



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo

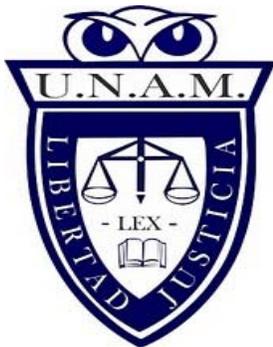
**CORTES CONSTITUCIONALES Y
POLÍTICAS PÚBLICAS: EL CASO DE
LA SUPREMA CORTE DE MÉXICO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A

SELENE CRUZ ALCALÁ



DIRECTOR:

Dr. José Ramón Cossío Díaz

Ciudad Universitaria, Agosto 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

"La verdadera medida de la grandeza de una persona se determina por cómo trata a quien no puede beneficiarle en nada"

Ann Landers

Esta frase es un ejemplo de cómo debe funcionar un gobierno en el ámbito de las políticas públicas. En mi experiencia, es una lección en la que he profundizado a través de un gran hombre,

a José Ramón Cossío Díaz, con mi agradecimiento infinito.

A Mine, René y Deni, los amores de mi vida.

A Rodolfo, por su gran corazón.

A mis hermanos entrañables: Iván, Xu y Alejandra.

A mis amigas y amigos: Carlucho, Carolina, Elba, Jessica, Magali, Onasis, Jorge, Tuñon, Axa, Oscar, Ruth, Paco, Ricardo, Sicabí, Xavier, Paola, Rodrigo y Arlet.

A Mónica Maccise, Luz Helena, Adriana, Verini, Marcela, Viry, Sandy, Re, Cata, Leo, Mónica Melgoza, Viry Jr., Toño y Rebeca. Por todo su apoyo, e inigualable compañerismo.

A mi querida UNAM, mi sueño cumplido.

ÍNDICE

Introducción	2
Capítulo 1. Las políticas públicas en la cortes constitucionales	6
1.1. ¿Qué son las políticas públicas?	7
1.1.1. Proceso de creación-implementación de las políticas públicas	10
1.2. La complejidad de determinar lo público	12
1.3. Actores que intervienen en el proceso de creación-implementación de las políticas públicas: la intervención de las cortes constitucionales	14
1.4. La intervención de las cortes constitucionales en las políticas públicas: ¿un asunto de legitimidad?	20
1.5. Cortes constitucionales y políticas públicas	25
1.5.1. La importancia de la intervención de las cortes constitucionales en las políticas públicas	27
1.6. El comportamiento de las cortes constitucionales y de sus jueces en el ámbito de las políticas públicas	29
1.6.1. Neoinstitucionalismo	30
1.6.2. Attitudinalists	31
1.6.3. Minimalismo judicial	32
1.7. Formas en que interviene una corte constitucional en las políticas públicas	33
1.7.1. Formas en que la intervención judicial delinea o consolida las políticas públicas	37
1.8. Capacidad de intervención una corte constitucional en las políticas públicas	45
Capítulo 2. Cortes constitucionales y políticas públicas en el derecho comparado	47
2.1. El litigio, la corte y las políticas públicas	47
2.2. La importancia del litigio en las políticas públicas	50
2.3. Las sentencias como consecuencia del litigio	54
2.4. Las políticas públicas en el derecho comparado	56
2.4.1. Argentina	57
2.4.2. India	59
2.4.3. Colombia	61
2.5. Costos	65
2.6. Efectos de las sentencias que delinear políticas públicas	66

Capítulo 3. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y las políticas públicas en México. La incidencia de la Corte al ser mediadora del poder político y al fungir su papel de revisora de la constitucionalidad de leyes_____ 68

3.1. Las políticas públicas en México y su relación con la Suprema Corte_____ 71

3.2. La Suprema Corte en las políticas públicas como revisora de la constitucionalidad de leyes: las acciones de inconstitucionalidad_____ 74

3.2.1. Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Legalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre de gestación_____ 77

3.2.1.1. Conceptos de invalidez_____ 79

3.2.1.2. Defensa de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal_____ 87

3.2.1.3. Estudio del caso: Suprema Corte de Justicia de la Nación_____ 89

3.3. La Controversia Constitucional_____ 99

3.3.1 Controversia constitucional 54/2009 que declara constitucional la pastilla del día siguiente al cuadro básico de medicamentos en México_____ 103

Capítulo 4. La incidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la política pública cuando protege los derechos de las personas. Un ejemplo de Amparo_____ 110

4.1. El juicio de Amparo en el delineamiento y consolidación de políticas públicas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación_____ 110

4.2. Amparo 1472/2007: prohibición de iniciar un proceso penal en contra de cualquier persona farmacodependiente_____ 111

4.2.1. Participación de la SCJN en el caso_____ 112

4.2.2. Conceptos de violación y estudio de constitucionalidad_____ 114

4.2.3. Principio de no discriminación_____ 116

4.2.4. Derecho a la salud_____ 117

4.2.5. Puntos sobresalientes de la sentencia y reformas posteriores_____ 119

4.2.6. Puntos cualitativos del caso aplicados a las políticas públicas_____ 120

Conclusión_____ 125

Introducción

Las cortes constitucionales resuelven asuntos de gran trascendencia jurídica, política y social. Ello, en tanto se pronuncian sobre asuntos antes inconcebibles, y que hoy por hoy, son propios de una realidad democrática y social cambiante. Por ejemplo, la interrupción del embarazo, la eutanasia, la píldora del día siguiente, el derecho a portar dosis de consumo personal de drogas y recibir tratamiento al respecto, así como el matrimonio entre personas del mismo sexo. Su quehacer incide también en el ámbito de las políticas públicas. Por lo que el objetivo del presente trabajo consiste en **determinar si las cortes constitucionales se involucran en el ámbito de las políticas públicas a través de sus resoluciones y, si en sus resoluciones redefinen, delinear o modifican las políticas públicas. De ser así, también se pretende averiguar cómo lo hacen y cuál es su resultado.**

La función primigenia de las cortes constitucionales es la de construir los vínculos y acuerdos necesarios entre el derecho y la política. En esta función, los jueces desempeñan un papel trascendental, pues ellos canalizan las demandas sociales hacia los acuerdos requeridos. En principio, haciendo pequeñas contribuciones que a la larga se traducen en cambios trascendentales.

De esta manera, las cortes, por mandato constitucional son las garantes del pacto político-social contenido en la Constitución. Al momento de resolver un conflicto, son el punto de unión entre la sociedad, la ley y la política. Bien entendido este trinomio, puede traducirse en políticas públicas efectivas que respeten los derechos fundamentales y controlen los excesos, la falta de acuerdos, las malas prácticas, o las acciones que en materia de políticas públicas hacen u omiten los poderes políticos.

Las cortes constitucionales en la actualidad ya no son vistas sólo como ejecutoras de leyes, sino como protagonistas de las decisiones de la vida en sociedad y, por ende, de la política pública.

Este trabajo se enfoca a la Suprema Corte de Justicia de México y por ello, la investigación tiene la siguiente estructura.

El primer capítulo aborda el margen de actuación de una corte constitucional en la formulación de una política pública. Para ello, se adentra en el significado de la política pública, sus procesos de creación y los actores que intervienen en ella.

