163).
- 3) El derecho antidiscriminatorio debe utilizarse para combatir el trato desigual basado en categorías sospechosas que *perjudiquen* a individuos o

²⁷ Lesbianas, Gays, Travestis, Transexuales, Bisexuales, Intersex y Queers.

grupos vulnerables, excluidos o subordinados (comúnmente se considera que les afecta una situación de desigualdad estructural). Esta última visión se llama de «antisubordinación», pues busca combatir la subordinación de individuos o grupos (Balkin y Siegel, 2002).

Ya se vio que la Suprema Corte mexicana adopta tanto la respuesta 2) como la 3). Sin embargo, estimo necesario repasar los retos que conlleva cada una de estas respuestas, pues nos ayudará a valorar las implicaciones que tiene la nueva doctrina de la Corte sobre el control de los mensajes discriminadores del legislador.

La primera de las respuestas —que ha sido adoptada por la Suprema Corte de Estados Unidos— tiene el inconveniente de que abre la puerta para que grupos aventajados busquen una protección especial (a través de la aplicación del escrutinio estricto) en la medida en que una norma realice una distinción basada en una característica que se encuadra dentro de una categoría sospechosa. Piénsese, por ejemplo, en el típico caso de acción afirmativa en ese país en el que se da cierto tipo de preferencia a las personas afroamericanas o latinas para ingresar en instituciones educativas de alto nivel. Si se aplica esta primera respuesta, la norma puede ser impugnada por una persona blanca que queda fuera de la institución en atención a dicha preferencia²⁸. En un caso como este, al tratarse de una distinción basada en una categoría sospechosa como la raza, se debe exigir una justificación robusta y presumir su inconstitucionalidad, aun cuando beneficie a un individuo o grupo desaventajado.

Asimismo, la respuesta 1) omite analizar casos en que la distinción está basada en criterios no sospechosos o «neutrales» —p. ej., el nivel de estudios—, pero que impactan negativamente en un individuo o un grupo que tiene una característica que se encuadra dentro de una categoría sospechosa. Piénsese, por ejemplo, en el caso de exigir un nivel de estudios de licenciatura para ser policía en un municipio en el que el 95% de los y las licenciadas son blancas o mestizas, y solo un 2% son indígenas. Estos casos suelen identificarse como de discriminación indirecta (López Guerra, 2000: 27), y obligan a prestar atención no solo al criterio que se utiliza para la distinción, sino a quién beneficia y a quién perjudica.

Piénsese ahora en las respuestas 2) y 3). Es necesario enfatizar la diferencia entre ellas, pues si bien suelen agruparse, no son exactamente lo mismo. En efecto, mientras que la respuesta 2) se preocupa por el motivo de la discrimi-

²⁸ El desarrollo de esta línea jurisprudencial de la Suprema Corte norteamericana comenzó con el caso *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265.

nación y lo que se busca es combatir los prejuicios y estereotipos, la respuesta 3) no indaga en el motivo de la discriminación sino que se enfoca en quién es el individuo o grupo vulnerable y busca promover su igualdad material. En este último supuesto, puede suceder que la causa de la vulnerabilidad, exclusión o subordinación sea un estereotipo y, en esa medida, se busca combatir tanto el estereotipo como la vulnerabilidad. Sin embargo, puede darse el caso de que un individuo o grupo sea vulnerable sin que se deba a un estereotipo. Por ejemplo, una minoría «discreta e insular»²⁹ que no tiene fuerza política y no es escuchada en el proceso político. De hecho, de acuerdo con la doctrina de la Suprema Corte, la falta de poder político es una de las características que definen la vulnerabilidad³⁰.

La respuesta 2) por su parte presenta el inconveniente de requerir adentrarse en el debate de qué constituye un prejuicio o estereotipo, qué tipo de consecuencias debe tener y cómo se prueba³¹. Otro inconveniente es que hay «situaciones en las que la desigualdad de trato no se funda en la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de desigualdad estructural a la que se encuentran sometidos algunos grupos de nuestra sociedad»³². Estos casos quedarían fuera de protección según este criterio.

Finalmente, la respuesta 3) se enfrenta con el problema de decidir qué tipo de vulnerabilidad, exclusión o subordinación quiere ser combatida por el derecho antidiscriminatorio y cómo se prueba. Por ejemplo, Añon Roig

²⁹ Por seguir con la clasificación que se hizo famosa en la sentencia *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

³⁰ 1a. XLIII/2014 (10a.). Derecho humano a la igualdad jurídica. contenido y alcances de su dimensión sustantiva o de hecho.

³¹ Cook y Cusack definen un estereotipo como una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir. Además, para su identificación sugieren analizar cuidadosamente los hechos, analizar el razonamiento subyacente a la decisión, y tomar en cuenta las siguientes señales de alerta: a) evaluación de una persona por su pertenencia al grupo; b) evaluación de las calificaciones o credenciales basada en información tangencialmente relevante; c) la percepción e interpretación selectiva y d) el juicio o evaluación extremos basados en evidencia limitada. Asimismo, se han referido a las consecuencias que pueden tener estos estereotipos: a) negación de un beneficio; b) imponer una carga y c) degradar a las mujeres, menoscabar su dignidad o marginarlas (Cook y Cusack, 2010: 11, 61, 76 y ss.).

³² Esta visión sobre la desigualdad suele llamarse «estructural». De acuerdo con esta perspectiva, resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que den cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad (Saba, 2004: 4 y 28).

propone identificar al grupo desaventajado por estar compuesto por: a) individuos que comparten un rasgo que motiva la discriminación; b) exista una historia de discriminación que se proyecte sobre su situación actual y pueda ser probada y c) prueba de que el grupo se encuentra en una situación de subordinación³³.

Pues bien, por ahora la Suprema Corte no se ha preocupado mayormente por establecer criterios para definir y probar el estereotipo, la vulnerabilidad, la situación de subordinación, etc. Es decir, ha ido identificando al individuo o grupo estereotipado, vulnerable, etc., caso por caso y sin mayor exigencia de prueba³⁴. Consecuentemente ha utilizado test más estrictos para evaluar las distinciones que perjudican a esos individuos o grupos que ellos consideran estereotipados o vulnerables.

El problema de esta práctica consiste en la amplia discrecionalidad que se les da a los jueces para definir quiénes son esos individuos o grupos estereotipados, vulnerables, subordinados o que carecen de poder político y quiénes no. Situación que se hace aún más preocupante cuando los jueces pueden controlar con base en esa clasificación no solo la distribución legislativa de cargas, beneficios, derechos, etc., sino los mensajes emitidos por el legislador que perjudican a esos individuos o grupos. En pocas palabras, por un lado hay un amplio margen de discrecionalidad para definir a los individuos y grupos protegidos y, por el otro, con base en esa definición los jueces tienen la potestad de controlar los mensajes legislativos que consideran estigmatizan a dichos individuos o grupos.

