

# RAZONABILIDAD Y CRITERIOS SOSPECHOSOS. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE PARECEN VIOLAR LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR EN MÉXICO

Suspect Classification and Reasonableness Test.  
Standard for Equal Protection Review in Mexico

MARIO SANTIAGO JUÁREZ<sup>1</sup>  
Universidad Nacional Autónoma de México  
m.santiago.juarez@gmail.com

## *Cómo citar/Citation*

Santiago Juárez, M. (2016).  
Razonabilidad y criterios sospechosos. El análisis de constitucionalidad  
de las normas que parecen violar la prohibición de discriminar en México.  
*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 159-192.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.06>

## **Resumen**

En este trabajo se analiza la metodología usada principalmente por la Suprema Corte de México para resolver asuntos relacionados con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar. La pregunta básica que se intentan resolver es ¿cuál es la lógica con la que se construyen los argumentos judiciales en este tipo de casos? Veremos que, en ocasiones, las sentencias están construidas de forma libre, otras usan el juicio de razonabilidad o utilizan un escrutinio estricto. En otra categoría de senten-

---

<sup>1</sup> Profesor investigador de la Universidad Autónoma del Estado de Tlaxcala. Coordinador de Investigación de i(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, A.C. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel 1.

cias se realiza una ponderación de derechos para resolver el caso. Esto nos lleva a concluir una falta de consistencia en las tesis emitidas por la Corte sobre el tema descrito.

### **Palabras clave**

Razonabilidad; juicio de igualdad; no discriminación; clasificaciones sospechosas.

### **Abstract**

This work analyses the methodology used principally by Supreme Court of Mexico to resolve issues related to the right to equality and prohibition of discrimination. The basic question which is intended to be answered is: What is the legal logic used for construction of legal arguments in these types of cases? It shows that in several occasions the sentences have been constructed by a free form, while others used the judgment of reasonableness or a strict scrutiny. In another category of sentence rights deliberation was realized to resolve the case. This brings us to a conclusion that the Supreme Court of Mexico lacks consistency in its thesis of the above mentioned matters.

### **Keywords**

Reasonableness; equality judgment; no discrimination; suspect classification.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS: 1. Análisis de leyes del ámbito familiar: 1.1. *Custodia de hijos*; 1.2. *Domicilio de los cónyuges separados*; 2. Sustitución y suspensión de penas. Primer antecedente nacional del juicio de igualdad; 3. El análisis de casos fiscales; 4. Análisis de leyes laborales; 5. Análisis de normas que discriminan personas que viven con el Virus de Inmunodeficiencia Humana o VIH; 6. Análisis de las normas que afectan al colectivo de personas lesbianas, gay, bisexuales y transexuales: 6.1. *Rectificación de acta de nacimiento*; 6.2. *Negativa a pareja homosexual de contraer matrimonio*; 7. Libertad para el trabajo. Ejercicio de la medicina; 8. Personas con discapacidad. El viraje de la Corte; 9. Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del D. F. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO 1. SENTENCIAS CITADAS.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es el de analizar los métodos que usan tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Corte), como los tribunales colegiados de circuito, al resolver asuntos jurisdiccionales relacionados con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar<sup>2</sup>. Para ello, se analizaron las sentencias emitidas a partir del 14 de agosto de 2001, fecha en la que se reformó el art. primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución), para introducir la cláusula de no discriminación, pues esta reforma implicó un cambio de paradigma en materia del derecho antidiscriminatorio en México, que pronto tuvo su impacto en las decisiones de la Corte. Todos los casos aquí analizados se relacionan con normas que fueron denunciadas, a través del juicio de amparo, como inconstitucionales por supuestas violaciones a normas de derechos humanos.

Se analizan de forma directa los textos completos de las ejecutorias (engroses), pues es en ellos en donde quedan claros los antecedentes del caso y

---

<sup>2</sup> Según los arts. 192 y 193 de la Ley de Amparo, estos son los únicos tribunales que generan jurisprudencia.

los argumentos del órgano jurisdiccional para llegar a la decisión y establecer los criterios jurisprudenciales. La resolución jurisdiccional de conflictos que involucran derechos humanos es una tarea que merece una metodología especializada. Es así porque al contrastar la norma que se presenta como inconstitucional con la norma constitucional, que contiene principios muchas veces abstractos, hay que tomar en cuenta algunos principios teóricos que no siempre son fáciles de conciliar. Por ejemplo, las normas que son analizadas por un órgano de control de constitucionalidad, deben ser leídas bajo la premisa de que estas emanan de un poder democrático, por lo que se debe presumir su validez<sup>3</sup>. Sin embargo, esta presunción de constitucionalidad no es siempre la misma, pues existen circunstancias especiales que pueden marcar excepciones a la regla general. Si pensamos que las normas emanadas del Congreso pueden, en ocasiones, incumplir con ciertas obligaciones reconocidas en la propia Constitución, podríamos abandonar la presunción de constitucionalidad que le habíamos atribuido<sup>4</sup>. Es el caso de las normas que parecen violar derechos humanos. En estos asuntos el juzgador deberá evaluar el grado de afectación que podría tener la aplicación de la disposición normativa. Para realizar este análisis la Corte ha diseñado una metodología específica, que aquí estudiaremos buscando conocer qué tan consistente ha sido esta y qué resultados ha tenido.

## II. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

El Poder Judicial de la Federación ha emitido algunas decenas de sentencias cuyo eje principal de estudio es el derecho a la igualdad y no discriminación. La gran mayoría de estos casos aquí estudiados son posteriores a 2001, por los motivos ya señalados. En 2004 se introduce una nueva metodología jurisprudencial para realizar análisis de los casos que involucran posibles violaciones al párrafo tercero (hoy párrafo quinto) del art. primero constitucional; sin embargo, la aplicación de dicha metodología no ha sido constante. En unos casos, los tribunales no realizaron el estudio mandado por la Corte; en

<sup>3</sup> Este es un principio clásico del derecho constitucional que tiene su origen, entiendo más remoto, en el famoso art. de Thayer (1894).

<sup>4</sup> Esta idea tiene su fuente en una sentencia histórica de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Nos referimos a la Sentencia *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. (1938), pues en su nota 4, el magistrado Harlan sugiere que cuando la legislación use categorías respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad no merecería la misma deferencia que la gran mayoría de legislación. Ver Hart Ely (1997). El estudio en español más importante es el libro de Ferreres Comella (1997). Sobre esto puede verse también Santiago Juárez (2007: 138 y ss.).

otros, la propia Corte modifica los criterios que deben usarse para el análisis de este tipo de asuntos. En las páginas siguientes realizamos un estudio de las resoluciones del Poder Judicial de la Federación, haciendo énfasis más que en el sentido del fallo, en la forma en la que el juzgador llega a él. Las preguntas que nos hacemos son sencillas: ¿en materia de derecho a la igualdad y no discriminación, cómo se justifican las decisiones?, y ¿cuál es la lógica con la que se construyen los argumentos judiciales en este tipo de casos? Para una mayor claridad en el estudio, dividimos las sentencias por la materia de la que tratan y, en la medida de lo posible, por orden cronológico.

## 1. ANÁLISIS DE LEYES DEL ÁMBITO FAMILIAR

Los primeros casos que estudiaremos están relacionados con el derecho familiar, especialmente con el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en este ámbito. Estos casos se originan por la impugnación que hacen los cónyuges varones a las normas de códigos civiles locales que distinguen de acuerdo al sexo; leyes que normalmente favorecen de alguna manera a la mujer frente al hombre.

### 1.1. Custodia de hijos

Una de las primeras sentencias resueltas con posterioridad a la introducción de la cláusula de no discriminación es la Sentencia del Amparo Directo en Revisión 1529/2003<sup>5</sup>, que tiene como antecedente una demanda de amparo en la que el quejoso argumenta que el art. 310 del Código Civil del Estado de Michoacán es inconstitucional, al establecer las reglas para determinar la custodia de los hijos tras la separación física de los cónyuges, que, a decir del quejoso, es discriminatoria en contra del cónyuge varón<sup>6</sup>. Para la Primera Sala de la Corte, que el art. establezca que debe darse preferencia a la madre para asignarle el cuidado de los hijos menores de 7 años, no constituye una transgresión a la prohibición de igualdad: «[D]ar un trato desigual a la madre y al padre —para efectos de determinar la guardia y custodia de los menores— no entraña un acto discriminatorio», toda vez que no establece una regla que el

<sup>5</sup> Primera Sala. Amparo Directo en Revisión 1529/2003

<sup>6</sup> Art. 310: «Los consortes tuvieren hijos menores de edad, se podrán estos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado. En defecto de ese acuerdo, el juez resolverá provisionalmente, debiendo, en todo caso, quedar al cuidado de la madre los hijos menores de 7 años [...]».

juzgador tenga que adoptar ineludiblemente en todos los casos. La mayoría de los ministros considera que:

[...] si bien el art. 4 constitucional, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria '[...] protegerá la organización y el desarrollo de la familia [...]']; de lo cual se desprende claramente que [...] debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, por consiguiente, a proteger el desarrollo de los menores.