Asimismo, estudia la intervención de las cortes constitucionales en las problemáticas sociales cuando los poderes y partidos políticos no realizan una función responsable en el ámbito de la política pública, o simplemente porque aún cuando éstos han establecido acciones concretas a los problemas públicos, por alguna razón -sobre todo de falta de consenso político- no han conseguido ningún beneficio social específico. De tal suerte que las cortes se involucran en el tema de las políticas públicas cuando: 1) median el poder político, 2) revisan la constitucionalidad de leyes y 3) al proteger los derechos de las personas. En dichas intervenciones, si las cortes encuentran divergencias en las políticas públicas, entonces deberán enviar su resolución a los poderes pertinentes a fin de que reaccionen y ajusten las políticas públicas a los márgenes constitucionales. De esta manera las cortes delimitan, a veces modifican y en ocasiones, son un factor importante para la consolidación de las políticas públicas.

El segundo capítulo pretende confirmar el margen de actuación de las cortes constitucionales en la política pública. Ello a través de sentencias que han tenido impactos directos e indirectos en las políticas públicas. Por ello, se examinan algunas sentencias emitidas por las cortes de Argentina, India y Colombia. También se hace un estudio sobre la importancia del litigio como un mecanismo de acceso a las cortes y a las políticas públicas. Cabe decir, que las cortes pueden sentar precedentes judiciales en tanto son un factor importante para influir en el desarrollo legislativo de políticas públicas. En ocasiones, logran forjar movimientos sociales y crean conciencia en la sociedad, e incluso cuando el fallo ha sido desfavorable, puede servir para demostrar la falta de protección legal.

Los capítulos tercero y cuarto tienen como finalidad conocer a través de casos, el margen de actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la política pública, ello a través de los supuestos de intervención desarrollados en capítulo primero: 1) La corte como mediadora del poder político, 2) como revisora de la constitucionalidad de leyes y 3) como protectora de los derechos de las personas. De esta manera, el capítulo tercero aborda dos casos: una acción de inconstitucionalidad y una controversia constitucional en los que la Suprema Corte delinea y consolida políticas públicas en materia de salud y protección a los derechos de las mujeres. Específicamente, el capítulo tercero analiza la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, que declara constitucional la despenalización de la interrupción del embarazo hasta la duodécima semana de gestación en el Distrito Federal, y la sentencia de la controversia constitucional 54/2009 que declara constitucional la pastilla del día siguiente al cuadro básico de medicamentos en México.

El capítulo cuarto destaca la importancia de que la Suprema Corte se involucre en las políticas públicas al proteger los derechos fundamentales y la dignidad de las personas. Ello, a través de analizar el amparo 1472/2007 que prohíbe iniciar un proceso penal en contra de cualquier persona farmacodependiente. La importancia de este caso radica en que a través de un amparo, que en principio tiene efectos exclusivos para el afectado que promueve el juicio; terminó por delinear una política pública en materia de salud y no discriminación. Es decir, particularmente en este caso se observó una Suprema Corte activista en beneficio de un determinado sector social y, lo mejor, es que se logró una importante coordinación entre poderes públicos con el objetivo de efectivizar una solución real a un problema público.

El impulso y la consolidación de políticas públicas a través de las cortes constitucionales es un tema poco explorado en México. Por ello, vale la pena su

estudio. Este trabajo pretende ser un llamado de atención sobre la importancia de una corte constitucional como un medio de respuesta a problemáticas sociales, al intervenir en el delineamiento y consolidación de las mismas; sobre todo cuando los poderes y partidos políticos tienen ciertas inconsistencias en el desarrollo de las políticas públicas. Específicamente, trata de evidenciar que la Suprema Corte de México cuando ha tendido la voluntad jurídica y política de incidir en asuntos de impacto social, su papel no ha sido menor. La Suprema Corte ha llegado al punto de incidir en transformaciones legislativas en beneficio de ciertos grupos sociales. Es decir, ha propiciado la coordinación entre poderes públicos para que cada uno asuma la responsabilidad que le corresponde dentro de una política pública determinada.

Si se toma en serio el papel de la Suprema Corte, empezando por ser ella misma la que reflexione sobre su capacidad de intervención en las políticas públicas, se está dando un paso importante en el ámbito social. Si aunado a esto, los Poderes Legislativo y Ejecutivo toman en consideración las intervenciones de la Suprema Corte en la política pública y realizan un papel coordinado de poderes, el paso es trascendente para la consolidación de un Estado democrático de derecho.

Capítulo 1. Las políticas públicas en las cortes constitucionales

¿Cuándo una sociedad se encuentra en un problema público? ¿Cuántos problemas afronta esa sociedad? ¿Cómo afecta una problemática a la población? ¿Quién y cómo se hace cargo de darle solución a las problemáticas sociales? ¿En qué momento? ¿Con base en qué información? ¿Cuál es la solución adecuada a un determinado problema público? Esos son sólo algunos de los muchos cuestionamientos que surgen al momento de elaborar e implementar una política pública. En principio, las políticas públicas son las soluciones que otorga el gobierno a los problemas que afectan a la sociedad; sin embargo, el gobierno es un término abstracto en el tema de la política pública. Existe un fuerte debate sobre quién o quiénes deben velar por los problemas públicos. Lo cierto es que ante un problema se necesita buscar y efectivizar resultados, no estancarse en el problema debatiendo quién debe solucionarlo, porque entonces la problemática se torna más compleja.

Las políticas públicas en los estados democráticos se caracterizan porque se realizan e implementan por los poderes y partidos políticos que ostentan su legitimidad a través del voto popular. No obstante, dichos poderes no son perfectos, suelen tener ciertas inconsistencias, desacuerdos y fallas al momento de diseñar y desarrollar las políticas públicas. Por ello es importante que exista una institución como la corte para que coadyuve en el delineamiento y la consolidación de soluciones a las problemáticas sociales cuando los poderes y partidos políticos presentan las inconsistencias aludidas. El presente capítulo pretende conocer el margen de actuación de una corte constitucional en una política pública y también, pretende enfatizar la importancia de que una corte intervenga en las problemáticas sociales.

Nuestra forma de estudiar la intervención de las cortes constitucionales en las políticas públicas se basa en tres parámetros: 1) como mediadoras del poder político, 2) como revisoras de la constitucionalidad de leyes y 3) como protectoras

de los derechos de las personas. A través de dichas intervenciones y dependiendo de la problemática que aborde un caso concreto, las cortes pueden desde confirmar la constitucionalidad de una política pública; ejecutar una ley o una norma administrativa que fije obligaciones jurídicas en materia social a los poderes políticos; también, delimitan un marco dentro del cual los poderes políticos deban implementar acciones concretas, hasta determinar una conducta a seguir. De tal suerte que las cortes constitucionales contribuyen en el delineamiento y la consolidación de las políticas públicas; ello a través de un trabajo coordinado con los poderes políticos.

1.1 ¿Qué son las políticas públicas?