³³ Añón Roig (2013: 133-137).

³⁴ Véase, por ejemplo, el amparo en revisión 7/2009 en el que señaló: «La norma que incluye es una directiva aplicable a todos los que se dediquen a la comercialización de cigarrillos, los cuales no constituyen un grupo, sociológicamente hablando, equiparable a los articulados en torno a los criterios mencionados en el art. 1 —dado el sentido que, según acabamos de apuntar, tiene esa mención específica— ni tampoco una categorización que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto anular o menoscabar sus libertades» (foja 19), y también el amparo directo en revisión 1464/2013, en el que señaló que una mujer coacusada «forma parte de un grupo social sujeto a vulnerabilidad y existe la posibilidad hipotética de que su voluntad se haya visto afectada por una dinámica de poder entre ella y su cónyuge, las distintas diligencias y pruebas que constan en el proceso penal no evidencian algún tipo de discriminación en su contra [...] lo anterior no quiere decir que la obligación de juzgar con perspectiva de género se actualiza cuando exista una prueba contundente de discriminación en contra de la mujer. El juzgador debe atender de manera minuciosa la situación de la mujer y su igualdad en cualquier asunto que se le presente» (fojas 48 y 49).

3. SOBRE LOS EFECTOS DE LOS TRATOS DISCRIMINATORIOS

Hasta ahora no he dicho nada sobre los efectos de los tratos discriminatorios y es que éste no es un tema fácil. En mi opinión, deben distinguirse tres cuestiones.

La primera se da en el caso en que la norma haga la distinción para distribuir beneficios, penas, sanciones o derechos fundamentales. Este es el objeto distribuido, sobre lo cual cabe preguntarse si el escrutinio de la medida debiera cambiar según se trate de un beneficio no protegido por un derecho fundamental (el acceso a una pista de hielo) o si lo que se afecta es un derecho fundamental (por ejemplo, la libertad de expresión según el contenido de la expresión). A su vez, dentro de este último supuesto, hay que preguntarse si hace alguna diferencia si la diferenciación afecta la libertad de expresión o la libertad de comercio.

De hecho, en la sentencia que me ocupa (amparo en revisión 152/2013), uno de los temas pasados por alto es el hecho de que la exclusión de las parejas homosexuales del régimen matrimonial afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el que incluye la libre opción sexual³⁵. Es decir, se trataba de una distinción basada en la orientación sexual (categoría sospechosa) y por tanto discriminatoria, que afectaba directamente a un derecho fundamental como el del libre desarrollo de la personalidad. En mi opinión, esta combinación entre una distinción basada en una categoría sospechosa que afecta un derecho fundamental la hace mucho más odiosa.

Una segunda cuestión que debe distinguirse es entre los efectos en sentido amplio y los daños, pues la palabra daño en términos jurídicos tiene una connotación específica y exige la prueba de su existencia y de la relación de causalidad con el fin de exigir una reparación patrimonial. Por otro lado, un trato discriminatorio puede tener un efecto perjudicial como reproducir un estereotipo, pero sin generar un daño en sentido jurídico, y no por ello dejar de ser reprochable a través de una declaración de inconstitucionalidad. En este sentido, considero incorrecta la introducción que se hace en la sentencia dictada en el amparo en revisión 152/2013 del «daño» como un elemento para tener por acreditada la estigmatización³⁶, pues establece un estándar no necesariamente aplicable para determinar que estamos ante un caso de discriminación en este tipo de asuntos.

Por último, debe distinguirse entre efectos benéficos o perjudiciales de la norma. De hecho, las acciones afirmativas se justifican en la idea que, si bien se asientan en una categoría sospechosa, los efectos causados por la distinción son positivos para el grupo o persona vulnerable.

³⁵ Amparo en revisión 6/2008.

³⁶ Fojas 32, 38, 76.

Estas distinciones entre efectos en sentido amplio y daños, y entre efectos positivos y negativos, están inspiradas en la discusión doctrinal generada por la sentencia estadounidense *Brown v. Board of Education*³⁷. Una de las lecturas posibles de este caso es que la Suprema Corte no exigió prueba de un daño al considerar que la doctrina de «separados pero iguales» era inherentemente discriminatoria. Una lectura opuesta es que sí se preocupó por la comprobación del daño y por eso citó en la nota al pie número once estudios que acreditaban los daños psicológicos y sociales de la segregación. Como explica la doctrina de ese país, uno de los argumentos de la Suprema Corte para aplicar un escrutinio estricto al analizar las acciones afirmativas (y no un test de razonabilidad como se propone aquí) es la dificultad de distinguir entre efectos benignos y perjudiciales de los tratos diferenciales basados en categorías sospechosas (Balkin y Siegel, 2002: 7).

Pero ese último punto también es controvertido. Así, para algunos autores, si bien se puede hablar de efectos positivos de una acción afirmativa en términos de redistribución, no se lo puede hacer en términos culturales o simbólicos. En ese entendimiento, las medidas de acción afirmativa serían medidas paternalistas que vendrían a reforzar estereotipos (o estigmatizar al grupo beneficiario de las mismas) (Sandel, 2009: 167 y ss.) e incluso tolerarían distinciones basadas en categorías sospechosas como la raza, el sexo, etc. Por supuesto que este es un tema complejo donde prima el desacuerdo y donde la ponderación «coste-beneficio» de las medidas podrá hacerse sólo empíricamente y a largo plazo.

De cualquier modo, es necesario señalar dos aspectos. En primer lugar, las medidas de acción afirmativa tienen un fuerte sustento en principios constitucionales, tienden a sanear situaciones históricas y estructurales de desigualdad y generar sociedades idealmente más igualitarias³⁸. En segundo lugar y desde el punto de vista empírico, hay que decir que, en general, los resultados han sido exitosos. Por ejemplo, para el caso de las medidas de «cuotas de género», es decir, aquellas acciones afirmativas para lograr la representación femenina en los puestos electivos, los resultados han sido altamente positivos, y si bien en un primer momento pudieron llegar a reforzar estereotipos, con el tiempo el acceso a la representación de las mujeres ha implicado un vuelco de muchos de esos estereotipos, además de un avance en la defensa de los derechos específicos de género³⁹.

³⁷ 347 U.S. 483

³⁸ Para una defensa de las acciones afirmativas, véase Dworkin (2002: 327-348 y 2000: 293-331).