Según el razonamiento vertido en la sentencia, «lo más beneficioso tratándose de niños menores de siete años para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica pudiera ser que queden bajo el cuidado de la madre»<sup>7</sup>. La sentencia no usa una metodología específica para analizar el caso, y su conclusión es más bien inatente. Veamos: en primer lugar, la sentencia se refiere a la obligación constitucional, señalada en el párrafo primero del art. 4, de legislar para proteger la organización y el desarrollo de la familia<sup>8</sup>. De este mandato constitucional, señala la Corte, «se desprende claramente» que se debe buscar el desarrollo de la familia que incluye a los «menores» (niños y niñas). Hasta aquí vamos bien; sin embargo, inmediatamente señala que de esto se concluye que lo mejor para ellos es que «queden en cuidado de la madre». Es en este momento cuando la Corte se pierde, pues da un salto en su razonamiento que podríamos sintetizar así: si la ley busca lo menor para los niños, entonces están mejor con la madre. La Corte no parece percatarse de que lo que se cuestiona con el amparo es, precisamente, si es constitucional presumir que la madre es la que cuida mejor a los hijos. La verdad es que parece que los ministros no pueden ir más allá en su razonamiento y simplemente juzgan de acuerdo con lo que, parece ser, son opiniones personales, juicios de valor y no razonamientos jurídicos<sup>9</sup>. En un asunto similar, Amparo Directo en

<sup>7</sup> Primera Sala. Amparo Directo en Revisión 1529/2003 p. 21 y ss.

<sup>8</sup> Textualmente reza: «El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia».

<sup>9</sup> Es importante señalar que en la Sentencia de Amparo Directo 186/2009, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito arribó a la conclusión contraria a la de la Corte. Señala que el art. 997 del CC de Quintana Roo (que establece que en caso de separación «la custodia corresponderá a la madre [...]»), transgrede la garantía de igualdad prevista en el art. 4 de la Constitución, relativa a que el varón y la mujer son iguales ante la ley. Tesis: XXVII.2o.2 C (9a.), CUSTODIA DEL MENOR. EL ART. 997 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO,

Revisión 2252/2013, la Corte señala: «No existe una presunción de idoneidad absoluta a favor de que la madre detente dicha guarda y custodia, ante lo cual, el juzgador deberá adoptar en el caso en concreto la decisión que no solo sea menos perjudicial, sino la que sea más benéfica para el desarrollo integral del menor»<sup>10</sup>. Sin demasiada claridad, la Corte sentencia que:

En caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se debe escoger aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en el texto constitucional a fin de permitir la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que podría provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma<sup>11</sup>.

Digamos que, «para salvar» la constitucionalidad de la norma, la Corte invoca el principio de interpretación conforme<sup>12</sup>. Sin embargo, desde nuestro punto de vista este principio está metido con calzador, pues en este caso no hay aquí varias interpretaciones posibles. La desigualdad normativa es patente, así que la pregunta que responder debió consistir en si aquella tiene alguna justificación constitucional o no. El ministro Cossío lo pone de manifiesto en su voto particular: «Difiero [...] de este proceder, ya que a mi juicio, al tratarse de una norma jurídica que establece una distinción basada exclusivamente en el sexo, debía haberse analizado la disposición con mucho mayor rigor»<sup>13</sup>. Es decir, debió aplicarse el escrutinio estricto. Para él, «no existe evidencia biológica para concluir que sería más benéfico para un menor permanecer al lado de su madre en el caso de que sus padres decidan interrumpir la cohabitación»<sup>14</sup>. Cossío, incluso, califica a esto como «el (ab)uso de la interpretación conforme»:

El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución consiste en la apreciación de que una ley no ha de ser declarada nula o inaplicarse cuando pueda

---

VIGENTE HASTA EL 10 DEL DICIEMBRE DE 2010, QUE ESTABLECE UNA PRERROGATIVA. 162393. XXVII.20.2 C. TCC. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. T. XXXIII, abril de 2011, p. 1294.

<sup>10</sup> Primera Sala ADR 2252/2013, p. 38. La Corte estudia la constitucionalidad del art. 260 del CC de Sinaloa, que establece que en caso de divorcio los hijos e hijas menores de siete años se mantendrán al cuidado de la madre.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>12</sup> Este es un principio de viejo cuño. La Corte Suprema de Estados Unidos lo ha empleado en sentencias que datan de principios del siglo XX. Sobre esto ver Evans Hughes (1946).

<sup>13</sup> Voto particular José Ramón Cossío. Primera Sala ADR 2252/2013, p. 11.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 13

ser interpretada en consonancia con la Constitución. Para ello, se aplica una técnica de selección... escogiendo el significado acorde (o más acorde) con la Constitución y rechazando aquellos que la vulneran. ¿Qué presupuesto ineludible tiene la utilización de esta técnica? Que exista, al menos, una posibilidad interpretativa que sea constitucional<sup>15</sup>.

Lo señalado en el art. 260 del Código Civil de Sinaloa, destaca Cossío, no puede leerse de otra manera que como «una regla de preferencia maternal en la custodia con excepciones específicas —algunas de estas frontalmente vagas y discriminatorias— que no garantiza el interés superior de la niñez ni respeta el derecho a la igualdad»<sup>16</sup>. Desde nuestro punto de vista, lo que hace esta sentencia es perpetuar los estereotipos de género, más que favorecer a la mujer<sup>17</sup>.

### 1.2. Domicilio de los cónyuges separados

Otro tema polémico es estudiado ahora por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito en el juicio de Amparo en Revisión 568/2004, al que se le cuestiona por la constitucionalidad de los arts. 166, 167, párrafo primero y segundo, y 173, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León<sup>18</sup>. La norma obliga al cónyuge varón a abandonar el domicilio conyugal, si este último se señala como lugar para el «depósito de la mujer». El hombre, además, debe abstenerse de concurrir a aquel mientras la medida subsista.<sup>19</sup> Para el tribunal, la legislación del Estado:

[...] establece para el caso de la separación provisional, en inicio y sin destacar justificación alguna, que la mujer tiene derecho preferente de permanecer en dicho

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 16. Véase: Caballero Ochoa (2013).

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>17</sup> Esto está muy estudiado por la teoría en otras latitudes. En España puede verse por ejemplo el excelente art. de Rey Martínez (2010).

<sup>18</sup> AR 568/2004, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito.

<sup>19</sup> Art. 167: «La mujer continuará habitando el domicilio conyugal, preferentemente; pero podrá escoger en su derecho, un lugar diferente. Sin embargo, si el solicitante fuere el varón, tomando en cuenta siempre el superior interés de los menores si los hubiere, el juez determinará o decretará quién de los cónyuges permanecerá en el domicilio conyugal. Esta resolución no admitirá recurso alguno». El art. 173 señala: «La casa donde se encuentre el cónyuge que haya pedido su separación provisional, será preferentemente escogida por este y en su defecto, el juez la designará, cuidando que si la mujer fue quien la solicitó, continúe en el domicilio conyugal y de no ser posible esto, señalar la casa de personas de notoria honorabilidad y buenas costumbres».



domicilio, mientras que el segundo párrafo, para el caso del varón, otorga diversa solución para el mismo supuesto, es decir, el interés de los hijos menores de edad [...] la hipótesis normativa reclamada sí otorga un trato desigual que al no estar razonado en cualidad propia de cada uno de los géneros, implica la discriminación que prohíbe la garantía de igualdad jurídica que entre varón y mujer consagra el art. 4 de la Constitución...»<sup>20</sup>.

Para llegar a esta conclusión, el tribunal estudia la exposición de motivos de la iniciativa de reformas al Código de Procedimientos Civiles comentado, así como el dictamen que el Congreso del Estado realiza sobre la iniciativa presentada. Finalmente, la resolución estable que:

[...] el legislador no expuso consideración del por qué [la norma] se expedía en tales términos, es decir, bajo el distingo de que la mujer tiene derecho preferente de quedarse en el domicilio conyugal, mientras que para el varón que solicite la medida, se atempera la decisión en base al mejor beneficio para los hijos menores de edad<sup>21</sup>.

El análisis de los magistrados está entonces vinculado con la justificación de la diferenciación, y declaran que la norma «evidencia una discriminación por el sexo de las personas, y no una distinción justificada o razonada de lo que a cada género corresponde por su propia naturaleza [...]»<sup>22</sup>. Por tanto, de forma unánime, se ampara al varón en contra de la aplicación de la Ley. Lo dicho por el tribunal es cierto: el legislador no justifica la diferenciación; sin embargo, sostenemos que aunque la intentara razonar, seguiría siendo discriminatoria, más allá del ejercicio que el legislador debe hacer para justificar la distinción. Lo verdaderamente importante, como veremos más adelante, es que la distinción sea razonable (no simplemente razonada); es decir, que la ley tenga un propósito constitucional, que exista vínculo entre los fines y los medios y finalmente que sea proporcional.

## 2. SUSTITUCIÓN Y SUSPENSIÓN DE PENAS. PRIMER ANTECEDENTE NACIONAL DEL JUICIO DE IGUALDAD

En la Sentencia del juicio de Amparo Directo en Revisión 988/2004, la Primera Sala introduce en México el juicio de igualdad. Veamos los antecedentes: en la demanda de amparo se argumenta que los arts. 70 y 90

<sup>20</sup> AR 568/2004, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, p. 170.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 191 y 192.

del Código Penal Federal violan, entre otros, el art. 1 constitucional, al establecer beneficios de sustitución y suspensión de las penas para sentenciados que cumplan ciertos requisitos. Para la sustitución, se requiere que la persona que pretenda ser beneficiada no haya sido condenada anteriormente en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Para la suspensión, entre otros requisitos, es indispensable que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años. Según los argumentos de la demanda de amparo, al establecer diferencias entre las personas de acuerdo con la calidad de primo delincuente, y al de la temporalidad de la pena, violan el derecho a la igualdad, pues las personas que no cumplan con los requisitos exigidos no podrán acceder a los beneficios señalados. La Corte, antes de comenzar su estudio, deja clara la siguiente premisa: la clasificación legislativa es inevitable, pues todas las normas establecen las categorías de personas a las que se dirigen aquellas. La prohibición constitucional de discriminar «no implica que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa»<sup>23</sup>. Después de esto emprende un estudio que llama de *racionalidad*. En la sentencia, los ministros explican que la «Constitución obliga al juez constitucional a someter la labor legislativa a un escrutinio de igualdad meramente ordinario». Textualmente señala:

Esto es así porque los art.s impugnados «no afectan derechos fundamentales de los individuos», y tampoco estamos ante normas que establezcan clasificaciones entre los ciudadanos sobre la base de los criterios mencionados [...] Nos encontramos con disposiciones legales que afectan una materia en la cual el legislativo goza de un amplio margen de decisión, y lo único que el respeto al principio de igualdad exige es que las distinciones introducidas por el legislador se vinculen con una finalidad constitucionalmente admisible, que estén racionalmente conectadas con ese fin, y que no incurran en desproporciones groseras en términos de los bienes y derechos afectados<sup>24</sup>.