La política pública (PP) se concibe como un conjunto de medidas adoptadas por el Estado con el fin de resolver problemas que afecten a la sociedad.¹ El término deriva de la raíz anglosajona *public policy*, literalmente traducido al español como “política pública”. Debido a que la definición se centra en planes de acción estatales generados para la resolución de un problema específico, supone una decisión tomada desde una posición de poder. Entonces, en principio, toda PP es política a secas,² que busca el mayor provecho posible para el espacio público a través de métodos y conocimientos aplicados³ e intenta resolver un problema de fondo con estructuras sólidas.

El estudio y la formulación de las PP son una disciplina reciente. Es en Estados Unidos de América, después de la época de la posguerra en donde se registró un enfoque más unificado para el estudio de los problemas públicos. En 1951 se publicó *The Policy Sciences: Recent Developments in Scope and*

¹ Oszlak, Oscar. “El Estado democrático en América Latina. Hacia el desarrollo de líneas de investigación”. *Revista Nueva Sociedad*, núm. 210, julio-agosto de 2007, pp. 66-81.

² Merino, Mauricio. “La importancia de la ética en el análisis de la políticas públicas”, *Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública*. México, FCE-CIDE, 2010, pp. 10-35

³ *Ibidem*, p. 11.

*Methods*⁴, obra editada por Daniel Lerner y Harold Lasswell quienes representaron una corriente de pensamiento que repercutía positivamente en los problemas sociales. Dichos autores pregonaban que el énfasis de la Política Pública:

*(...) demanda elegir los problemas que coadyuvarán a enriquecer los valores sociales. El énfasis de las políticas públicas de la **democracia** tiene como fin último la realización de la **dignidad humana** en la teoría y en la práctica.*⁵

El año en el que se desarrolla el estudio y la creación de las PP es importante por el contexto bélico que se vivía en esos momentos:⁶ el fin de la Segunda Guerra Mundial y la consolidación del bloque socialista en Europa que dio inicio a la Guerra Fría. Este último conflicto proporcionó cabida a una nueva potencia militar y económica que hizo serios retos al capitalismo estadounidense. Por ejemplo, cuestionó la eficiencia de la administración pública a través de un modelo estatal centralizado que controlaba todos los medios de producción y distribución de los bienes entre la población. Así, en respuesta a los métodos productivos y distributivos del socialismo, Estados Unidos, con base en su forma de gobierno democrática inició la generación de PP novedosas y eficientes que dieran racionalidad⁷ a las acciones gubernamentales en norteamérica. Es decir, se inició la acción estatal dirigida al bienestar público con recursos públicos.

La PP se interesa por revisar los procesos de la toma de decisiones llevada a cabo por los actores estatales; particularmente, le interesa analizar y perfeccionar la racionalidad en dichos procesos y resolver un problema que afecte a la comunidad, esto es, un problema público. Lo público es un tema

⁴Lasswell, Harold D. "The Policy Orientation." In *The Policy Sciences: Recent Developments in Scope and Methods*. Lerner, Daniel and Lasswell, Harold D. (eds.) Stanford, Stanford University Press, 1951, pp.11-18

⁵ *Idem.* énfasis agregado.

⁶ OACNUDH. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al. Políticas Públicas y Presupuestos con Perspectiva de Derechos Humanos. Manual operativo para servidoras y servidores públicos*, 1º edición, México, 2010, pp. 13-16

⁷ Por *racionalidad* entendemos ciertos atributos esperados en toda política pública: eficiencia, eficacia, economía, productividad y oportunidad.

históricamente cambiante: “Quizá lo que hoy es considerado público, antes no lo era y posiblemente después no lo será; sin embargo, puede decirse que un problema tiene el status de público cuando es recuperado por alguna de las múltiples instituciones que integran al Estado”.⁸

Recapitulando, la política pública tiene por objetivo la realización de la dignidad humana en la teoría y en la práctica, a través de un proceso de acciones gubernamentales que tienen como fin encarar y resolver un problema público de forma racional, es decir, de forma eficiente, eficaz, económica, productiva y oportunamente.

Para Subirats⁹, las PP constituyen una respuesta a un problema social cambiante que se articula a través de diferentes medios (de comunicación, movimientos sociales, partidos políticos y grupos de interés) para debatirse posteriormente en el proceso democrático de toma de decisiones.

Una vez constituido un problema público, la respuesta que ofrece una PP es la construcción de sus posibles soluciones. Es importante destacar que un problema no tiene una solución única. La estructuración de los problemas y el diseño de las múltiples soluciones, aunado a la toma de decisiones, son los momentos más “políticos” del ciclo de vida de la PP. Momentos en los que la ideología, los intereses y lo saberes en conflicto o competencia se entremezclan.

Se puede decir que una política pública de excelencia corresponde a aquellos cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática; cursos que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Luis F. Aguilar sostiene que la PP es una decisión de gobierno que debe incorporar la opinión, la participación, la corresponsabilidad, inclusive el dinero de los privados en su calidad de ciudadanos electores y contribuyentes; esto es, una forma en la que el gobierno y la sociedad enfrentan problemas de carácter

⁸ OACNUDH, *op. cit.*, p. 16

⁹ Joan, Subirats. *et al.*, *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona, Ariel, ciencia política, 2008, pp. 36-72

colectivo.¹⁰ “Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados”.¹¹

1.1.1 Proceso de creación-implementación de las políticas públicas

Toda PP tiene un ciclo de vida. Éste es una herramienta que facilita su análisis. Sin embargo no tiene pretensiones descriptivas, ni normativas. Dicho proceso puede seguir diversos pasos para su creación, implementación y seguimiento. El objetivo aquí no es adentrarse en todo el proceso de formulación-implementación de PP, pero sí resulta necesario señalarlo.

Bardach¹² sostiene que una PP funciona de manera efectiva en su proceso de creación, a través de los ocho pasos siguientes:

1. Definición del problema,
2. Obtención de información,
3. Construcción de alternativas,
4. Selección de criterios,
5. Proyección de los resultados,
6. Confrontación de costos,
7. Decisión de la política, y
8. Narrativa de la política.

Para Kingdon,¹³ dicho proceso debe cubrir los siguientes requisitos:

- a) Establecimiento de la agenda,

¹⁰ Aguilar, Luis F. *El estudio de las políticas públicas*. Porrúa. México, 2007, p.43

¹¹ Lahera, P. Eugenio. *Política y políticas públicas*. Naciones Unidas, Santiago de Chile-Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2004, pp. 8-12

¹² Bardach, Eugene. *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas. Un manual para la práctica*. México, Porrúa-CIDE, 2008, p. 42

¹³ Kingdon, John. *Agendas, alternatives and public policy*. Boston, Little Brown, 1984, p. 15.

- b) la especificación de alternativas disponibles,
- c) la elección de la opción deseada,
- d) la implementación de la decisión y,
- e) la evaluación.