³⁹ Véase, por ejemplo, el IFE (2012). También Barrales Alcalá y Gómora Juárez (2013: 187). Para un seguimiento global véase www.quotaproject.org.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL AMPARO EN REVISIÓN 152/2013

1. LA DOCTRINA SOBRE EL INTERÉS JURÍDICO Y EL INTERÉS LEGÍTIMO TRATÁNDOSE DE NORMAS AUTOAPLICATIVAS

Uno de los retos interpretativos a los que ha tenido que enfrentarse la Corte por la expedición de la reforma constitucional y legal en materia de amparo es definir qué se entiende por interés legítimo. En el caso que me ocupa, la Primera Sala lo definió en los siguientes términos:

Tratándose de interés jurídico, se entenderá que son normas autoaplicativas aquellas cuyos efectos ocurren en forma incondicionada, esto es, sin necesidad de un acto de aplicación, lo que sucede cuando esos efectos trascienden en la afectación de un derecho subjetivo; es decir, cuando de forma personal y directa se creen, transformen o extingan situaciones concretas de derecho, en dos escenarios distintos: (a) esas normas establezcan obligaciones de hacer o no hacer directamente a los particulares, o (b) generen hipótesis normativas cuya actualización inmediata traigan aparejadas consecuencias jurídicas para ellos. En caso contrario, cuando se requiera un acto de aplicación para la consecución de alguno de estos escenarios de afectación, las normas serán heteroaplicativas.

En ambos casos se entiende que la noción de afectación es un agravio personal y directo a un derecho subjetivo, por lo que cabría afirmar que los quejosos son destinatarios directos de estas normas.

Tratándose de interés legítimo, se entenderá que son normas autoaplicativas aquellas cuyos efectos, igualmente, ocurren en forma incondicionada, esto es, sin necesidad de un acto de aplicación, lo que sucede cuando esos efectos trascienden en la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante de la parte quejosa, es decir, una afectación a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra, siempre que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo y que pueda traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico al quejoso.

[Asimismo] [...] el interés legítimo se puede generar por una afectación indirecta, generada por la especial situación del quejoso frente al orden jurídico, lo que implica [...] que para constatar un interés legítimo no es necesario que las normas impugnadas tengan como destinatarios directos a los quejosos, sino que pueden ser terceros que resienten la afectación indirecta, por una irradiación colateral de los efectos de la norma. Así, el análisis de este apartado requiere una evaluación no sólo de la relación de la ley y sus destinatarios, sino también de un análisis integral de las relaciones jurídicas en que se encuentran los particulares, siendo en el contexto de este tráfico de relaciones donde se puede apreciar la afectación de la ley⁴⁰.

⁴⁰ Fojas 23 a 25.

AMPARO EN REVISIÓN 152/2013

¿QUÉ SE AFECTA? Interés jurídico: Derecho Subjetivo Interés legítimo: Esfera jurídica del quejoso, interés garantizado por el derecho objetivo que conlleve un beneficio jurídico
¿EN QUIÉN RECAE LA AFECTACIÓN? Interés jurídico: Individual Interés legítimo: Individual o colectivo
¿QUIÉN LA PUEDE RECLAMAR? Interés jurídico: Personal Interés legítimo: Puede ser indirecta, a terceros, generada por la especial situación del quejoso frente al orden jurídico
¿TIPO DE AFECTACIÓN? Interés jurídico: De forma directa Interés legítimo: Calificada, actual, real y jurídicamente relevante
¿A TRAVÉS DE QUÉ TIPO DE NORMAS SE CAUSA LA AFECTACIÓN? Interés jurídico: (a) normas que establezcan obligaciones de hacer o no hacer directamente a los particulares, o (b) que generen hipótesis normativas cuya actualización inmediata traiga aparejada consecuencias jurídicas para ellos. Interés legítimo: (a) Cuando una ley establezca directamente obligaciones de hacer o no hacer a un tercero, sin la necesidad de un acto de aplicación, que impacte colateralmente al quejoso —no destinatario de las obligaciones— en un grado suficiente para afirmar que genera una afectación que reúne las características de jurídicamente relevante, cualificado, actual y real. La afectación debe estar garantizada por el derecho objetivo y, en caso de concederse el amparo, el quejoso podrá obtener un beneficio jurídico; (b) cuando la ley establezca hipótesis normativas que no están llamadas a actualizar los quejosos como destinatarios de la norma, sino terceros de manera inmediata sin la necesidad de un acto de aplicación, pero que, por su posición frente al ordenamiento jurídico, los quejosos resentirán algunos efectos de las consecuencias asociadas a esa hipótesis normativa en grado suficiente para ser personal o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, cuya comprobación pasa por verificar que, en caso de otorgarse el amparo, el quejoso obtendría un beneficio jurídico; y/o (c) cuando la ley regule algún ámbito material e, independientemente de la naturaleza de las obligaciones establecidas a sus destinatarios directos, su contenido genere de manera inmediata la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante de la parte quejosa, es decir, una afectación a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra, siempre que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo y que pueda traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico al quejoso. En el caso concreto la afectación se da por la estigmatización que conlleva el mensaje que trasmite la disposición impugnada

2. LA AFECTACIÓN INMEDIATA DE LA ESFERA JURÍDICA DERIVADA DE LA TRANSMISIÓN DE UN MENSAJE ESTIGMATIZADOR

En el caso bajo análisis se impugnó por su sola vigencia el art. 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, que regula el matrimonio entre heterosexuales y excluía de ese régimen a los homosexuales. Esta exclusión impuesta por la norma en cuestión, basada en una categoría sospechosa, era suficiente para analizar la norma bajo un escrutinio estricto. Sin embargo, se presentaba un problema para la Corte: era casi imposible justificar que se trataba de una norma autoplicativa ya que sus consecuencias jurídicas naturalmente se presentarían a través del primer acto de aplicación (tal como lo sostuvo el juez de distrito que sobreseyó el asunto al considerar que se requería del primer acto de aplicación para generar un agravio). Pero tal vez nunca hubiera habido primer acto de aplicación, pues los promoventes no tenían la intención de casarse y/o acudir al registro civil para solicitar la celebración del matrimonio. Esa circunstancia de todos modos no era óbice para que los promoventes se sintieran agraviados. En esa medida se encontró la afectación derivada de la sola expedición de la norma y se ubicó en la emisión del mensaje.

Ahora bien, para que el mensaje genere de manera inmediata la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante de la parte quejosa (tercer supuesto del interés legítimo), debe cumplir con el siguiente estándar: ser perceptible objetivamente, estar basado en una categoría sospechosa y reproducir y promocionar un estereotipo o un significado social de exclusión o degradación relativo a un grupo vulnerable identificado por una de las categorías sospechosas. Además, para ser considerado como receptor afectado y poder acudir al amparo debe haber una relación de proximidad geográfica con el lugar en el que será proyectado el mensaje, lo cual se identifica por el lugar en donde será aplicada la parte dispositiva de la norma⁴¹.