El criterio parece ser el siguiente: cuando la norma impugnada no parezca violar la cláusula antidiscriminatoria del art. 1 constitucional, se usará para el análisis un examen de racionalidad. Así, la Primera Sala señala que:

[...] ante un caso en el que la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, [la Corte] debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitu-

<sup>23</sup> ADR 988/2004, Primera Sala, 22.

<sup>24</sup> AR 988/2004, Primera Sala, síntesis, p. V.

cionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida... En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador... En tercer lugar, la medida legislativa debe cumplir el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional [...]»<sup>25</sup>.

El juez debe cuidar que exista un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida. La Corte es consciente de que no le corresponde al juez la apreciación de si la distinción realizada por el legislador es la medida más óptima y oportuna para alcanzar el fin deseado; ello exigiría aplicar criterios de oportunidad política cuyo uso es totalmente ajeno a la competencia jurisdiccional de la Corte, pues lo que la garantía constitucional de la igualdad exige es, en definitiva, que la persecución de un objetivo constitucionalmente válido no se haga a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos<sup>26</sup>. Por último, señala, el juez debe cuidar que la clasificación no distinga usando los criterios prohibidos por el art. primero constitucional, o que incurra en cualquier otra «que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas». En estos casos el juez constitucional tendría que realizar un examen más riguroso. A la primera cuestión, la Primera Sala responde que la medida es enteramente razonable<sup>27</sup>, pues el juez puede otorgar los beneficios cuando la readaptación social parece probable. Las dos preguntas siguientes son respondidas también de forma afirmativa: los requisitos legales parecen estar claramente en una relación de medio-fin con el objetivo que la ley persigue, sin que la Corte pueda apreciar que afecten desproporcionadamente a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Llama la atención que la Corte establezca los criterios de aplicación de un estudio estricto en los casos en los que exista una posible violación de la prohibición de discriminar, no obstante que en el caso concreto no estamos ante un asunto con estas características. Esto nos hace pensar que la Corte, con el afán de introducir el uso de los criterios sospechosos y del

<sup>25</sup> *Ibid.*, Síntesis, p. VIII.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>27</sup> Determinar qué debemos entender por razonable no es tarea sencilla. En derecho, sostenemos, lo razonable debe estar relacionado con la justicia. Es por ello que para Laporta las diferencias serán «razonables» cuando estas sean moralmente relevantes, es decir, si son recogidas como tales en principios morales. Laporta (1985: 14 y 18).

escrutinio estricto, adelanta estos criterios para la resolución de otros casos en donde el uso de los nuevos criterios sea más adecuado.

### 3. EL ANÁLISIS DE CASOS FISCALES

Si bien, como vimos, es la Sentencia del Amparo en Revisión 988/2004 la que introduce el juicio de razonabilidad, es en los casos fiscales en donde la tesis se consolida para convertirse en jurisprudencia. En ninguno de estos casos, sin embargo, se utiliza un criterio estricto de constitucionalidad, pues, según la Corte, el Estado tiene un amplio margen de actuación respaldado por la Constitución, por lo que opera el principio de presunción de constitucionalidad de la norma.

Pues bien, tras la Sentencia 988/2004 citada, la Primera Sala comienza a usar el juicio de igualdad cuando conoce sobre normas que se señalan como contrarias a este derecho. Solo un mes después del caso antes analizado, la Primera Sala emite sentencia definitiva vinculada al amparo en revisión 1629/2005, que denuncia la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 7 de la Ley del Impuesto al Activo. Se aduce que a través de estas normas, que eximen del pago de determinados impuestos y otorgan facilidades administrativas a diversos contribuyentes, se transgreden en su perjuicio los arts. 1 y 31, fracción IV, de la Constitución. Para decidir la demanda de amparo, la Primera Sala deja claro que usará el juicio de igualdad establecido en la Sentencia 988/2004. Como en esta última, reafirma el principio de deferencia al legislador, pues en materia económica y tributaria «por regla general, el análisis debe ser *poco estricto*, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador [...] en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado». Y agrega que «un control muy estricto llevaría al juez constitucional a sustituir la función legislativa del Congreso —o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo—, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o resultan necesarias»<sup>28</sup>.

Las preguntas que pretende responder son las siguientes: ¿la clasificación legislativa del art. 1 de la Ley del Impuesto al Activo es objetiva y razonable?<sup>29</sup>, ¿existe una relación de adecuación entre los fines perseguidos por el legislador y los medios escogidos por este?, y ¿los medios son proporcionales o se establece una afectación abiertamente innecesaria? Sí, señala la Corte: la finalidad

<sup>28</sup> ADR 1629/2005 Primera Sala, p. 65.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 58.

esgrimida por el poder ejecutivo en el decreto reclamado es objetiva y válida desde un punto de vista constitucional, pues el Ejecutivo pretende generar «una mayor inversión en activos productivos, y un crecimiento en la creación de empleos, así como seguir impulsando a pequeños y medianos empresarios». La Corte analiza si la medida tomada para ello —el establecimiento de una eximente para el pago del gravamen, aunque la parte considerativa del decreto señale que se trata de una exención— es racional. Se busca —de manera racional— que estos recursos sean inyectados nuevamente a la economía, sea directamente en la empresa o, por vía indirecta, en otros factores productivos. En consecuencia, se concluye que la medida establecida por el decreto sí es acorde con sus finalidades<sup>30</sup>. Además, no se afectan de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución<sup>31</sup>. La Corte evalúa la norma respetando la labor legislativa del Congreso, y sin usar el escrutinio estricto declara constitucional la norma. En varios asuntos fiscales similares la Primera Sala usa idénticos criterios para considerar las diferentes normas impugnadas como constitucionales<sup>32</sup>.

#### 4. ANÁLISIS DE LEYES LABORALES

En los asuntos laborales es notoria la ausencia de las tesis de la Corte sobre el juicio de razonabilidad, así como del uso de un escrutinio estricto. Estos casos son resueltos sobre todo por los tribunales colegiados que están obligados a cumplir con la jurisprudencia.

El Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, en su Sentencia de Amparo Directo 383/2005, estudia la constitucionalidad de un laudo arbitral fallado por una junta federal de conciliación y arbitraje en Nuevo León<sup>33</sup>. El tribunal, interpretando la cláusula de no discriminación, otorga el amparo a un hombre viudo que alegaba discriminación por razón de género, toda vez que en su resolución la Junta (aplicando art. 130 de la Ley del Seguro Social

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>31</sup> «Los parámetros indicados resultan objetivos y no generan la desigualdad señalada por la quejosa, máxime cuando se trata de una liberación del pago en donde se pretende solucionar una problemática especial y extraordinaria» (*ibid.*, pp. 88 y 89).

<sup>32</sup> Las siguientes sentencias de amparo usaron los mismos razonamientos que la sentencia AR 1629/2005: AR 459/2006, AR 846/2006, AR 312/2007, AR 514/2007, AR 1207/2006, AR 1260/2006, AR 1351/2006 y AR 1700/2006. Todas resueltas por la PS.

<sup>33</sup> Junta Especial Número Diecinueve de la Federal de Conciliación y Arbitraje en Nuevo León. La Segunda Sala de la Corte se pronunció sobre la misma norma (130 de la LSS) en la sentencia AR 664/2008 en el mismo sentido.

(LSS), que exige mayores requisitos para recibir la pensión por viudez cuando es el varón el que la solicita, que cuando la viuda es la beneficiaria)<sup>34</sup>, había negado la pensión correspondiente. Situación que, a juicio del ciudadano, contradecía el art. 4 constitucional que prohíbe hacer diferencias entre la mujer y el varón. El tribunal falló a favor del viudo, señalando que: «Los particulares, al encontrarse en una misma situación, deben ser tratados de la misma forma». Esto se traduce «en la seguridad de no tener que privarle de un beneficio o bien soportar un perjuicio desigual e injustificado, ya que de acontecer esto último, se traduciría en una desigualdad jurídica»<sup>35</sup>.

Esta resolución, aunque llega a una solución correcta (cuando menos desde nuestro punto de vista), no parece justificar demasiado bien sus argumentos. No aplica la tesis, en ese momento aislada, de la Sentencia 988/2004. El argumento es un tanto lacónico: el principio de igualdad implica la «seguridad de no tener que privarle de un beneficio o bien soportar un perjuicio desigual e injustificado». En definitiva, hubiera sido deseable que el tribunal fuera más allá, intentando explorar qué debemos entender por «perjuicio injustificado».