Independientemente de las clasificaciones que existen sobre los pasos que debe contener el proceso de creación-implementación de PP, éstos varían de acuerdo al contexto y problemáticas existentes en cada Estado. Entonces no siempre o necesariamente el ciclo de creación de las PP sigue esos pasos. La mayoría de las veces éstos se empalman y el proceso se convierte en complejo. En la práctica se dice que las PP suelen adoptar la forma de gerundio, puesto que “van diseñándose, implementándose y evaluándose casi siempre al mismo tiempo”.¹⁴ De tal suerte que los problemas públicos no tienen un turno para ser tratados.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID)¹⁵ señala al respecto, que las PP son el resultado de intercambios complejos entre actores políticos, económicos y sociales a través del tiempo.¹⁶ El tipo de transacciones a las que los actores políticos se pueden comprometer depende de las posibilidades que brinde el medio institucional. Depende también del funcionamiento de las instituciones políticas, llámense, parlamento, sistema de partidos, jueces, entre otros. Además requiere de las reglas institucionales más fundamentales, con la Constitución encabezándolas.

Un punto crucial para la consolidación de las PP consiste en la habilidad que tienen los actores que participan en su formulación para llegar a acuerdos - sobre todo el acuerdo del problema público- y, una vez tomados, traducirlos en una ley, un programa o un plan de acción determinados, mismos que demostrarán

¹⁴ Merino, Mauricio, *et al. Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública*. México, FCE-CIDE, 2010, p. 13

¹⁵ BID. Banco Interamericano de Desarrollo. *La Política de las Políticas Públicas. Progreso económico y social en América Latina. Informe 2006*. David Rockefeller Center for Latin American Studies. Harvard University. Planeta, 2006, p. 15-102

¹⁶ *Idem*.

su solidez en la etapa de implementación, ya que se pondrán a prueba todas las decisiones adoptadas.¹⁷

1.2. La complejidad de determinar “lo público”

La PP lleva consigo la definición del problema “público” que se pretende solucionar. Parsons¹⁸ define lo público como aquella dimensión de la actividad humana que se cree requiere la regulación o intervención gubernamental o social, o al menos la adopción de medidas comunes ya que impactan o afectan la vida de cierto número de personas. Stein y Tomassi¹⁹ señalan que las PP deben estar *orientadas hacia el interés colectivo*. Es decir, que promuevan el bienestar general o canalicen beneficios privados hacia individuos, facciones o regiones específicos. Los mismos autores señalan que la dimensión de lo público y del interés colectivo guarda una estrecha relación con la desigualdad, ya que los miembros de las élites tienen la influencia económica y política para modificar decisiones y hacer que los favorezcan, apartándolas del interés general.

Por lo tanto, definir lo público es un asunto esencialmente político que requiere considerar asuntos de la comunidad susceptibles de atención gubernamental. Para realizar esta labor se construye una agenda que contiene el conjunto de cosas que se pretenden llevar a cabo. De tal suerte que los temas que se incluyen en la agenda de los gobiernos para realizar PP cumplen al menos con los siguientes requisitos: 1) la atención y/o conciencia generalizada sobre/del asunto, 2) la noción de que es necesario atenderlo, y que 3) dicha atención corresponde al gobierno.²⁰ Una vez detectados los asuntos que cumplan estas características se presentan públicamente a las instituciones del gobierno representativo para su

¹⁷ *Idem*, p. 16.

¹⁸ Parsons, Wayne. *Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas.*, trad. De Atenea Acevedo. México, FLACSO, 2007, p. 108

¹⁹ Stein, Ernesto y Tommasi, Mariano. “La política de las políticas públicas”. *Revista política y gobierno*. México, vol. XIII. núm. 2, Segundo semestre de 2006, pp. 393-416

²⁰ Casar, María Amparo y Maldonado, Claudia. “Formación de agenda y proceso de toma de decisiones” en *Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública*. México, FCE-CIDE, 2010, pp. 207-234.

consideración.²¹ En este proceso suele crearse más de una agenda, generalmente: la pública, la política y la gubernamental.²²

La agenda pública se define por los temas que la ciudadanía y distintos grupos de la sociedad buscan posicionar para ser considerados por la atención de sus representantes.

La agenda política se construye por los temas que alcanzan prioridad en el debate y la acción de aquellos actores políticos que por su posición de poder tienen la capacidad para impulsarlos.

La agenda gubernamental se refiere a las prioridades que un gobierno constituido plantea y trata de materializar a lo largo de su gestión.²³

En los sistemas democráticos se espera que el vínculo entre estas agendas sea estrecho, sin embargo, las propias condiciones de pluralidad lo tornan muy complejo. Cabe decir que las agendas política y gubernamental se construyen propiamente con los programas de acción de los partidos políticos; las plataformas políticas de los candidatos; los planes y los programas de los gobiernos; las propuestas de los legisladores; los temas que de manera muy recurrente influyen en los medios de comunicación y los documentos de posición de diversos grupos de interés o de presión. Es decir, dichas agendas se conforman por los temas que los propios actores seleccionan a partir del contexto en que éstos se desenvuelven. No obstante, ambas agendas deben realizar diagnósticos en los que determinen instrumentos de medición sobre la magnitud del problema y la prioridad social de su solución.²⁴

Ahora bien, para que un asunto se convierta en público, es decir, con posibilidades reales de que sea aceptado y procesado políticamente, requiere que

²¹ En este punto se entremezclan los intereses en juego entre los poderes políticos. Por ejemplo, la escala y organización de un grupo que respalda un determinado tema, la intensidad y la extensión entre ese grupo y el gobierno, la disponibilidad de recursos.

²² Casar, *op. cit.*, pp. 210-221.

²³ *Ídem.*

²⁴ Casar, *op. cit.*, pp. 218.

un actor político lo adopte como propio y le invierta capital político y los recursos necesarios.²⁵

Se dice que un tema ya es público cuando a) existe el reconocimiento - consenso- de un problema, b) se generan propuestas de alternativas y c) existen eventos políticos selectos.²⁶ Por ejemplo, la llegada de una nueva administración, el realineamiento en el Congreso y los cambios en la opinión pública. El resultado de la PP depende, en última instancia de la combinación de estos procesos. Por ello se dice que un problema tiene el status de público cuando es recuperado por alguna de las múltiples instituciones que integran al Estado.

1.3. Actores que intervienen en el proceso de formulación- implementación de políticas públicas: la intervención de las cortes constitucionales

Los actores que se encargan de llevar a cabo el proceso de creación- implementación de las PP dependen del tipo de régimen político que tiene un Estado, de su estructura parlamentaria, del ordenamiento territorial y de las reglas que determinan la distribución de poder.²⁷ Así, en dicho proceso intervienen diversos actores. A algunos se les denomina formales²⁸ debido a que tienen alguna facultad expresa en la Constitución o en la ley, o porque están insertos en los regímenes, estructuras u ordenamientos señalados. También suelen participar agentes que aunque no tienen ninguna función formal, sí llegan a ejercer poder en las PP. A estos se les conoce como informales y generalmente son los medios de comunicación, las empresas, los movimientos sociales, entre otros.²⁹ También tienen cabida diversas instituciones y recursos. Estos pueden variar dependiendo del sector y materia sobre los cuales sean aplicados.

²⁵ Por estas mismas razones sobresale el temor latente que se ejerzan monopolios sobre ciertas PP en detrimento de la representación plural de los intereses sociales.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ Casar, *op. cit.*, p. 230

²⁸ BID, *op. cit.*, p. 25

²⁹ *Idem*, p. 25.