Es importante recalcar que para la Primera Sala el carácter discriminatorio del mensaje no depende de las intenciones de sus autores⁴², sino de su calidad objetivamente discriminadora, la que debe ser identificada por el juez atendiendo a los entendimientos colectivos compartidos, el contexto social y la historia de los símbolos utilizados⁴³. Eso no significa que las exposiciones de motivos u otros instrumentos en los que pueda ser constatada la voluntad de discriminación no puedan ser tomados en cuenta⁴⁴.

⁴¹ Fojas 31-39.

⁴² Foja 32.

⁴³ Foja 36.

⁴⁴ Foja 39.

La situación será aun más grave, nos dice la Primera Sala, «a medida que la utilización del criterio discriminador excluya a los miembros de ese grupo vulnerable de la distribución de beneficios, o bien, afecte la balanza de cargas establecidas en su contra»⁴⁵.

Además, al tratarse de un agravio que subsiste de forma continuada mientras persiste la proyección del mensaje tachado de discriminador, el plazo para la interposición de un amparo no puede computarse a partir de un momento concreto, sino que se trata de una violación permanente. En virtud de lo anterior, basta con que se demuestre que el mensaje transmitido por la parte valorativa de la norma estigmatiza por discriminación a los quejosos para que no se consume la oportunidad en la interposición del plazo⁴⁶.

Finalmente, señala la Primera Sala, el beneficio jurídico de un eventual amparo se traduce en la supresión del mensaje⁴⁷.

Así, la Primera Sala estimó que la norma en cuestión hace un juicio de valor negativo —basado en un estereotipo que la norma ayuda a perpetuar y promocionar— sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo, las cuales han padecido una historia de exclusión por sus preferencias sexuales. La Primera Sala consideró que esa historia de exclusión no tiene que ser probada⁴⁸, aunque posteriormente refiere algunas pruebas al respecto⁴⁹. Ese juicio negativo es un mensaje estigmatizante que afecta de manera inmediata, concreta y distinguible al quejoso que es miembro de un grupo vulnerable⁵⁰. Finalmente, tuvo por cierta la protesta hecha por los promoventes de radicar en Oaxaca, por lo que son receptores afectados por el mensaje⁵¹. Con este análisis, la Primera Sala determinó que los promoventes tienen interés legítimo para impugnar la norma cuestionada y procedió a analizar su constitucionalidad.

Pues bien, una vez identificado que la norma transmite un mensaje estigmatizante, se procedió a analizar la norma bajo un escrutinio estricto, lo cual hace presumir la inconstitucionalidad de la norma y exige del legislador una justificación muy robusta⁵². En el caso concreto, la parte dispositiva de la norma excluía a los homosexuales del régimen matrimonial, lo cual conlleva-

⁴⁵ Foja 37. Esta situación, en mi opinión, ya no corresponde al análisis del mensaje, sino a la parte dispositiva.

⁴⁶ Foja 47.

⁴⁷ Foja 40.

⁴⁸ Fojas 41, 42.

⁴⁹ Foja 70, nota al pie 72.

⁵⁰ Fojas 26 a 46.

⁵¹ Foja 43.

⁵² Fojas 54 a 57.

ba además distintas y variadas consecuencias jurídicas, por lo que la norma se declaró inconstitucional⁵³.

Ahora bien, mientras que en el apartado del interés legítimo se llevó a cabo un análisis profundo del mensaje, en el estudio de la norma solo se presentó de una manera muy reducida casi al final de la sentencia⁵⁴. De hecho, casi la totalidad del estudio de fondo se enfoca en la ausencia de vínculo estrecho entre la finalidad de la norma y los medios empleados por la distinción y en sus efectos jurídicos y materiales.

De esta forma, queda la impresión de que el mensaje estigmatizante tiene como función ampliar el interés legítimo, pero no influye en el análisis de constitucionalidad de la norma que se enfoca en las hipótesis normativas y consecuencias jurídicas de la distinción. De hecho, el test de escrutinio estricto se aplicó sobre las hipótesis normativas o consecuencias jurídicas de la distinción, pero no así sobre el mensaje. Todo lo cual es acorde con el tipo de pasos que conlleva realizar un test de escrutinio estricto, difícilmente aplicable al análisis de un mensaje.

El problema es que en la misma sentencia se dice que el carácter discriminatorio del mensaje sería estudiado de nueva cuenta en el fondo del asunto⁵⁵. Y esto no parece tener mucho sentido, pues para hacer un análisis independiente del mensaje en el fondo del asunto, se debería contar con un estándar distinto al previsto para acreditar el interés legítimo. Si por el contrario se aplicara el mismo test que se usó para el interés legítimo, significaría que todo mensaje que haya cumplido el estándar de estigmatización para acreditar el interés legítimo, haría a la norma automáticamente inconstitucional sin otro análisis.

Pero la dificultad que presenta idear un estándar distinto al de estigmatización que evalúe algo novedoso, obliga a cuestionar si tiene sentido hacer un análisis independiente del mensaje en el fondo del asunto. En mi opinión, si al estudiar el interés legítimo se determina el carácter estigmatizante del mensaje, el estudio de la invalidez de una norma debe enfocarse en la distribución de derechos, obligaciones, beneficios, cargas, etc., que haga la parte dispositiva y, en caso de estimar que ésta es inconstitucional, entonces reprochar por inconstitucional el mensaje identificado en el estadio del interés legítimo. En otras palabras, considero que una vez identificado un mensaje estigmatizante para efectos del interés legítimo, si la parte dispositiva de la norma es discriminatoria, entonces resulta viable declarar inconstitucional el mensaje, sin

⁵³ Fojas 57 a 75.

⁵⁴ Fojas 72 a 75.

⁵⁵ Así lo anuncia la sentencia en el párr. 107, foja 40. Sin embargo, como ya he dicho este estudio no se hizo.

necesidad de hacer un nuevo estudio del mensaje. De hecho, este parece ser el proceder de la Primera Sala.