## 5. ANÁLISIS DE NORMAS QUE DISCRIMINAN PERSONAS QUE VIVEN CON EL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA O VIH

Las sentencias más paradigmáticas sobre la cláusula de no discriminación, están relacionadas con la distinción por motivos de salud. La Corte (esta vez en pleno), al conocer sobre el Amparo en Revisión 307/2007, declara inconstitucional la fracción 45, segunda categoría, del art. 226 de la Ley del Instituto de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (en adelante LISSFA), que señalaba como causal de baja por inutilidad del ejército el que los militares en servicio contaran seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias. Se alegó en los agravios que dichas normas vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación, porque establecen una diferenciación no justificada entre los militares seropositivos al VIH y los militares «sanos», y porque no distinguen entre portadores de VIH y personas que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

<sup>34</sup> Tanto la LSS como el contrato colectivo de trabajo, establecen para el caso del varón haber probado en el procedimiento laboral, «estar incapacitado totalmente» y haber sido «dependiente económico de la trabajadora».

<sup>35</sup> AD 383/2005, Tercer Tribunal Colegiado del Trabajo del Cuarto Circuito, p. 81.

El quejoso señala que se violan en su perjuicio los derechos contenidos en el art. 1, párrafos primero y tercero; art. 4, párrafo tercero; así como el art. 14, párrafo segundo. Para la Corte, las Fuerzas Armadas se encuentran en un «régimen especial o de excepción», en razón de la importancia de su eficaz funcionamiento para la sociedad mexicana. Las relaciones de sujeción especial actúan como sustento legitimador para «limitar —en cierta medida— las garantías constitucionales de los individuos, por razones de carácter funcional, en los casos en que su posición institucional dentro del aparato del Estado así lo justifique (servidores públicos, militares, reclusos, entre otros)»<sup>36</sup>. No obstante lo anterior, de manera un tanto ambivalente, la Corte reconoce que la legislación en materia castrense está limitada por la Constitución, lo que incluye la obligación de respetar el contenido de las garantías de igualdad y de no discriminación del art. primero constitucional, por lo que en el caso concreto será menester establecer si la clasificación legislativa es contraria a la prohibición de discriminar.

Según el criterio mayoritario se ponderan principios constitucionales. Por un lado, el de «eficacia de las Fuerzas Armadas y protección de la integridad de sus miembros», contenido en los arts. 13, 31, 32 y 123, apartado B, fracción XIII y, por otro, el de «igualdad y no discriminación por razón de salud»<sup>37</sup>, consagrado principalmente en los arts. 1 y 4 constitucionales. Una norma constitucional, establece la sentencia, no puede dejar sin efectos el contenido de otra; es por ello que cuando dos o más normas constitucionales interpretadas literal y aisladamente se contradicen, es preciso armonizar y balancear ambas disposiciones, con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia en alguna medida. Así, tratándose de conflictos entre normas constitucionales, el legislador debe actuar de manera acorde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, lo que implica que la limitación de una garantía constitucional por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo, y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> AR 307/2007, Pleno, p. 51.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 65.

Tras dejar esto claro, la Corte estudia la «razonabilidad y proporcionalidad» de la norma impugnada. En cuanto al primer punto se establece que el legislador pretendió «perseguir, en principio, una finalidad constitucionalmente legítima, que se traduce en garantizar la eficacia de las Fuerzas Armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas». Sin embargo, la diferenciación legal es inadecuada para alcanzar dicha finalidad constitucional legítima, porque la ciencia médica ha demostrado la inexactitud en la idea de que los militares que viven con VIH «son inútiles y están incapacitados per se para formar parte del Ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana —VIH— confirmada con pruebas suplementarias»<sup>39</sup>. La diferenciación legal, agrega, es desproporcional «porque es innecesaria para alcanzar la finalidad legítima perseguida, en razón a que existen alternativas a disposición del legislador para limitar, en todo caso, en menor grado (sin nulificar) las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud»<sup>40</sup>. La Corte considera que el retiro automático «es una medida desproporcionada que, por ende, resulta contraria a los principios de igualdad y de no discriminación por razón de salud constitucionalmente reconocidos»<sup>41</sup>. Finalmente, la mayoría de los ministros coincide en que la clasificación del legislador, carece de razonabilidad jurídica: «No existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el VIH». Vivir con VIH no implica incapacidad o riesgo de contagio en el ejercicio de las distintas funciones de las fuerzas armadas. Por tanto, la Corte declara la inconstitucionalidad del art. 226, segunda categoría, inciso 45 de la LISSFA<sup>42</sup>. Lo criticable de la sentencia, más que el sentido de la misma, es la técnica usada para el fallo; en realidad, como señaló el ministro Cossío en su voto concurrente, la Suprema Corte no se enfrentaba a una colisión de derechos, pues la eficacia de las fuerzas armadas no puede ser considerada un derecho constitucional, mucho menos un derecho que deba ser contrastado. Más adelante ahondaremos sobre este tema.

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>42</sup> La metodología usada en esta sentencia fue aplicada también en los siguientes amparos que impugnaron las mismas normas: AR 2146/2005, AR 810/2007, AR, 1285/2007, AR 1659/2007. Todos resueltos por el Pleno de la Corte.



## 6. ANÁLISIS DE LAS NORMAS QUE AFECTAN AL COLECTIVO DE PERSONAS LESBIANAS, GAY, BISEXUALES Y TRANSEXUALES

Estos casos versan sobre la noción de dignidad, el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad (rectificación de acta de nacimiento), así como el derecho a gozar de igualdad en la ley (matrimonio entre personas del mismo sexo). En la acción de inconstitucionalidad 2/2010 la Corte analiza una norma que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México<sup>43</sup>; sin embargo, poco tiempo después, tiene la oportunidad de analizar la constitucionalidad de las normas civiles que no permiten este tipo de matrimonios. Es en estos casos en donde se consolida el uso del escrutinio estricto para las normas que parecen violar la prohibición de discriminación. De ahí su trascendencia para nosotros.

### 6.1. Rectificación de acta de nacimiento

El asunto se origina con la petición de una persona para que sea modificado su nombre y el género de su acta de nacimiento<sup>44</sup>. En la demanda se narra que el 14 de febrero de 1968 es registrada en el Registro Civil como de sexo masculino, con un nombre del mismo género. Sin embargo, su identidad «sexo-genérica o su sentido de pertenencia a un género determinado», es el de una mujer, y «siempre ha sido así». Su rol de género, en el ámbito privado y público, es el de una mujer<sup>45</sup>. En virtud de esto, consideró indispensable que se le expidiera una nueva acta de nacimiento cuyo nombre y sexo correspondieran a su identidad y realidad social. Para ello, demandó vía juicio ordinario civil de «rectificación de acta». En su demanda, solicitó que no se «publicara, ni expidiera constancia alguna que revelara la condición de su personas y se levantara una nueva acta»<sup>46</sup>. El juez de primera instancia, ordenó «rectificar» el acta de nacimiento de la demandante y «asentar, mediante una anotación

---

<sup>43</sup> Por razones de espacio no podemos analizar a profundidad la Sentencia de la A. de Inc. 2/2010, en donde se declara la constitucionalidad del art. 146 del CC del DF, que se modifica para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo (A. de Inc. 2/2010, p. 83).

<sup>44</sup> AD Civil 6/2008-PS relacionado con la facultad de atracción 3/2008.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 4.

marginal, el cambio de nombre y de sexo»<sup>47</sup>. Lo que implica dejar constancia pública de dichos cambios<sup>48</sup>.

Descontenta con esta resolución, promovió apelación en contra de la sentencia definitiva ante una Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la cual confirmó la sentencia de primera instancia. Inconforme de nuevo, acudió al juicio de amparo (ante un juez federal), señalando que la sentencia era inconstitucional, toda vez que el art. 138 en el que se fundamenta, viola los principios de igualdad y no discriminación, así como los derechos a la dignidad y a la salud. En la demanda, hace notar que para casos análogos, como en la adopción, una vez hecha la anotación respectiva en el acta, se prevé expresamente que no se publique ni se expida constancia alguna que revele el origen de la persona o su condición y se emita una nueva acta de nacimiento<sup>49</sup>. La adopción y el reconocimiento de hijo, es consciente, son instituciones distintas al cambio de nombre y sexo; sin embargo, en ambos casos se debería privilegiar el derecho a la privacidad. Por lo que concluye que no hay razón que justifique una regulación jurídica distinta: el art. 138 genera una situación de desigualdad, violando la cláusula de no discriminación del párrafo quinto del art. 1 constitucional.

En todo caso, alega, la inscripción de la rectificación contraviene el derecho a la privacidad, pues la revelación de la condición de transexualidad compete exclusivamente a la esfera privada. También considera que se viola su derecho a la salud, pues «al evidenciar la condición de transexual, impide [...] que el individuo alcance un pleno estado de salud, por estar potencialmente sujeto a ser discriminado en todos los actos públicos y privados que requieran la presentación del acta registral». Por lo que «se le impide irrazonablemente alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida y escoger aquellas opciones que den sentido a su existencia»<sup>50</sup>. El pleno de la Corte, al analizar el caso, realiza un estudio de los derechos que considera están involucrados en este asunto, listándolos en el siguiente orden: dignidad humana, igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad, derecho a la vida privada y a la propia

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>48</sup> Esto lo fundamentó con el art. 138 del CC del DF, que establecía que la sentencia que cause ejecutoria se comunicará al juez del Registro Civil y «este hará una referencia de ella al margen del acta impugnada, sea que el fallo conceda o niegue la rectificación».

<sup>49</sup> Art. 87: «En caso de adopción, a partir del levantamiento del acta, se harán las anotaciones en el acta de nacimiento originaria, la cual quedará reservada. No se publicará ni se expedirá constancia alguna que revele el origen del adoptado ni su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio. del entonces Reglamento del Código Civil del DF».