En un gobierno democrático como el mexicano, los principales actores que intervienen en la formulación de PP son el Presidente, el Congreso y los Partidos Políticos.

La lógica de que un Presidente encabece la formulación de PP es porque fue electo por ciudadanos de todo el país y suele tener intereses afines a los bienes públicos nacionales. Por ello define el programa de gobierno de un Estado. En el caso de los legisladores, éstos son nombrados democráticamente y representan un determinado sector social, así que su representatividad es plural respecto de toda la sociedad³⁰ y, los partidos políticos son los encargados de convocar a elecciones, reclutan candidatos para los puestos políticos, movilizan el apoyo electoral y definen sus aspiraciones en materia de PP en caso de tener cabida en el nuevo gobierno. También tienen una función clave en la formación de los gobiernos, en la labor legislativa y la articulación y agregación de intereses de los ciudadanos.

El que los actores señalados lleguen a un acuerdo que diseñe e implemente una PP es complicado. La mayoría de las veces son decisiones políticas fragmentadas. Lindblom³¹ las describe como *algo que ocurre más que algo que se decide*, y por lo regular son influenciadas por diversos participantes e intereses. Esto es conocido como un “mutuo ajuste partidario”, que otorga cierto grado de pluralismo a una PP.³²

Cuando se crean e implementan las políticas públicas derivan un sinnúmero de disensos que suele convertirlas en fallidas, a veces sin posibilidad de dejarlas atrás. Esto pasa a menudo en la práctica. Es decir, existen diversos discursos, documentos preliminares, incluso marcos jurídicos que establecen una PP, sin

³⁰ Pese a esto, difícilmente, estas se logran concretizar sin el apoyo del Congreso, además no siempre las PP propuestas por el ejecutivo son las más idóneas. Aunque en teoría esa sea la pretensión.

³¹Lindblom, Charles. “Todavía tratando de salir del paso” en Aguilar Villanueva, Luis (comp.), *La hechura de las políticas*. 3ª ed. México, Porrúa, p.246.

³² Ya que no todos los intereses están representados por los participantes, ni tampoco su representación en las decisiones es proporcional a quienes representan, y ocasionalmente se involucran factores de corrupción o fraude, que en definitiva, no representan los intereses y valores sociales.

embargo ésta queda solamente en el papel, en la Planeación Nacional o en un intento de debate. A veces sucede que una problemática social se agrava por fallas estructurales en la actuación del gobierno y termina por vulnerar los derechos fundamentales de las personas, lo que genera un sentido opuesto al objetivo de las PP pues no se cumple con la realización de la dignidad humana.

Dichas problemáticas se acentúan dependiendo del proceso de creación-implementación en que se encuentre la PP: desde la falta de acuerdos para crearla, el desacuerdo sobre la problemática a tratar; el deterioro de la misma; su nula o mala implementación que derive en descontento social, hasta el agravamiento del problema que se pensaba resolver. Esto se debe en mucho, a que el gobierno³³ que se encarga de hacer y ejecutar las PP es un organismo social y humano que se encuentra sujeto a condiciones, contradicciones y retos propios de una democracia, mismos que requieren comprender que la lógica organizativa de la PP es parte un asunto político y de interpretación, así como de una red de relaciones y significados que mueven a las personas que la componen. En palabras de Arellano Gault³⁴ en las democracias contemporáneas las PP “están en parte sostenidas por un acto de fe: de que existe un proceso entre social y técnico, que permite establecer las decisiones y elecciones de tal forma que el mandato social pueda ser cumplido y ejecutado de una manera eficaz y partiendo de la existencia de recursos escasos”.³⁵ Sin embargo, la realidad es otra. Las organizaciones públicas buscan realizar mandatos diversos y ambiguos expresados desde arenas políticas diversas y por actores, externos e internos a las organizaciones que se disputan el poder sobre los medios y los fines, en un “campo de batalla legal, retórico y organizativo”.³⁶ En este punto entran las cortes

³³ Nos referimos a los poderes políticos, en este caso al Legislativo y Ejecutivo y a los organismos institucionales que dependiendo del régimen político de cada Estado y el marco legal, los faculta para llevar a cabo políticas públicas.

³⁴ Arellano Gault, David. “El enfoque organizacional en la política y la gestión públicas. Entendiendo las organizaciones gubernamentales”, en *Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública*. México, FCE-CIDE, 2010, pp. 61-79

³⁵ *Ídem*.

³⁶ *Íbidem*.

constitucionales al tema de las PP como mediadoras del conflicto³⁷ entre quienes se encargan de realizar y ejecutar las PP; como garantes de la constitucionalidad de PP establecidas en la leyes, en la propia Constitución, incluso en tratados internacionales en materia de derechos humanos y como protectoras de los derechos de las personas; de tal manera que delinear, modifican o consolidan las PP que no se han efectivizado por falta de acuerdos y sólo han quedado en el discurso político, incluso jurídico, pero no existe ninguna garantía al respecto; cuando las PP no realizan la dignidad de las personas; o simplemente cuando los poderes políticos han ejecutado acciones muy concretas, pero por algún desacuerdo político, éstas no se han cumplido cabalmente. De tal manera que presentan alguna inconsistencia en su estructura o su manera de llevarse a cabo.

El siguiente cuadro ejemplifica de manera teórica la forma en que deben actuar los poderes políticos al establecer una PP y la manera en que dichos poderes tergiversan su actuar en la práctica.

Lo que debe hacer el gobierno para llevar a cabo una PP ³⁸	Lo que el gobierno no hace: fallas de los poderes políticos
<ul style="list-style-type: none"> • Se plantea un problema con sus posibles variables, categorías e indicadores. • Se realiza uno o varios diagnósticos de las supuestas causas de los problemas, para definir criterios y seleccionar categorías y variables. • Se delimita el problema para que pueda 	<ul style="list-style-type: none"> • Sólo plantean problemas que a ellos les conviene según sus intereses políticos. • No llevan a cabo una investigación rigurosa del problema, por lo tanto no hacen delimitación alguna al respecto. • Sólo se involucran en una PP para ganar popularidad o puntos que favorezcan su carrera política.

³⁷ La lógica de la Teoría de Separación de Poderes, indica que el Poder Judicial es el contrapeso del Legislativo y del Ejecutivo. Estas funciones, aunque propias del Poder Judicial, son ejecutadas regularmente por una instancia específica, que varía su denominación y ubicación dependiendo del país. En la mayoría de los países se les conoce como cortes constitucionales y pueden estar dentro o fuera del Poder Judicial. En México se llama Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que se encuentra adscrita y encabeza al Poder Judicial.

³⁸ Cuadro elaborado con base en la información obtenida de los libros: Bardach, Eugene. *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas. Un manual para la práctica*. México, Porrúa-CIDE, 2008, y Merino, Mauricio, et al. *Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública*. México, FCE-CIDE, 2010.