Piénsese en un ejemplo: supóngase que se impugna la norma que otorga licencia de maternidad o paternidad con derecho a sueldo, la cual establece tres meses (84 días) para la madre y entre 5 y 15 días para el padre. El interés legítimo se acredita (incluso para una mujer potencialmente trabajadora) porque se trata de una norma que transmite un mensaje que refuerza estereotipos de género, dando por sentado que las tareas de cuidado de la recién nacida son principalmente de la madre, etc. Ahora bien, en principio podría decirse que la norma beneficia a la mujer en la distribución de un beneficio. Sin embargo, en sus efectos no es así, ya que el otorgar mayor tiempo de licencia a la mujer genera un impacto laboral adverso, incentivando la contratación de hombres puesto que faltarán menos días al trabajo en caso de que tengan un hijo o hija⁵⁶. De hecho, una norma igualitaria tendría que establecer obligatoriamente periodos iguales de licencia para ambos sexos (sobre todo de cara a la posibilidad de adopciones por parejas del mismo sexo). Pues bien, una vez comprobado que se da ese impacto negativo adverso en contra de la mujer, corresponde reprochar el mensaje estigmatizador que fue identificado en un primer momento.

Ahora, ¿qué sucede si las hipótesis normativas o consecuencias de la norma en cuestión son constitucionales, pero el mensaje que transmite puede considerarse como discriminador? Para imaginar este segundo escenario, piénsese, por ejemplo, que una norma estableciera la obligación de todos los directivos y secretarías de usar vestimenta formal para trabajar. En este caso la hipótesis normativa es constitucional, pero transmite un mensaje a través del lenguaje que resulta discriminador en la medida en que identifica la posición de dirección con la figura masculina y la de subordinación con las mujeres (secretarías); cosa que en el ámbito laboral implica perpetuar las discriminaciones de género.

Otro ejemplo podría ser la de una norma que aumenta la seguridad pública nocturna con el fin expreso de evitar que las mujeres caminen solas por la calle, y reducir así el delito de violación. Norma que podría contrastarse con otra norma que tuviera el fin de reducir el delito de violación *a secas*. En

⁵⁶ Este punto podría analizarse como un caso de discriminación indirecta o de efectos discriminatorios. Considero que bajo ningún concepto podría justificarse la diferencia basándose en la lactancia materna. En primer lugar porque existen licencias específicas de lactancia que sí son de disfrute exclusivo de la mujer. Pero además, porque las tareas de cuidado de la recién nacida trascienden la lactancia y se requieren incluso en los casos en que la madre decide no amamantar o simplemente no puede.

el primer supuesto, la disposición bien pudiera considerarse constitucional; sin embargo, el mensaje que transmite es que la mujer debe ser acompañada por alguien más para transitar por la calle, lo cual refuerza los estereotipos de debilidad de la mujer, la necesidad de protección, la falta de autonomía, etc., sin contar con que pone el acento en la víctima en lugar de en el agresor del delito de violación.

Pues bien, la pregunta es si en estos casos las normas serían justiciables. Cierta lenguaje en la sentencia de la Primera Sala hace pensar que sí, léase por ejemplo: «Las consecuencias de no adaptar al amparo como un medio de control constitucional apto para someter a escrutinio este tipo de mensajes incluidos en las leyes, independientemente de su parte dispositiva»⁵⁷; «[...] este caso se trataría de la actualización del supuesto del párrafo 69, inciso c) relativo a aquellas normas que, mediante la regulación de una cierta materia —el matrimonio a través de reglas de acceso que requieren de actos de aplicación—, sin importar la naturaleza de las obligaciones de sus destinatarios directos»⁵⁸; «la alegada afectación de estigmatización por discriminación es impersonal y objetiva e implica un perjuicio social, directo, personal y casi individualizable. Lo anterior se robustecerá a medida que la utilización del criterio discriminador excluya a los miembros de ese grupo vulnerable de la distribución de beneficios»⁵⁹.

Aunque también hay ciertas señales que indican que el amparo será improcedente si solo el mensaje es discriminatorio, por lo que no serán justiciables si la norma no tiene efectos materiales, por ejemplo: «Junto a la afectación material o tradicional que puede generar la parte dispositiva de una norma, puede existir una afectación inmaterial que produce el mensaje transmitido por la norma, es decir, por su parte valorativa⁶⁰ [...] no será requisito exigir al quejoso acreditar un acto de aplicación de la parte dispositiva de la norma que regule el otorgamiento de beneficios o la imposición de cargas»⁶¹.

Lo cierto es que no se puede contestar a la pregunta planteada en el segundo escenario: no se puede saber a ciencia cierta qué sucederá si se presenta alguno de estos casos ante la justicia, si es que son justiciables, bajo qué estándar se estudiará el mensaje y, en su caso, el tipo de remedio que se dictará.

De hecho, un problema que se presentaría es que, como consecuencia del amparo, una declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la inaplicación

⁵⁷ Fojas 33 y 34.

⁵⁸ Foja 34.

⁵⁹ Foja 37.

⁶⁰ Foja 36.

⁶¹ Foja 39.

de la norma para el caso y para el futuro en relación con la parte quejosa. Esta «solución» para supuestos como los imaginados, no parece la mejor. Por un lado cabe preguntarse si la sola transmisión de un mensaje discriminator es suficiente motivo como para que se declare la inconstitucionalidad y consecuentemente la inaplicación de la norma. Así, en el caso de la secretaria ¿puede dejar de vestir formalmente para ir a trabajar? No parece ser el tema. ¿Debe suprimirse la política de seguridad pública nocturna sólo para la quejosa? Suena absurdo, como también lo sería suprimirla con carácter general. Además, del hecho de no aplicarse la norma para la parte quejosa no se sigue el beneficio de la supresión del mensaje en tanto y en cuanto la norma siga vigente y, por tanto, reproduciendo el mensaje discriminator⁶².

Estos ejemplos ponen sobre la mesa la necesidad de determinar hasta dónde se quiere que la Corte controle los mensajes del legislador. Esta determinación es necesaria no sólo por razones de legitimidad democrática⁶³ y de utilización de recursos, sino también por razones políticas⁶⁴. Parece claro que la sociedad sería más justa si estos mensajes estigmatizadores no se expresaran y también que la supresión de los mismos reporta un beneficio para su receptora (Sunstein, 1996: 2047). Lo que no es claro es si es tarea de los jueces reprocharlos en cualquier caso.

3. EL PAPEL DE LA SUPREMA CORTE ANTE LA DISCRIMINACIÓN Y EL CONTROL JUDICIAL DEL MENSAJE ESTIGMATIZADOR DEL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO

La función del derecho como transmisor de mensajes, en adición a la regulación de conductas, y la forma en que estos mensajes tienen una función performativa ha sido explorada ampliamente (Sunstein, 1996: 2021-2053; Danet, 1980: 447-564). Tal es así que se estudian las decisiones jurídicas como actos de habla: la constitución como un acto de habla del constituyente, la legislación como un acto de habla del legislador, etc. (Robles Morchón, 2009: 56).

⁶² Volveré sobre este punto en el apartado IV.4.