<sup>50</sup> AD Civil 6/2008-PS, p. 54.

imagen, libre desarrollo de la personalidad humana y derecho a la salud<sup>51</sup>. La dignidad humana engloba para la Corte, entre otros, los derechos a la intimidad y a la propia imagen. La intimidad implica el derecho a que ciertos aspectos de nuestra vida, no sean conocidos: «Es el reconocimiento del ámbito propio y reservado del individuo ante los demás, sean poderes públicos o particulares, que le garanticen el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona o familia, sus pensamientos o sentimientos»<sup>52</sup>. El derecho a la propia imagen, por su parte, implica para la Corte: «La imagen que uno conserva de uno mismo para mostrarse a los demás y que, como tal, gran parte de la doctrina ubica, a su vez, dentro del derecho a la intimidad, constituyéndose como derechos personalísimos, pertenecientes al ámbito propio de ser humano, fuera de la injerencia de personas extrañas. El individuo tiene el derecho de decidir, en forma libre, sobre su propia imagen».

La igualdad, establece, «se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico. Tal principio, añade, «implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad». La sentencia no responde con claridad por qué en el caso concreto se violó cada uno de estos derechos; sin embargo, toma como centro de su razonamiento el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y de ahí parte en la construcción de sus argumentos. Además, se realiza un somero análisis del derecho comparado. Demostrando con ello la tendencia internacional a «aceptar que las personas transexuales, dada su especial condición, deben tener una mayor protección, en lo que toca a ciertos derechos fundamentales, para lo cual se dará prevalencia al sexo psicosexual y no al morfológico»<sup>53</sup>. Tras lo anterior, el tribunal en pleno considera que asiste la razón a la demandante, declarando inconstitucional la sentencia, conforme a los razonamientos que siguen.

La «compleja naturaleza humana» lleva a que cada individuo presente una vivencia particular acerca de su identidad de género y, a partir de esta, desarrolle su personalidad. «El derecho al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el reconocimiento al derecho a la identidad sexual y a la identidad de género [...]»<sup>54</sup>. Así, considera que «las personas que han logra-

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>52</sup> AD Civil 6/2008-PS, p. 121.

<sup>53</sup> En el que se cita la ley sueca del 21 de abril de 1972, la alemana del 11 de agosto de 1980, la Ley italiana 164 del 14 de abril 1982, la Ley 3/2007 española, entre otras, así como la Sentencia Christine Goodwin vs. Reino Unido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*ibid.*, p. 126 y ss.).

<sup>54</sup> AD Civil 6/2008-PS, p. 135.

do la reasignación de sexo» necesitan alcanzar un «equilibrio o armonía entre cuerpo y su psique» y, por ende, «un estado de bienestar general». Para ello, es necesario adecuar «su sexo legal al sexo con el cual se identifica y no al biológico con el que fue registrado inicialmente». De esta forma, la Corte vincula este derecho con el de la salud, que comprende «la salud mental o psíquica y que, a su vez, implica la salud sexual», pues es un hecho innegable que hasta en las más simples actividades de su vida, estaría obligada a mostrar documentos que «revelarán su condición de persona transexual», lo que tendría «efecto sobre su estado emocional o mental»<sup>55</sup>. Por esto, añade, debe reconocerse el carácter preeminente al sexo psicosocial, frente al morfológico. La Corte considera entonces que la sentencia es inconstitucional, por lo que concede el amparo para el efecto de que la Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia deje sin efectos la sentencia reclamada.

Para efectos de este estudio, es importante hacer notar que la Corte no utiliza ninguna de las tesis sobre el estudio que se debe hacer de las normas que parecen violar la prohibición constitucional de discriminar. El estudio de la misma más bien obedece a la interpretación directa de lo que debe entenderse por los derechos humanos que parecen estar comprometidos en la aplicación del art. 138 del Código Civil. Esto se explica por el hecho de que es el pleno de la Corte y no la Primera Sala el que resuelve el asunto, pues como vimos los precedentes relacionados con el juicio de razonabilidad surgen de dicha sala.

## 6.2. *Negativa a pareja homosexual de contraer matrimonio*

El 10 de agosto de 2011, la Primera Sala resuelve en la Sentencia Amparo en Revisión 581/2012<sup>56</sup>, de nueva cuenta, un caso relacionado con el matrimonio entre personas del mismo sexo. El caso tiene origen en la negativa a la solicitud para contraer matrimonio a una pareja de mujeres. El primer oficial del Registro Civil del Estado de Oaxaca firma la negativa con fundamento en el art. 143 del CC del Estado, que señala: «El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida». Tras esto, la pareja presenta una demanda de amparo ante un juez federal<sup>57</sup>, en donde alegaba que el legislador incurrió en una omisión al no regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. El juez, en la sentencia definitiva, concede el amparo

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>56</sup> AR 581/2012, Pleno. El mismo criterio es usado en la Sentencia de amparo indirecto 1157/2013 del Juzgado Tercero de Distrito en Guanajuato.

<sup>57</sup> Juez segundo de distrito en el estado de Oaxaca.

en contra de dicha negativa. Como consecuencia, el Congreso, el Gobierno y el Registro Civil (instituciones estatales), interpusieron la revisión en contra de la sentencia señalada. Finalmente, la revisión fue atraída por la Corte<sup>58</sup>. En primera instancia, esta recuerda los criterios con los que debe realizarse el estudio de la norma. Así, señala que, en los casos en los que se reclame «la inconstitucionalidad de una ley por *exclusión tácita* de una categoría de personas de un determinado régimen jurídico o beneficio ese argumento debe analizarse a la luz del principio de igualdad»<sup>59</sup>. Partiendo de esta premisa, la Primera Sala decide realizar un escrutinio de constitucionalidad estricto, que justifica así:

- a) «Una distinción [legislativa] se basa en una categoría sospechosa cuando utiliza alguno de los criterios de los enunciados en el último párrafo del art. primero constitucional»;
- b) el uso de estas categorías debe estudiarse con mayor rigor, pues existe una presunción de inconstitucionalidad;
- c) el art. impugnado «distingue implícitamente entre las parejas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo: a las primeras se les está permitido el acceso al matrimonio, mientras las segundas no tienen esa posibilidad [...]».

De esta forma, la Primera Sala concluye que debe aplicar un escrutinio estricto de constitucionalidad, en el que estudia en primer lugar si existe una finalidad constitucional imperiosa: «Debe exigirse que la finalidad tenga un apoyo constitucional claro: debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante». En segundo término, debe analizarse si la distinción legislativa está encaminada a la «consecución de la finalidad». Finalmente, debe cerciorarse de que la distinción legislativa es la medida menos restrictiva posible para conseguir la finalidad constitucional. Así, parece que la Primera Sala perfila su decisión, pues inmediatamente estudia la norma a la luz de los criterios anunciados anteriormente. En primer lugar, estima que la norma sí persigue una finalidad imperiosa, toda vez que el art. 4 constitucional impone al legislador la obligación de proteger «la organización y el desarrollo de la familia». La protección de la familia, agrega, no solo es una finalidad legítima para el legislador, sino una finalidad constitucionalmente ordenada<sup>60</sup>. Se pregunta enseguida si la distinción está directamente conectada con la finalidad normativa, y se responde: esta Primera Sala «estima que la distinción que realiza el art. 143 del

<sup>58</sup> Facultad de atracción 202/2012.

<sup>59</sup> AR 581/2012, Pleno, p. 29.

<sup>60</sup> AR 581/2012, Pleno, p. 36.

CC del Estado de Oaxaca con apoyo en la categoría sospechosa de las preferencias sexuales no está directamente conectada con el mandato de protección de la familia [...]»<sup>61</sup> Por todo lo anterior, la sentencia concluye que, no puede considerarse constitucional la norma porque se estaría «avalando una decisión basada en prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales». Así, se declara inconstitucional el art. 143 en la «porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es perpetuar la especie y debe hacerse una interpretación conforme de la expresión *un solo hombre y una sola mujer* para entender que ese acuerdo de voluntades se celebra entre dos personas»<sup>62</sup>. La ley impugnada, concluye la Corte, al hacer una distinción con base en la preferencia sexual de las personas, que se traduce en la exclusión arbitraria de las parejas homosexuales del acceso a la institución matrimonial, constituye una medida legislativa discriminatoria. Esta sentencia inaugura la aplicación del escrutinio estricto de constitucionalidad, pues aunque este es anunciado desde la Sentencia 988/2004 no se había empleado.

## 7. LIBERTAD PARA EL TRABAJO. EJERCICIO DE LA MEDICINA

La Primera Sala en la Sentencia Amparo en Revisión 173/2008, hace un análisis del art. 271, párrafo segundo de la Ley General de Salud que señala que obliga a que los médicos que realicen cirugías estéticas cuenten con la especialidad señalada en la norma reglamentaria<sup>63</sup>. El demandante afirmó que desde que obtuvo su título como médico cirujano (médico general) realizó cirugías estéticas y cosméticas relacionadas con el cambio o corrección del contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara o cuerpo y que, para la realización de estos procedimientos médicos, no necesitaba la autori-

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>63</sup> Párrafo segundo del art. 271 de la Ley General de Salud: «Cualquier cirugía estética y cosmética relacionada con cambiar o corregir el contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara y del cuerpo, deberán efectuarse en establecimientos o unidades médicas con licencia sanitaria vigente, atendidos por profesionales de la salud de conformidad con lo que establece el art. 81 y se encuentren autorizados por la Secretaría de Salud conforme al reglamento correspondiente». «Art. 81. Las autoridades educativas registrarán los certificados de especialización en materia de salud que expidan las instituciones de enseñanza superior o las instituciones de salud reconocidas oficialmente [...]».

zación de ninguna autoridad sanitaria federal, sino la sola titularidad de su cédula profesional<sup>64</sup>.