<p>ser investigado en sus variables específicas.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se hace una evaluación que permita examinar las fallas en términos cuantitativos. • Se analizan los problemas significativos que pueden referirse a situaciones no sólo del pasado, sino que tiendan a prevenir el futuro inmediato. • Se señalan con precisión la población, las personas y el contexto que vive determinado problema. • Se negocia una definición del problema asociadamente aceptado. • Se recopilan sólo los datos que tienen que ver con el problema definido. • Se evalúa la naturaleza y la extensión de los problemas. • Se analizan las características particulares de la situación concreta. • Se evalúan las políticas que por lo menos algunas personas han pensado que funcionarán en situaciones aparentemente similares. • Se rastrean posibles soluciones en la información para identificar rutas, que permitan construir un marco referencial o conceptual. • Se construyen a partir de los datos obtenidos, un análisis estadístico de los mismos, junto con un enfoque cualitativo. • Se precisa una hipótesis y proposiciones específicas. Para ello se requiere analizar las causas del problema para después reducir y simplificar la lista de alternativas. • Se revisan las fuentes más comunes del cambio natural en el ambiente de políticas públicas, como los cambios políticos después de una elección, los cambios en los niveles de desempleo y en las tasas de inflación, la variación entre en estrechez y holgura, los cambios demográficos. • Se genera una matriz de resultados tanto adversos como óptimos. Se prevén los posibles resultados desde la perspectiva del otro, los efectos secundarios no deseados, los costos éticos, económicos. • Se genera una matriz de resultados tanto adversos como óptimos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Sólo plantean problemas que puedan resolverse a muy corto plazo, sin prever los impactos a mediano o largo plazo. • El consenso que realizan es sólo para ganar o pagar favores políticos, involucrándose con ello en temas de corrupción. • No toman en consideración los intereses de la población afectada por una problemática. • No miden los efectos secundarios no deseados, los costos éticos, económicos que puede traer una determinada decisión de PP. • La asignación de funciones y responsabilidades para cada órgano de gobierno o sociedad es ambigua. • No fijan metas e indicadores que permitan detectar si los fines de las políticas se han cumplido. • Los elementos que permitan la afectiva realización de la política pública son inexistentes o insuficientes. Por ejemplo, la falta de recursos humanos y administrativos necesarios para la implementación de las políticas. • No existen sistemas de evaluación de la política.
---	---

<ul style="list-style-type: none"> • Se prevén los posibles resultados desde la perspectiva del otro, los efectos secundarios no deseados, los costos éticos, económicos. • Se asignan funciones y responsabilidades para cada órgano de gobierno o sociedad que llevará acabo la PP. • Se fijan detalladamente los presupuestos y actuaciones de cada institución involucrada. • Se fijan metas e indicadores que permitan detectar si los fines de las políticas se han cumplido. 	
---	--

Dichas circunstancias y ante la práctica política e institucional existentes, no es una exageración cuestionar el diseño y la efectividad de las PP creadas e implementadas desde los poderes políticos. Basta escuchar los noticieros o leer los diarios sobre los escándalos de tráfico de influencias; los constantes desvíos de recursos en los parlamentos y en general en las instituciones gubernamentales; los intentos presidenciales por tratar de manipular las leyes en beneficio de sus intereses; las malas prácticas de los paridos políticos, entre muchos otros ejemplos que nos señalan que la preocupación de los poderes y partidos políticos se encuentra en sus propios intereses, sobre los problemas públicos. Dichas circunstancias tornan confuso y problemático el tema de las PP. A las dificultades prácticas se suman problemas de diseño institucional. O'Donnell³⁹ señala que los canales tradicionales de rendición de cuentas en un sistema democrático mediante el cual los electores controlan a los funcionarios electos, es decir, el voto, resulta esporádico y manipulable como para garantizar por sí mismo, la vigencia del orden democrático y de los derechos constitucionales. Por ello es fundamental “la existencia de agencias estatales que tienen la autoridad legal y están dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario, hasta sanciones legales en relación con actuaciones u omisiones de

³⁹ O'Donnell, Guillermo. “Hacia un Estado de y para la democracia”, en *Democracia-Estado-Ciudadanía. Hacia un estado de y para la democracia en América Latina*. Lima, Mirza Editores e Impresores, 2008, pp. 25-38

otros funcionarios o instituciones del Estado que pueden ser calificados como ilícitas”.⁴⁰ Se puede decir, que se requiere del control entre entidades estatales, como el que ejercen las cortes frente al Legislativo y el Ejecutivo para delinear las inconsistencias de las políticas públicas creadas o implementadas por dichos poderes o para abonar en la consolidación de políticas públicas efectivas. El BID⁴¹ establece que si el órgano encargado del control de constitucionalidad en un Estado es independiente de los poderes políticos puede ayudar a ser un mediador y delinear las PP muchas veces fallidas por falta de acuerdos.

1.4. La intervención de las cortes constitucionales en las políticas públicas: ¿un asunto de legitimidad?

Existe un fuerte debate sobre el papel que desempeñan las cortes constitucionales en el ámbito de las PP. Sobre todo se cuestiona si las cortes están configuradas para garantizar un Estado democrático de derecho que, *per sé*, adjudica la tarea de representación popular a los poderes políticos y, por ende, también les atribuyen la tarea de la creación-implementación de PP. Dado lo anterior, habrá quienes no estén a favor que las cortes constitucionales se involucren en las PP porque los jueces carecen de legitimidad democrática, al no ser electos popularmente. Al respecto se dice que la intervención de los jueces puede terminar sustituyendo el debate público y la movilización social como canales de solución de controversias y toma de decisiones democráticas.⁴² Hay quienes sostienen que aunque las cortes tuviesen legitimidad democrática -votos-, “no cuentan con las herramientas para desarrollar políticas públicas apropiadas e implementar las sentencias que ordenen reformas sociales significativas”⁴³ ya que se ocupan generalmente de casos individuales, tienen conocimientos limitados

⁴⁰ *Ídem.*

⁴¹ BID, *op. cit.*, p. 40-43.

⁴² Rosenberg, Gerald. *The Hollow Hope Can Courts Bring About Social Change?* Second Edition, Chicago: University of Chicago Press, 2008, pp.16-40

⁴³ *Ídem.*

sobre asuntos de PP y dependen de las otras ramas del poder estatal para hacer cumplir sus fallos; además, carecen de la visión de conjunto, aquella que se vislumbra en los parlamentos; la planeación a largo plazo, el poder coercitivo y la información técnica para resolver problemas colectivos.⁴⁴ Sobre este punto hay que decir que tanto legisladores y jueces son quienes asignan de forma práctica un sentido normativo a determinados hechos⁴⁵ y ambos deben estar capacitados, condicionados e informados al momento de resolver los problemas sobre los cuales actúan, de tal modo que sus conocimientos no deben ser de ninguna manera limitados como sostienen las críticas. La incorporación del conocimiento científico y la información técnica al derecho no es una tarea sólo legislativa, esa es una responsabilidad de cada una de las instituciones públicas que tienen en sus manos asuntos que impactan en lo social.

Por otro lado, los sistemas políticos de las democracias, al menos los de América Latina se caracterizan por un estancamiento estructural que frustra la realización de los derechos constitucionales. Dicha obstrucción deriva en deficiencias y a veces, en la inexistencia de PP que resuelvan los problemas sociales urgentes.