⁶³ Reva Siegel llama la atención sobre el punto de la legitimidad de las acciones positivas en los siguientes términos: «¿A través de qué formas y hasta qué punto la Constitución puede ser interpretada de manera que ordena la intervención en asuntos de grupos poderosos con el fin de proteger grupos menos poderosos?» Siegel (2004: 1475).

⁶⁴ Me refiero a las luchas de ciertos colectivos por el reconocimiento. Volveré sobre el punto *infra*.

Ahora bien, el control constitucional del mensaje por parte de los jueces es una cuestión más compleja, pues como se ha puesto de manifiesto a través de ejemplos en el apartado anterior puede conllevar un activismo judicial fortísimo, sobre todo si se abre la posibilidad de controlar el mensaje con independencia de que las hipótesis normativas y/o consecuencias jurídicas previstas en la norma sean constitucionales.

Al respecto, la Primera Sala estimó que el «sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural», debe buscar un cambio social y de los potenciales actores⁶⁵. En otras palabras, los tribunales deberían intentar cambiar las normas sociales y entendimientos colectivos, de tal forma que la discriminación por orientación sexual deje de ser algo bien visto (Sunstein, 1996: 2043).

Una forma de entender esta declaración de la Primera Sala es que asume un papel educativo de la sociedad. La asunción de este papel plantea muchas interrogantes: ¿qué legitimidad democrática tiene la Corte para educar a la sociedad? ¿Su diseño institucional se lo permite? ¿Cuán efectiva es la Corte para hacerlo? ¿Qué estrategias debe utilizar? ¿En qué casos? ¿Asumir este papel distrae a la Corte de sus otras funciones más tradicionales?, etc.⁶⁶

Por razones de espacio no puedo detenerme en todas estas preguntas, por lo que solo daré respuestas a algunas de ellas. Empecemos por la cuestión democrática. Una respuesta sencilla sería decir que la Corte no tiene legitimidad democrática para controlar el mensaje transmitido por el legislador en tanto se trata de nuestros representantes populares. Sin embargo, creo que la cuestión es más compleja que esto.

En primer lugar, para entender la sentencia de la Primera Sala es pertinente recordar una distinción conocida en teoría de la justicia entre reclamos de redistribución y reclamos de reconocimiento. Los primeros se refieren a la injusta distribución de bienes económicos, mientras que los segundos se relacionan con la injusticia cultural relativa a la falta de igualdad de oportunidades para alcanzar la estima social, el respeto, el prestigio, etc. (Fraser, 2006: 19-24). Asimismo, estos reclamos demandan diferentes remedios: mientras que las reivindicaciones de distribución se solucionan mediante la restructuración económica, las reivindicaciones de reconocimiento requieren de un cambio cultural o simbólico, etc. (Cook y Cusack, 2010: 76).

Ahora bien, estas distinciones heurísticas no implican una dicotomía estricta entre los dos tipos de reclamos o que éstos deban considerarse como in-

⁶⁵ Foja 76.

⁶⁶ Sobre el carácter educativo de la Corte y los retos que plantea véase Eisgruber (1992: 963 y ss.).

dependientes. De hecho, en la realidad muchos de estos problemas se presentan de manera conjunta y si bien pueden diferenciarse, están interrelacionados, por lo que se requieren remedios de los dos tipos (Fraser, 2006: 33, 53 y 66). Es más, en el supuesto del género se presentan los dos tipos de problemas pues se trata de una diferenciación social bidimensional que requiere atender tanto los problemas de distribución como de reconocimiento (estatus), aunque también es cierto que el componente distributivo está subordinado al componente estatus (Fraser, 2006: 30-33).

De acuerdo con cierta perspectiva teórica, los problemas de reconocimiento son una cuestión de justicia y de derechos (Fraser, 2006: 35)⁶⁷, lo que bastaría para justificar la intervención de la Corte. Pero hay una razón más a favor de la intervención. Además de tratarse de un problema de derechos, es un problema que afecta la igual participación de las afectadas. En otras palabras, los patrones institucionalizados de valor cultural que subordinan a un grupo como los homosexuales, no solo inciden en su derecho a no ser discriminado, sino que afectan su derecho a participar en condiciones de igualdad (Fraser, 2006: 37 y 42). Esto es todavía más reprochable cuando esa subordinación se impone por el Estado, en este caso por el legislador (Fraser, 2006: 36).

Si se consideran estas razones, se reduce la fuerza de la objeción democrática. Sin embargo, hay otras consideraciones que le hacen retomar impulso. En primer lugar, el hecho del desacuerdo sobre el carácter estigmatizante o no del mensaje. Un ejemplo reciente de la Suprema Corte norteamericana resulta ilustrativo. Se trata del caso popularmente conocido como «DOMA» (las siglas se refieren a Defense of Marriage Act) o *United States v. Windsor*⁶⁸. En este caso se impugnó una norma federal (DOMA) que establecía que para efectos de las leyes federales el matrimonio sería entendido como la unión entre un hombre y una mujer, lo que conllevó en el caso particular la no aplicación de una exención fiscal para el demandante.

Uno de los argumentos sobre los cuales se basó la mayoría para declarar la inconstitucionalidad de la norma fue que el Congreso al aprobar la ley y desconocer las definiciones de matrimonio que comúnmente dictan los Estados, tiene como propósito y efecto desaprobado, imponer una desventaja, un estatus distinto y, por tanto, estigmatizar a una clase de ciudadanos⁶⁹. Este argumento fue duramente criticado por la minoría conservadora, que exigió

⁶⁷ Inspirados en el trabajo de Fraser véase también Clericó y Aldao (2011: 157-198).

⁶⁸ 570 U.S. ____ (2013)

⁶⁹ 570 U.S. ____ (2013): 20 y 21.

una prueba más contundente para atribuir a los legisladores y al presidente dicha intención⁷⁰.

Es cierto que la mayoría de la Suprema Corte norteamericana no dijo expresamente que la norma impugnada transmitía un mensaje desaprobatorio o estigmatizante, pero esa puede ser una de las lecturas de la sentencia, pues el estigma es un mensaje social⁷¹. En ese sentido, la discusión norteamericana es útil a nuestros efectos, pues obliga a pensar sobre el desacuerdo que puede existir sobre el carácter estigmatizante de un mensaje legislativo y las objeciones que en tales circunstancias puede conllevar su control por parte de los jueces. Complejidad que no desaparece exigiendo un mensaje perceptible «objetivamente» aun cuando el juez deba tomar en cuenta el contexto y la historia de discriminación para determinarlo⁷².