Para el estudio del caso, la Primera Sala establece en primer lugar que el propio art. 5 constitucional reza: «La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo». Asimismo, afirma que, atendiendo al art. 73 constitucional, la federación tiene la facultad de legislar en materia de salubridad general. Aunado a esto señala que, el Congreso, en cumplimiento del art. 4 constitucional, tiene la obligación de legislar para proteger la salud de las personas:<sup>65</sup> «Es evidente que los servicios profesionales médicos, que tienen un impacto directo en las condiciones de acceso de los ciudadanos a su derecho a la protección de la salud, deben ser susceptibles de ser regulados mediante leyes federales [...]»<sup>66</sup>. Está claro entonces que el legislador «está facultado para regular el derecho al trabajo para determinar su contenido y delimitar sus alcances, pero siempre bajo condiciones dignas y justas». No obstante, agrega que para que las medidas emitidas por el legislador ordinario que regulan una restricción prevista constitucionalmente a un derecho fundamental sean válidas, deben satisfacer en principio, los siguientes requisitos<sup>67</sup>: a) que la restricción reglamentada por el legislador debe ser admisible en la Constitución; b) que la medida legislativa debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, y c) que sea proporcional. La medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales<sup>68</sup>. La respuesta es bastante predecible, pues al escoger un escrutinio de simple razonabilidad presupone que el Congreso actuó conforme a la Constitución. La Corte responde estas preguntas de la siguiente forma: «En

---

<sup>64</sup> AR 173/2008 PS, p. 13. El fundamento constitucional del demandante consiste en la presunta violación al art. 5 constitucional que establece que a ninguna persona se le podrá impedir que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que determine, siempre y cuando sea lícita y que esta disposición constitucional es vulnerada por el segundo párrafo del art. 271, dado que le impide realizar libremente su actividad laboral.

<sup>65</sup> «Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del art. 73 de esta Constitución».

<sup>66</sup> Cfr. AR 173/2008 PS, p. 55 y ss.

<sup>67</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 55 y ss.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 57.

primer lugar [...] la norma impugnada introduce una distinción legislativa que obedece a una finalidad objetiva y expresamente contemplada en la Constitución: la protección a la salud». En segundo lugar, concluye que la medida legislativa impugnada es instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objetivo señalado, pues «se trata de un medio necesario para lograr el fin constitucionalmente legítimo, que es la protección a la salud de las personas que se sometan a cirugías estéticas y cosméticas». Es razonable pensar que la cirugía estética requiere de estudios especiales y de que estos estén avalados por la autoridad del ramo. Finalmente, el segundo párrafo del art. 271 de la Ley General de Salud, no es desproporcional en la afectación de otros bienes jurídicos...<sup>69</sup> Consideramos que el fallo es adecuado pues la metodología utilizada para arribar a las conclusiones de la sentencia es lógica y respetuosa del derecho a la igualdad. La única crítica que cabe hacer es por los enormes rodeos que da para llegar a una conclusión de los más sencilla: «El Estado debe controlar que los servicios relacionados con la salud que proporcione éste, así como los proporcionados por terceros, reúnan además de lo anterior, de manera específica, las condiciones educativas y técnicas necesarias»<sup>70</sup>.

## 8. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL VIRAJE DE LA CORTE

En el 2013 la Primera Sala falla la Sentencia Amparo en Revisión 159/2013, relacionada con los derechos de las personas con discapacidad<sup>71</sup>. El caso tiene su origen en la declaración de incapacidad<sup>72</sup> hecha por un juez local de lo familiar de una persona diagnosticada con Asperger, que tras años

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 96. En el mismo sentido la Corte falla los siguientes amparos: AR 115/2008, AR 932/2008, AR 1070/2008, AR 1215/2008. Todos resueltos por la PS.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>71</sup> AR 159/2013. Esta sentencia no es la primera relacionada con los derechos de las personas con discapacidad. En la sentencia AR 410/2012, la Primera Sala resuelve la constitucionalidad de la fracción IX del art. 2, y del art. 9 de la Ley General de Inclusión de las Personas con Discapacidad que prohíbe la discriminación en contra de las personas con discapacidad en materia de seguros. En la A. de Inc. 3/2010 resuelta por el Pleno se considera constitucional la fracción II del art. 24 de la Ley de Gobierno y Administración del Estado de Jalisco que establece la posibilidad «de revocar el mandato para los que fueron electos por alguna de las siguientes causas: I [...]. II. Por incapacidad permanente física o mental [...]». Usando el principio de interpretación conforme la Corte asevera que la norma no viola ni el art. 1 constitucional ni los tratados internacionales relacionados con el tema y ratificados por el Estado mexicano. *Ibid.*, p. 66.

<sup>72</sup> AR 495/2013, p. 7 y ss.



de vivir con el juicio de interdicción, interpone un amparo alegando que esta declaración judicial es violatoria de la constitución, al considerar que los arts. 23 y 450, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal (que regulan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad), son contrarios a los arts. 1, 3 y 24 de la Constitución, así como a los arts. 4, 5, 8 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención). En el amparo se argumenta que el art. 12 de la Convención, al reconocer que el derecho a la personalidad jurídica incluye tanto el ser titular de derechos, «como la posibilidad de que el individuo los ejerza por su propia cuenta, situación que no permite el estado de interdicción en el D. F.». Asimismo, señala que el diseño normativo del estado de interdicción en el D. F. «violenta la obligación de establecer salvaguardas adecuadas y efectivas acorde a la Convención». Finalmente, se aduce que el estado de interdicción violenta el principio de igualdad. «Ello en virtud de que se le dio el mismo tratamiento jurídico que al resto de personas que se encuentran en estado de interdicción, sin realizar una distinción acorde al grado de discapacidad que posee»<sup>73</sup>. La defensa parece sugerir la aplicación del escrutinio más estricto por parte de la Corte, al señalar que las normas tildadas de inconstitucionales son desproporcionales, pues si bien las normas persiguen un fin legítimo, consistente en la protección de las personas con discapacidad, «lo cierto es que no son proporcionales, pues se restringen de forma excesiva los derechos de tales personas, al impedirse de forma absoluta que las mismas ejerzan su voluntad»<sup>74</sup>.

Queda claro, según la defensa del joven declarado incapaz, que las normas son inconstitucionales y lo son porque realiza una clasificación entre personas usando un criterio señalado en el párrafo quinto del art. 1 constitucional: «discapacidad». La Corte, sin embargo, no estudia los arts. del Código Civil de acuerdo con los criterios que reiteradamente estableció en casos en los que se acusa a la norma de ser discriminatoria. En la sentencia se introduce un criterio adicional: «valores instrumentales» que, si entendemos bien, son acciones concretas que prohíben la discriminación en contra de las personas con discapacidad o buscan igualar sus oportunidades con las del resto de la población. En palabras de la Corte:

Se podrá concluir que un valor instrumental es razonable en el caso en concreto, cuando tenga como meta la consecución de la igualdad y la no discriminación, se debe dilucidar si las medidas implementadas se encuentran justificadas en virtud de su razonabilidad. Por ello, se podrá concluir que un valor instrumental es razonable

<sup>73</sup> AR 159/2013, Pleno, p. 11 y ss.

<sup>74</sup> *Ibid.*

en el caso en concreto, cuando tenga como meta la consecución de la igualdad y la no discriminación<sup>75</sup>.

De esta forma, la Primera Sala se dirige a responder, directamente, si los arts. impugnados son inconstitucionales y contrarios a la Convención. Para ello, la sentencia señalada, siguiendo los estándares internacionales sobre derechos de las personas con discapacidad, establece las características de la interdicción y enlista los criterios que deberían tomarse en cuenta por el juez antes de tomar una decisión sobre la incapacidad de la persona. Se señala entonces que la manera en que ha sido concebida la interdicción en el D. F. no resulta acorde al modelo de «asistencia en la toma de decisiones» que consagra la Convención, lo cual conduciría a una conclusión preliminar de que el valor instrumental sometido a estudio no es razonable, en virtud de la forma desproporcional en la que limita a las personas con discapacidad. Por lo que estima que el régimen del estado de interdicción en el D. F. y su correspondiente tutela, son válidos en tanto se interpreten de conformidad con el modelo social consagrado en la Convención, así como con los derechos humanos contenidos en la misma. En este punto, reitera que la supremacía de los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, no solamente se manifiesta en la aptitud de servir de parámetros de validez de las demás normas jurídicas, sino también en la interpretación de las mismas de acuerdo a tales derechos.

Debido a las anteriores razones, estima que lo procedente a realizarse en el presente asunto consiste en llevar a cabo una interpretación conforme, y no un pronunciamiento de inconstitucionalidad de las disposiciones combatidas en la demanda de amparo<sup>76</sup>. Adicionalmente, considera que dicha interpretación es posible porque las disposiciones relacionadas con la interdicción pueden armonizarse con los valores contenidos en la Convención, sin que ello implique un ejercicio exacerbado de tal facultad, pues si bien la institución del estado de interdicción en el D. F. fue concebida bajo un modelo de discapacidad que ya ha sido superado —modelo médico o rehabilitador— ello no constituye un obstáculo infranqueable para que sus disposiciones se adecúen a nuevos esquemas contenidos en tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte. La sentencia aplica el escrutinio estricto y como consecuencia de ello declara que la figura de la interdicción «tal y como está concebida», es contraria a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin embargo, salva la institución modificando la forma en

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 73 y ss.

la que se ha interpretado. Lo que está detrás, podemos suponer, es el temor a declarar inconstitucional una institución que es defendida por muchos, pero que, sin embargo, en sí misma es violatoria de derechos. La Corte se pierde en la complejidad de los argumentos, abusando del principio de interpretación conforme, como en la Sentencia Amparo Directo en Revisión 2252/2013<sup>77</sup> analizada previamente.