Este trabajo sostiene que las cortes constitucionales son instituciones adecuadas para auxiliar el buen funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos fundamentales a través de una concepción de la democracia que enfatice la importancia de la deliberación pública y el control entre poderes. Se trata entonces, de hacer un ejercicio colectivo, de coordinación entre poderes del Estado sobre los temas complejos. Quizá requiere hacer una ingeniería constitucional y social,⁴⁶ situación que impide que una sola parte resuelva los problemas. En este contexto, la intervención judicial en las PP profundiza la democracia en lugar de desgastarla o contrariarla porque no trata de

⁴⁴ *Íbidem.*

⁴⁵ Ver, Cossío Díaz, José Ramón. "Ciencia y Derecho". Periódico El Universal Editoriales. 17 de mayo de 2011.

⁴⁶ Attili Antonella y Salazar, Luis. *Justicia y Poder Judicial en México. Entrevista con José Ramón Cossío Díaz*. Posiciones, materiales para la discusión, número 3. Instituto de estudios para la transición democrática. A.C. México, D.F., 2000, pp. 20-25

sustituir la función de los poderes políticos en la creación o la implementación de las políticas públicas. Sino que únicamente ayuda a delinear o consolidar las políticas públicas que por falta de acuerdos políticos o debido a fallas estructurales en su creación o implementación, presentan inconsistencias que impiden que se ejecuten. Es decir, se trata de entender que las cortes preservan el ámbito constitucional. Mismo que, a su vez, trata de evitar las problemáticas sociales que resuelven las políticas públicas y en este sentido “la Constitución no es el patrimonio o la expresión de un solo grupo, sino la arena donde distintos grupos dirimen conflictos políticos, o posiciones sociales e ideológicas al interior de la propia Constitución”⁴⁷ “se trata de comprender a la Constitución como un marco de convivencia que pretende resolver conflictos y no pretende imponer regularidades, homogeneidades o uniformidades”,⁴⁸ de tal suerte que cuando acontecen situaciones complejas en las PP se acude a las cortes y estas resuelven los casos con base en la Constitución y brindan una forma genérica de convivencia entre distintos grupos para que, finalmente puedan desarrollar cabalmente una PP. En los capítulos posteriores se ilustra este argumento con base en casos resueltos por diversas cortes constitucionales y particularmente, destaca la sentencia de amparo 1472/2007 emitida por la Corte de México que prohibió iniciar un proceso penal en contra de cualquier persona farmacodependiente. Dicha sentencia abrió espacios participativos y deliberativos entre la Corte y los poderes políticos a fin de implementar un fallo que involucró a todos los afectados por un problema de drogadicción.

En una democracia constitucional, las cortes tienen legitimidad para “solucionar los conflictos políticos en razón de lo que estima su imparcialidad respecto de la totalidad de los actores políticos y dada la objetividad que se supone han de mantener en la interpretación de las normas jurídicas, a fin de no dar lugar a al propio juego político. La necesidad de encontrar imparcialidad en momentos de fricción y de confianza a fin de evitar una lucha abierta, hace que los

⁴⁷ *Ídem.*, p.14.

⁴⁸ *Ídem.*

actores políticos no reparen en ocasiones en aquello que implica trasladarle funciones a un órgano no constituido democráticamente, para que determine la constitucionalidad de las decisiones de los órganos representativos”.⁴⁹

No es el objetivo de este trabajo adentrarse en el debate sobre la función que debe tener cada poder político ni las cortes constitucionales en temas de democracia y de PP. En primer lugar porque no se trata de sustituir las funciones que le corresponden a un poder sobre otro; en segundo porque los Estados tienen diversas formas de Gobierno, regímenes políticos y tipos de cortes constitucionales que amparan que no exista una visión unificada sobre sus atribuciones. Por esta misma razón en este trabajo no es una tema de disputa el que las cortes constitucionales delinee las PP;⁵⁰ porque partimos de la idea de que los poderes políticos son quines diseñan e implementan las PP. Sin embargo, si la corte al confrontar el diseño de las PP encuentra divergencias o inconsistencias, es su obligación enviar su resolución a los poderes pertinentes a fin de que reaccionen y ajusten las PP a los márgenes constitucionales, internacionales y legales.

Lo importante aquí es agilizar un procedimiento de toma de decisiones que “permita la acción colectiva sin necesidad de ponernos de acuerdo allí donde la acción colectiva es necesaria y el acuerdo imposible”.⁵¹ Es decir, se propone un procedimiento de toma de decisiones que promueva la deliberación de los asuntos de PP y que proporcione alternativas de solución a problemáticas sociales cuando los poderes políticos fallen en su ejercicio de creación-implementación de PP; cuando no hagan bien su trabajo como solucionadores de los conflictos públicos; también cuando tergiversen el enfoque de las PP al no realizar la dignidad de las personas; cuando sus posibles acciones se queden sólo en el discurso político; o

⁴⁹ Cossío Díaz, José Ramón. *Constitución, Tribunales y Democracia*, México, THEMIS, 1998, p. 221.

⁵⁰ Las cortes intervienen de forma plausible en las PP cuando los poderes políticos no llevan a cabo las PP en las que urge hacer algo ya que un problema social está latente. Tal es el caso de Colombia y Argentina.

⁵¹ Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid, Marcialpons, 2008, pp. 73-95

simplemente cuando hagan un buen trabajo en el diseño e implementación de las políticas públicas, pero aún así existan inconsistencias que necesiten ser mejoradas.

En este trabajo se considera que las relaciones entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial son necesariamente complementarias para una dinámica constitucional efectiva y, por ello es importante que los poderes políticos y las cortes constitucionales se involucren en temas de PP. Al respecto, Owen Fiss⁵² señala que las cortes constitucionales actúan en un contexto institucional en el que deciden después de participar en un diálogo sujeto a mecanismos de control argumentativo y racional sometido a reglas procesales y a principios constitucionales que los obliga a justificar su decisión de forma razonable. Con ello se garantiza en mayor medida la objetividad de sus decisiones respecto de aquellas emitidas por las asambleas legislativas que no actúan en ese contexto institucional. Esto es lo que Alexy ha identificado como la "representación argumentativa" de los tribunales frente a la tradicional representación parlamentaria.⁵³ Además, Ginsburg⁵⁴ sostiene que las cortes necesitan ser vistas como árbitros adecuados bajo fuerzas políticas competidas que ganarán algo de su existencia. Así, los actores políticos minoritarios y mayoritarios, así como la propia sociedad deberán estar interesados en proteger a las cortes como foros adecuados donde sus intereses presentes o futuros puedan ser defendidos en caso de ser derrotados en la arena política.

⁵² Fiss, Owen, "Las formas de la justicia", *El derecho como razón pública*, trad. de Esteban Restrepo, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 21-76.

⁵³ Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 10-32

⁵⁴ Ginsburg, Tom. *Judicial review in new democracies: Constitutional Courts in asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 56.