Existen además otros inconvenientes y riesgos. Primero, el control del mensaje puede generar dificultades o temores en los representantes populares en el momento de redactar las leyes, al tener que cuidar que no transmitan un mensaje que pueda ser considerado discriminador por parte de los jueces. Segundo, porque aun considerando loable el control del mensaje, existe el riesgo de que una Corte conservadora omita controlarlo cuando *objetivamente* sea discriminador y eso sirva para reforzar los mensajes discriminadores, dándoles legitimidad⁷³. Tercero, por el paternalismo que de por sí conllevaría este tipo de acciones y cuarto, por la dificultad técnica de adecuar los efectos de las sentencias de amparo para contrarrestar los mensajes discriminadores.

Estos riesgos e inconvenientes me llevan a hacer las siguientes sugerencias. En primer lugar, los y las ministras de la Corte deben evitar asumir el papel de expertas que deciden de manera autoritaria cuáles son los mensajes estigmatizadores. Sería conveniente en cambio que se involucren en los procedimientos reflexivos para dilucidarlos (Fraser, 2006: 48 y 70). En segundo lugar, es importante confiar en la acción política de la sociedad civil y dar espacios para que los diferentes grupos hagan sus reclamos, pero también ganen sus batallas socialmente a través de la concienciación y no de la coacción. En ese sentido se habla de un cambio social «desde abajo», con fuerte participación de los movimientos y organizaciones sociales, que se encarguen de

⁷⁰ 570 U.S. ____ (2013), voto C. J. Roberts, pp. 1 y 2, Voto J. Scalia, p. 19

⁷¹ «Expressive Harms and Standing», *Harvard Law Review*, 112 (1998-1999), 1313-1330, p. 1314.

⁷² Esta fue una de las objeciones que planteó el ministro Cossío en su voto concurrente.

⁷³ Según Cook y Cusack algo así sucedió con la sentencia en la que la Corte Constitucional de Guatemala declaró la constitucionalidad de algunas disposiciones del Código Civil que definían los roles y responsabilidades de los cónyuges dentro del matrimonio basados en estereotipos (Cook y Cusack, 2010: 74).

eliminar todas las barreras existentes para la plena participación de todos los grupos y no sólo de ciertas decisiones aisladas (Fraser, 2006: 83).

Lo anterior no significa que la Corte no tenga un papel que jugar, sino que debe ser cuidadosa en distinguir los supuestos y la forma en que debe intervenir, puesto que, como quise hacer notar con los ejemplos del apartado anterior, en ciertos casos los riesgos e inconvenientes de su intervención pueden no justificar la corrección del mensaje —como cuando la norma no apareja una distribución discriminatoria de beneficios y cargas—. Por el contrario, si la norma impacta directamente en la vida de las personas, como en el caso de los permisos de maternidad y paternidad, resulta necesario además el reproche del mensaje discriminatorio.

4. LA SENTENCIA DE AMPARO COMO MEDIO PARA CONTRARRESTAR EL MENSAJE ESTIGMATIZADOR

En este último inciso quisiera abordar el tema de los remedios. Como se sabe, hasta antes del amparo en revisión 152/2013, la Corte se había limitado a declarar la inconstitucionalidad de la ley en casos de discriminación. Sin embargo, en el caso en estudio estimó que era necesario reprochar también el mensaje, tal vez buscando transformar el discurso⁷⁴.

Ahora bien, para analizar la conveniencia del remedio hay que hacer distinciones. Como ya he dicho, una norma discriminadora puede presentarse en dos formas distintas: primero, que la norma prevea hipótesis normativas y/o consecuencias jurídicas discriminatorias y además transmita un mensaje discriminatorio; segundo, que las hipótesis normativas y/o consecuencias jurídicas no sean discriminatorias, pero el mensaje sí lo sea.

La Primera Sala se enfrentó con el primer supuesto y declaró la inconstitucionalidad de la norma pues consideró que no podía hacerse una declaración conforme como lo había hecho en resoluciones anteriores (457/2012, 567/2012 y 581/2012). Además, precisó que los quejosos «no deben ser expuestos al mensaje discriminatorio de la norma, tanto en el presente como en el futuro»⁷⁵.

Me interesa detenerme en estos dos puntos. En primer lugar, resulta lógico que si la norma busca erradicar el mensaje discriminatorio, declare entonces la inconstitucionalidad de la norma y no haga una interpretación conforme. De hacerla, la norma impugnada seguiría vigente en sus términos, reprodu-

⁷⁴ Sobre la distinción entre remedios afirmativos y transformativos, Fraser (2006: 71 a 76).

⁷⁵ Fojas 77 y 78.

ciendo el mensaje que se intenta erradicar, en tanto la interpretación conforme sería conocida, con suerte, por los aplicadores del derecho.

Ahora bien, siendo la declaratoria de inconstitucionalidad el remedio necesario, la pregunta es si los efectos de la sentencia de amparo —inaplicación de la norma para el caso y en el futuro— son efectivos para lograr que los quejosos no sean expuestos al mensaje discriminador tanto en el presente como en el futuro. Hay que recordar que a través de dicha sentencia la norma no es expulsada del ordenamiento, pues para ello tiene que seguirse el procedimiento para la declaratoria *general* de inconstitucionalidad previsto en la Constitución y en la Ley de Amparo.

En mi opinión, la forma en que se expresó este último efecto («lograr que los quejosos no sean expuestos al mensaje discriminador en el presente como en el futuro») parece imposible de lograr, por lo menos en un principio. Eso no significa que la declaratoria de inconstitucionalidad e inaplicación para el caso y en el futuro sea incorrecta.

En primer lugar, la declaración de inconstitucionalidad de la norma es un mensaje fuerte de reprobación por parte de los jueces. Un mensaje que está sustentado en razones de peso, como que la exclusión jurídica de los homosexuales está basada en prejuicios, que ellos son tan capaces de entablar relaciones estables de pareja como los heterosexuales y adecuarse a los fundamentos actuales del matrimonio y de la familia⁷⁶. De esta manera las y los ministros participan en un debate público que pretenden incentivar y conformar mediante razones⁷⁷.

En segundo lugar, la declaración de inconstitucionalidad es un medio para entablar un diálogo directo con el legislador, pues a través de su sentencia le dicen que la norma es inconstitucional no solo por la exclusión que hace, sino también por el mensaje que transmite. Este diálogo se ha institucionalizado a través del nuevo procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, ya que se trata de un procedimiento de varias idas y vueltas entre jueces y legisladores, en el que los tribunales hablan a través de sus sentencias y los poderes legislativos tienen oportunidad de contestar dando sus razones o modificando la norma cuestionada⁷⁸, lo que les brinda la posibilidad de debatir antes de que los jueces decidan expulsar la norma. Hasta aquí el primer supuesto.