## 9. LEY DE ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA DEL D. F.

El caso se origina con la denuncia presentada por mujer después de ser agredida físicamente por su pareja. En su denuncia, solicita a un juez local las medidas de protección que contempla la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal; medidas que fueron acordadas el 19 de julio de 2011 por el juez sexagésimo octavo penal del Distrito Federal. Estas medidas consistieron en la prohibición del agresor de acercarse al domicilio común, comunicarse por cualquier medio con la víctima, intimar o molestar los hijos de la víctima, y en la que ordena al agresor la entrega inmediata de ciertos objetos de uso personal de su expareja. Las medidas fueron recurridas en juicio de amparo indirecto promovido por el agresor, por considerar que diversos arts. de la ley violaban la prohibición constitucional de discriminar, además de la obligación de fundamentación y motivación<sup>78</sup>. Tras agotar todos los recursos previos, el demandante busca la revisión de la sentencia del Juzgado de Distrito en el mismo sentido; finalmente, la Primera Sala conoce el caso en la Sentencia Amparo en Revisión 495/2013. Para su estudio, la Primera Sala formula tres preguntas:

- 1) ¿La Juez de Distrito omitió analizar si la Asamblea Legislativa del D. F. tenía facultades constitucionales para emitir la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia?
- 2) ¿La Ley respeta el derecho humano de igualdad ante la ley del varón y la mujer?

<sup>77</sup> Voto particular José Ramón Cossío, ADR 2252/2013 PS.

<sup>78</sup> El amparo fue negado por un juez de distrito, que sostuvo que la ley no viola derechos constitucionales aducidos; sin embargo, otorga el amparo para el efecto de que el juez dictara una nueva resolución para purgar los vicios formales (fundar y motivar la resolución). Juez primero de distrito de amparo en materia penal en el D.F. el 11 de noviembre de 2011.

- 3) ¿A la luz de los conceptos de violación, los arts. 62, párrafo segundo y 66, fracciones I, II y III, en relación con el diverso 68, fracción I, de la ley, son violatorios de derechos humanos<sup>79</sup>?

Como respuesta a la primera pregunta, la Corte resuelve señalando que la Asamblea Legislativa no invade la esfera de competencia del Congreso de la Unión, en virtud de que dicha ley es una facultad de dicha autoridad de acuerdo con el art. 122 constitucional. Para responder a la segunda pregunta, la Corte señala que la igualdad entre el hombre y la mujer consagrada en el art. 4 «establece una prohibición al legislador de discriminar por razón de género: frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual»<sup>80</sup>. Señala, además, que la «igualdad del varón y la mujer ante la ley implica el derecho de la mujer a participar activa y plenamente, al igual que lo hace el varón y sin discriminación por razón de su sexo, en los ámbitos esenciales de la sociedad, como son: el proceso educativo, el mercado laboral, la revalidación de la familia, la cultura y la política». Asimismo, interpreta que el art. 4 constitucional garantiza la igualdad de oportunidades de la mujer, reconociendo la desigualdad que en la legislación se le daba a esta, por lo que la reforma al art. constitucional comentado tenía como propósito «el de dar la pauta [...] para modificar todas aquellas leyes secundarias que incluían modos sutiles de discriminación»<sup>81</sup>. La Corte procede a analizar si el trato diferenciado que hace la ley se justifica. Para ello, y con base en sus propios precedentes, lleva a cabo los siguientes pasos: a) determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida; b) examinar la racionalidad de la medida, y c) valorar que se cumpla con una relación de proporcionalidad, la cual propiamente sopesa la relación de medios afines<sup>82</sup>.

Para superar el primer paso, la Corte se cuestiona si la ley obedece a una finalidad objetiva. La respuesta es afirmativa, pues se ampara en el art. 122, base orimera, fracción V, inciso i), de la Constitución<sup>83</sup>. Además, en la expo-

<sup>79</sup> Cfr. AR 495/2013 Primera Sala, párrafo 23.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, párr. 40.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, párr. 43. Para la Primera Sala este art. 4 constitucional se relaciona con la prohibición de discriminar por razón de sexo. Sin embargo, reconoce que no toda diferenciación legislativa entre hombres y mujeres debe ser considerada discriminatoria. Se cita la opinión consultiva OC-4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibíd.*, párr. 52 y la decisión del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en el caso *Vos (H.S.) vs. Países Bajos*. *Ibíd.*, párr. 61.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, párr. 87.

<sup>83</sup> El inciso i) señala las siguientes facultades de la Asamblea: «Normar la protección civil; justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno; los servicios de seguridad presta-

sición de motivos se invocan instrumentos internacionales firmados y ratificados por México. Así, según la Corte, la ley estudiada «obedece a una finalidad constitucional: previsión social, por la evidente violencia a la mujer por el simple hecho de serlo»<sup>84</sup>. Sobre si la ley es racional, la Primera Sala se cuestiona «si el mecanismo concreto que escogió el legislador conduce al resultado deseado —lo cual pondría de manifiesto su carácter racional—, o bien, si no conduce a este —caso en el cual se evidenciará su irracionalidad—»<sup>85</sup>. A lo que responde: «Si en el apartado anterior se concluyó que la finalidad de la ley es la previsión social por la evidente violencia a la mujer por el simple hecho de serlo [...] el legislador tenía que dotar a la mujer de mecanismos de protección a su integridad física cuando decide no quedarse callada y denuncia a su agresor [...]»<sup>86</sup>. Sobre la proporcionalidad de la medida se pregunta: «¿No se afectan de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución Federal?». Aunque en la sentencia se formula de forma correcta la pregunta, la respuesta, desde nuestro punto de vista, no es la adecuada, pues se limita a señalar que la distinción de la norma no es ofensiva: «Pues tiende a equilibrar el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que no hacen valer las mujeres ante la violencia de la que son víctimas. En consecuencia, la normatividad en estudio, cumple con el requisito de proporcionalidad [...]»<sup>87</sup>.

Inmediatamente después se da a la tarea de analizar los agravios planteados por el quejoso, donde señala que en aras de proteger a la mujer se restringen «derechos protegidos por la Constitución». Son varios los derechos que se consideran transgredidos; sin embargo, para los efectos de este trabajo solo es importante el análisis de la supuesta violación al derecho a la igualdad. Sobre este tema, la Primera Sala escribe: aunque la ley impugnada solo esté dirigida a la mujer «la distinción no es ofensiva, pues tiende a equilibrar el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que no hacen valer las mujeres ante la violencia de la que son víctimas»<sup>88</sup>. Desde nuestro punto de vista, es aquí donde se debió considerar si las medidas de emergencia son desproporcionales o no: ¿el legislador podría haber encontrado una mejor

---

dos por empresas privadas; la prevención y la readaptación social; la salud y asistencia social; y la previsión social».

<sup>84</sup> AR 495/2013 Primera Sala, párr. 110.

<sup>85</sup> *Ibid.*, párr. 114.

<sup>86</sup> *Ibid.*, párr. 115.

<sup>87</sup> AR 495/2013, Primera Sala, párr. 124.

<sup>88</sup> *Ibid.*, párr. 124.

forma de garantizar el derecho a una vida libre de violencia? En definitiva compartimos el sentido del fallo, pero no la forma en cómo se aborda.

### III. CONCLUSIONES

El uso de un examen de razonabilidad en general y del escrutinio estricto de constitucionalidad en particular (este último cuando la norma usa uno de los criterios ahora conocidos como sospechosos), son útiles para intentar limitar la discrecionalidad en las resoluciones de los casos que implican interpretación de derechos. Los pasos a seguir en el estudio que la Corte, a través de sus sentencias ha hecho obligatorio, buscan que el juez use principios lógicos y, de esta forma, asegurar que las resoluciones sean más justas, más racionales y, en última instancia más justas. Se evita así, juzgar de acuerdo a valores o prejuicios personales, pues se pretende decidir con base en criterios lógicos no sobre una moral particular. Lamentablemente, no nos parece que esto se haya logrado a través de la introducción en México de dicho examen. Como hemos comprobado a través del análisis de las sentencias, la decisión de usar el juicio de razonabilidad o la aplicación de un criterio diferente para resolver casos de normas acusadas de violar la prohibición de discriminar no es consistente. Esto puede tener como consecuencia que asuntos idénticos son analizados con criterios distintos que llevan a decisiones disímiles.

En los casos analizados pudimos demostrar que, en ocasiones, la Corte decide no usar el estudio estricto sin justificar la razón de esto. Esto es evidente en la custodia de hijos en los casos de divorcio, en donde se argumenta de una forma «libre». Estas resoluciones carecen de razonamientos jurídicos reales, que son sustituidos por razonamientos ligados a creencias personales de los ministros. En otras ocasiones la Corte, para llegar a la solución deseada por la mayoría, agrega elementos ajenos al estudio estricto de constitucionalidad. Es el caso de la sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2252/2013 de la Primera Sala en la que, según nuestra interpretación, se abusa del principio de interpretación conforme para evitar declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Asimismo, una tercera vía de la Corte, la más extraña de todas, es prescindir del examen estricto de constitucionalidad y abordar el tema bajo un estudio de ponderación de derechos, justo en el caso donde no hay que ponderar (contrapesar) derechos, sino analizar si una norma que usa un criterio sospechoso se justifica

atendiendo a un mandato constitucional<sup>89</sup>. Nos referimos a las sentencias que resuelven la inconstitucionalidad de las normas que son usadas como fundamento para dar de baja del ejército a las personas que viven con VIH. Decimos que esta vía es la más extraña de todas porque lo que decide la mayoría es la inconstitucionalidad de esas normas, por violación a la prohibición de discriminar del art. 1 constitucional; es decir, no hay motivo aparente para la inaplicación del escrutinio estricto, pues con seguridad la solución hubiera sido la misma. Es fácil suponer que la razón de fondo es la falta de conocimiento, por parte de la mayoría de los ministros, de lo que significan los criterios sospechosos. Esto puede explicarse bajo la hipótesis de que la principal promotora del estudio estricto de constitucionalidad, e incluso del juicio de razonabilidad, es la Primera Sala. En los casos resueltos en el pleno no se ha utilizado, lo cual nos lleva a otra reflexión: tanto el juicio de razonabilidad como el escrutinio estricto de constitucionalidad fueron introducidos por el ministro Cossío en la Sentencia de AR 988/2004, lo que nos hace suponer que la ponencia de Cossío ha pretendido consolidar estos estudios. Es por esto que vemos una aplicación casi exclusiva de las reglas de análisis legal de la ley por parte de la Primera Sala de la Corte.

La crítica que suele hacerse al uso de un escrutinio estricto en otros sistemas jurídicos, cuando se analizan normas que utilizan criterios «sospechosos», es que su aplicación parece determinar el sentido del fallo, pues la norma parece estar condenada a la declaración de inconstitucionalidad, pues nada, o casi nada parece justificar el uso de categorías sospechosas. Sin embargo, en el caso de México, curiosamente, su uso no trae como determinación de la Corte en un sentido o en otro. Esto es patente en el Amparo en Revisión 159/2013. Sobre esto, es importante señalar que, aunque el uso de un examen estricto de constitucionalidad es muy útil para ordenar los razonamientos de la Corte, lo cierto es que no es necesaria para lograr una resolución «justa», apegada a los estándares más altos de derechos humanos. El ejemplo claro de lo anterior es la acción de inconstitucionalidad 2/2010. Desde nuestro punto de vista es precisamente esta sentencia la que cuenta con más claridad metodológica, pues los argumentos para declarar constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo están bien contruidos, lo que evidencia un profundo conocimiento de la teoría de los derechos humanos. Esto nos hace suponer

---

<sup>89</sup> El uso de la ponderación o de la proporcionalidad es usado actualmente en otros muchos tribunales constitucionales. En Europa, el Tribunal Constitucional alemán comenzó a usarlo a mediados del siglo pasado en la Sentencia Lüth (BverGE 7, 198) de 1954. Sentencia BverGE 7, 198 [Lüth] de 1954. La Sentencia Lüth resuelve el asunto de libertad de expresión. Ver Jürgen (2009).

que es imprescindible que el estudio de constitucionalidad de una norma debe estar acompañado de una teoría de los derechos humanos (igualdad, libertad, principio *pro persona*), y evitar la imposición de valores personales y perspectivas que van más allá de la labor judicial.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- Evans Hughs, C. (1946). *La Suprema Corte de Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. *et. al.* (coords.). (2013). *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. I. México: SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung.
- Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia Constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudio Políticos y Constitucionales.
- Hart Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza*. Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Jürgen, S. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*. México: Konrad Adenauer Stiftung.
- Laporta, F. J. (1985). El principio de igualdad: introducción a su análisis. *Sistema*, 67, 14-18.
- Rey Martínez, F. (2010). Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Estudios Constitucionales*, 8 (2), 527-564.
- Santiago Juárez, M. (2007). *Igualdad y acciones afirmativas*. México: UNAM-Conapred.
- Thayer, J. (1893-1894). The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7, 129-156.



**ANEXO 1. SENTENCIAS CITADAS<sup>90</sup>**

Norma impugnada	Tema	Sentencia	Instancia	Tipo de estudio	Resolución sobre la norma
Art. 310 del CPPC de Michoacán	custodia de hijos	ADR 1529/2003	Primera Sala	Simple igualdad	Constitucional
Art. 260 del CC del Edo. De Sinaloa	custodia de hijos	ADR 2252/2013	Primera Sala	Interpretación conforme	Constitucional
Art. 997 del CC del estado de QR	custodia de hijos	AD 186/2009	2do TC Vigésimo Séptimo Círc.	Simple igualdad	Inconstitucional
Art. 166 y 167 del CPC de Nuevo León	Domicilio conyugal	AR 568/2004	1er TC Civil del Cuarto Círc.	Simple igualdad	Inconstitucional
Art. 70 y 90 del CPF	Sustitución de penas	ADR 988/2004	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
Art. 1, 2 y 3 Ley del Impuesto al Activo	Impuesto al activo	AR 1629/2004	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
Art. 1, 2, 3 y 11 LFIAN (Impuesto AN)	impuesto al auto nuevo	AR 459/2006	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
F. LXX Art. 2 LISR	Impuesto sobre la Renta	AR 846/2006	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
LIA y 1, 2, 4, 5, 7, 8 y 9 y LIF	Impuesto al activo y LIF	AR 312/2007	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
Art. 85, f. I, inciso j) CPF	Libertad preparatoria	AR 514/2007	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
LIA art 2	Impuesto al activo	AR 1207/2006	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
LIA art 2	Impuesto al activo	AR 1260/2006	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
LIA art 2	Impuesto al activo	AR 1351/2006	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
Art. 1, 2 y 7 LIA	Impuesto al activo	AR 1700/2006	Primera Sala	razonabilidad	Constitucional
Frac. 45 (2da Categ.) Art. 226 LISSFA	Militares con vih	AR 307/2007	Pleno	Juicio de ponderación	Inconstitucional
Frac. 45 (2da Categ.) Art. 226 LISSFA	Militares con vih	AR 2146/2005	Pleno	Juicio de ponderación	Inconstitucional
Frac. 45 (2da Categ.) Art. 226 LISSFA	Militares con vih	AR 810/2007	Pleno	Juicio de ponderación	Inconstitucional
Frac. 45 (2da Categ.) Art. 226 LISSFA	Militares con vih	AR 1285/2007	Pleno	Juicio de ponderación	Inconstitucional

<sup>90</sup> En el cuadro se muestran las sentencias citadas en este trabajo. Lo interesante para nuestros fines es mostrar el tipo de estudio que realiza el juzgador, que clasificamos de la siguiente forma. Estudio de legalidad (no conoce sobre la constitucionalidad), de simple igualdad, de razonabilidad, escrutinio estricto e interpretación conforme.

Norma impugnada	Tema	Sentencia	Instancia	Tipo de estudio	Resolución sobre la norma
Frac. 45 (2da Categ.) Art. 226 LISSFA	Militares con vih	AR 1659/2007	Pleno	Juicio de ponderación	Inconstitucional
Art. 130, 2do párrafo LSS (VS LAUDO)	Seguro de Jubilación	AD 383/2005	3er TC Trabajo del Cuarto Circuito	De igualdad	Inconstitucional
Art. 130, segundo párrafo de LSS	Seguro de Jubilación	AR 664/2008	Segunda Sala	Simple igualdad	Inconstitucional
Inscripción al IMSS y al SAR	Trabajadoras del Hogar	AD 160/2009	6to TC del Trabajo del Primero Circ.	De legalidad	Constitucional
Art. 271 de la LGS	Igualdad trabajo "cirugía"	AR 115/2008	Pleno	Escrutinio estricto	Constitucional
Art. 173 de la LGS	Igualdad trabajo "cirugía"	AR 173/2008	Pleno	Escrutinio estricto	Constitucional
Art. 271 de la LGS	Igualdad trabajo "cirugía"	AR 932/2008	Pleno	Escrutinio estricto	Constitucional
Art. 271 de la LGS	Igualdad trabajo "cirugía"	AR 1070/2008	Pleno	Escrutinio estricto	Constitucional
Art. 81 y 271 parr. 2do de la LGS	Igualdad trabajo "cirugía"	AR 1215/2008	Pleno	Escrutinio estricto	Constitucional
Art. 62, parr. dos y 66 f. I, II y III y 68 f. I	Ley de Acceso vs. violencia	AR 495/2013	Pleno	Escrutinio estricto	Constitucional
Art. 138 del CC del DF	Rectificación de acta	AD 6/2008 FA 3/2008-PS	Segunda Sala	Simple igualdad	Aplicación inconstitucional
Art. 144 del CC de Guanajuato	Matrimonio mismo sexo	AI 1157/2013	J. Distrito Tercero Guanajuato	Simple igualdad	Inconstitucional
Art. 146 y 391 del CC del DF	Matrimonio mismo sexo	A. de Inc. 2/2010	Pleno	Simple igualdad	Inconstitucional
Art. 143 del CC de Oaxaca	Matrimonio mismo sexo	AR 581/2012 FA 202/2012	Pleno	Escrutinio estricto	Constitucional
Art. 23 y 450 f. II del CC del DF	Discapacidad (juicio interdicción)	AR 159/2013	Pleno	Interpretación conforme	Constitucional
Art. 2 f. IX y 9 de la LGIPD	Seguros personas discapacidad	AR 410/2012	Pleno	Escrutinio estricto	Constitucional
Art. 24, f. II Ley. Gob. y Adm P. (jalisco)	Cargos públicos disc.	A. de Inc. I 3/2010	Pleno	Interpretación conforme	Constitucional

**Abreviaturas:**

Amparo Directo: AD.

Amparo en Revisión: AR.

Amparo Directo en Revisión: ADR.

Amparo Directo Civil: ADC.

Amparo Indirecto: AI.

Acción de Inconstitucionalidad: A. de Inc.