⁷⁶ Fojas 61, 62 y 67.

⁷⁷ Sobre el papel de los jueces en el debate público véase Dworkin (2004: 131); el original en Dworkin (1996: 1-38).

⁷⁸ Sobre el carácter dialógico del procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad y sus características, véase Niembro Ortega (2013).

Para el caso en que se diera el segundo supuesto, es decir, en el que las hipótesis normativas y/o consecuencias jurídicas no son discriminatorias pero el mensaje sí lo es —que ya he dicho no estoy segura que la mayoría de la Primera Sala lo hubiera considerado justiciable— considero que, por los inconvenientes y riesgos que ya apunté, los jueces deben ser muy prudentes para declarar su inconstitucionalidad y siempre de acuerdo a la gravedad y alcance del mensaje.

De procederse a su control, sería preferible declarar que el mensaje transmitido por la norma es inconstitucional, sin que por ello la norma deje de ser aplicable. De esta forma se lograría reprochar al legislador la emisión del mensaje sin mayores consecuencias para la norma e incentivar el debate público al respecto, llamando a que se pronuncien las distintas organizaciones de la sociedad civil y la ciudadanía. Otra posibilidad sería declarar constitucional la norma, pero recomendando al legislador que haga un cambio del mensaje, por ejemplo, cambiando el lenguaje. En estos últimos casos, me parece, estaríamos ante una Corte sumamente activista: un tribunal que quiere conformar el discurso con independencia de la regulación de conductas que haga el legislador.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este ensayo tuvo como objetivo mostrar cómo los tribunales, cuando tienen la voluntad y la creatividad para hacerlo, son capaces de abrir las puertas de la justicia a reclamos que comúnmente han sido rechazados por razones procesales. Para ello, me centré en una sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte que considero paradigmática, el amparo en revisión 152/2013, pues manda un claro mensaje de apertura y justiciabilidad de los derechos fundamentales, en particular para casos de tratos discriminatorios. Para quienes hemos tenido la oportunidad de litigar causas de igualdad sabemos que este no es un tema menor, pues las reticencias de los jueces a abrir cauces procesales es un mal endémico. Afortunadamente, parece, esto ha empezado a cambiar.

Asimismo, he querido contribuir en la construcción de una doctrina más sólida sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación y plantear algunas reflexiones. Obviamente no se trata de conclusiones, sino de sugerencias que pueden ayudar a seguir pensando sobre un tema tan complejo y apasionante como es el de la igualdad.

Finalmente, he hecho algunos comentarios y reflexiones sobre la sentencia dictada en el amparo en revisión 152/2013. Considero que se trata de una resolución loable y que se toma en serio la obligación que tienen todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos,

prevista en el art. 1 constitucional. Sobre todo, tomando en consideración que el derecho no es neutral y que a través de sus sentencias la Corte puede contribuir al reconocimiento de grupos subordinados.

Seguramente esta innovación genera muchas inquietudes y será tarea de todos y todas ir colaborando en sus contornos y definiciones. Lo que me queda claro es que estamos ante una Corte que desea ser protagonista del combate contra la discriminación y del cambio cultural. Una Corte que busca incidir en la conformación de una sociedad más justa, pero que al hacerlo tiene que tomar en cuenta el hecho del desacuerdo y la necesidad de una deliberación incluyente. Solo así será respetuosa con el proceso democrático y el debate social, participando como una protagonista más y acompañando las luchas sociales, sin querer liderarlas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Añón Roig, M. J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, 39.
- Balaguer, M. L. (2005). *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Madrid: Cátedra.
- Balkin, J. M. y Siegel, R. B. (2002). The American Civil Rights Tradition: Classification or Antisubordination. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 34. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380800.
- Barrales Alcalá, P. y Gómora Juárez, S. (2013). Participación política de la mujer en México. Acciones afirmativas y partidos políticos. *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 4ª época, 1 (12), 187-231.
- Birgin, H. y Gherardi, N. (2011). Introducción. En H. Birgin y N. Gherardi (coords.). *La garantía de acceso a la justicia: aporte empíricos y conceptuales*. Fontanara, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Campbell, T. D. (1991). Unlawful discrimination. En W. Sadurski (ed.). *Ethical dimensions of legal theory*. Amsterdam: Rodopi.
- Clericó, L. y Aldado M. (2011). La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 9 (1), 157-198.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural*. Observación General n° 21. Artículo 15, párrafo 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Conley, J. M. y O'Barr, M. (1998). *Just Words, Law, Language and Power*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Cook, R. y Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género* (trad. Andrea Parra). Bogotá: Profamilia.
- Danet, B. (1980). Language in the Legal Process. *Law and Society Review*, 14 (3), 445-564.

- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- (2000). *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- (2004). La lectura moral y la premisa mayoritarista. En H. Hongju Koh y R. Slye (comps.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Eisgruber, C. L. (1992). Is the Supreme Court an Educative Institution?, N.Y.U.L. Review, (67), 961.
- Fraser, N. (2006). La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación. En N. Fraser y A. Honneth. *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata, Paideia.
- Hayek, F. A. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Hunter, R. (2011). Protección en las fronteras de la ley: exploraciones feministas del acceso a la justicia. En H. Birgin y N. Gherardi (coords.). *La garantía de acceso a la justicia: aporte empíricos y conceptuales*. Fontanara, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- IFE (2012). *Informe sobre la evolución normativa y las medidas afirmativas para la aplicación efectiva de las cuotas de género en el proceso electoral federal 2011-2012*. Disponible en: http://genero.ife.org.mx/docs/ife-event_InfCuotas_ago2012.pdf.
- López Guerra, L. (2000). Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978. En VV. AA. *Mujer y Constitución en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Niembro Ortega, R. (2013). El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano. *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 16 (2), 11-56.
- Olivercrona, K. (1998). *Lenguaje jurídico y realidad* (trad. Ernesto Garzón Valdés), 4ª ed. México: Fontamara.
- Robles Morchón, G. (2009). *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Trotta.
- Saba, R. (2004). (Des)igualdad estructural. En J. Amaya (ed.). *Visiones de la Constitución, 1853-2004*. Buenos Aires: UCES.
- Sandel, M. (2009). *Justice. What's the right thing to do?* London: Penguin Books.
- Siegel, R. B. (2004). Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in constitutional Struggles over Brown. *Harvard Law Review*, 117 (5), 1470-1547.
- Sunstein, C. R. (1996). On the expressive function of law. *University of Pennsylvania Law Review*, 144 (5), 2021-2053.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*. México DF: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- (2014). *Protocolo para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*. México DF: Suprema Corte de Justicia de la Nación.