1.5. Cortes constitucionales y políticas públicas

En los años cincuenta Robert Dhal⁵⁵ apuntó que no era la intención de las cortes constitucionales bloquear a la mayoría gobernante que elaboraba las PP nacionales. Desde entonces, al menos en Estados Unidos, se considera que la Corte Suprema y, por ende, los jueces constitucionales forman parte del gobierno y se adentran en las decisiones del mismo a través de sus resoluciones, ya sea delineando, modificando o suprimiendo las políticas públicas.

Esta investigación sostiene que una corte constitucional interviene en las PP 1) al ser mediadoras del poder político, 2) al fungir su papel de revisoras de la constitucionalidad de leyes o 3) cuando protegen los derechos de las personas. En los tres casos lo jueces constitucionales practican el activismo judicial porque se “inspiran en el valor de la congruencia del derecho con la conciencia social”⁵⁶ y favorecen la mejor distribución de los recursos dentro de una PP. También se habla de que las cortes son activas judicialmente cuando proponen una solución más allá de los planteamientos de las partes, o superan ciertas restricciones a las interpretaciones⁵⁷ lo que permite contribuir al desarrollo del Estado de derecho y con ello fortalecer los derechos de las personas,⁵⁸ particularmente la dignidad humana que promueve la PP. Si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos redefinen la relación entre poderes y promueven la democracia. La corte puede ser una institución que promueva el Estado de derecho y haga aceptar a los gobernantes que deben subordinarse a un orden constitucional. Lo cual puede ser muy benéfico para

⁵⁵ Dhal, A. Robert. *La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas*. Trad. María Luisa Piqué y María Victoria Ricciardi. *Revista de la Universidad de Palermo*. Palermo, núm. 8, septiembre 2007, pp. 82-98.

⁵⁶ Alexy. *op. cit*, p. 27.

⁵⁷ Cossío Díaz, José Ramón. *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, p. 174.

⁵⁸ Domingo, Pilar. “La judicialización de la política: el nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político mexicano”, en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena (comps.) *Justicia, política y derechos en América Latina*. Prometeo Libros, Buenos Aires Argentina, 2007, p. 32.

estos últimos en la medida que reduce la inestabilidad e incertidumbre en las relaciones entre Estado y sociedad y aumenta la posibilidad de gobernar con mayores niveles de aceptación pública.⁵⁹

En el primer supuesto señalado de intervención de las cortes en las PP, las cortes se tornan activas judicialmente al ser mediadoras del poder político y observan cierta debilidad en las instituciones democráticas que trasladan a la esfera judicial los conflictos colectivos que eran resueltos en otros espacios públicos, políticos o sociales. En cierta medida, esto se debe al reconocimiento de derechos directamente justiciables que restringen el espacio de actuación de los órganos políticos. Aquí, las cortes constitucionales actúan como un mecanismo de participación en la esfera política que complementa los otros canales institucionales propios del juego democrático.

Ante el reclamo colectivo de derechos políticos y sociales, en los que se requiere que el Estado adopte medidas positivas, la respuesta de la administración judicial puede asumir diversas vertientes que pueden dar pie a su relación con los demás actores estatales y políticos. Por lo tanto, en el segundo supuesto, cuando las cortes son revisoras de la constitucionalidad de leyes se atienden las omisiones de las autoridades competentes en la implementación de las leyes; las prácticas inconstitucionales por parte de los poderes políticos en los temas públicos; la falta de medidas administrativas, legislativas, incluso, económicas requeridas para atender un problema social.

En el tercer supuesto las cortes se tornan activas cuando conocen de los recursos de protección de derechos fundamentales. En algunos países como México, estos recursos sólo tienen efectos para la persona que lo promovió. Sin embargo, el activismo de la corte consiste que a partir de un caso concreto se delinee aspectos de PP enfocados a cierto sector de la población y no sólo a un caso en específico.

⁵⁹ Domingo, *op. cit.*, p. 33.

1.5.1. La importancia de la intervención de las cortes constitucionales en las políticas públicas

En la “conversación internacional” *Judges in Contemporary Democracy*⁶⁰, celebrada por los jueces y académicos, Robert Badinter, Stephen Breyer, Antonio Cassese, Ronald Dworkin, Dieter Grimm y Gil Carlos Rodríguez Iglesias se abordaron temas relacionados directamente con el empoderamiento que en la actualidad tienen las cortes constitucionales, y con ellas, los jueces, al ser los mediadores en las controversias cotidianas y cuestiones de carácter público y político. La conversación inició con cuatro temas que actualmente le otorgan mayor poder político a la Corte y por ende, mayor impacto en las PP. Dichos temas son los siguientes:

1. Existe un proceso general de la regulación legal de nuestra vida y la expansión de la actividad legislativa y de legislación, que provoca una necesidad de depender principalmente de los jueces debido a la falta de medios tradicionales de solución de controversias.
2. Los políticos están cada vez más dispuestos a someterse al escrutinio judicial, lo que permite a los jueces tener más control de los actos políticos.
3. Se vive una internacionalización del sistema judicial.
4. Los partidos políticos en las democracias pluralistas suelen resolver problemas sociales con actitudes a corto plazo evidenciando su falta de interés en los valores a largo plazo. En contraste, existe una preferencia de la sociedad por el largo plazo y esos valores se establecen en las resoluciones judiciales.

Al día de hoy, las cortes son un canal de acceso para diversos sectores sociales. Una razón consiste en que las personas que no están en el poder buscan que se

⁶⁰ Badinter, Robert and Breyer, Stephen. *Judges in contemporary democracy. An international conversation*. New York, New York University Press, 2004, p. 9-15.

les salvaguarden sus derechos básicos.⁶¹ Además, los mismos políticos acuden a la corte a dirimir sus controversias. Lo que representa un cambio en la estructura de las PP, ya que el Poder Judicial se convierte en un mediador de éstas.

Las cortes no se limitan a declarar la legalidad o constitucionalidad de leyes o actos. Van más allá. Una corte al interactuar en los problemas públicos o en las PP⁶², suele construir los vínculos y acuerdos necesarios entre el derecho y la política y entre los propios poderes. La corte delinea, redefine, las PP que presenten alguna controversia en sus estructuras, en su lenguaje, en sus propósitos o en la manera de llevarse a cabo. Su legitimidad estriba en demostrar la aplicación efectiva de ciertas normas. “La Corte puede hacer política a nivel nacional, su discrecionalidad, entonces, no es diferente a aquella de un poderoso legislador en el Congreso, que no puede, en general, anular las políticas básicas sobre las cuales existe un acuerdo sustancial entre el resto de los líderes dominantes, pero frecuentemente puede, dentro de estos límites, determinar cuestiones como el manejo de los tiempos, la efectividad y el cumplimiento de esa PP”.⁶³

Para autores como Epstein y Knight⁶⁴ esto significa que dentro de un esquema de separación de poderes, las cortes actúan de manera estratégica, por lo que toman decisiones después de ponderar las preferencias de los demás actores políticos, dadas las restricciones del marco legal. Esto, con el fin de evitar que las decisiones judiciales que se encuentren muy alejadas de las preferencias de los políticos sean objeto de acción punitiva. Por ejemplo, que el Congreso redacte una nueva legislación que prevalezca sobre la anterior.

Una corte conoce de un problema de PP cuando se adentra en un conflicto que tiene carácter público. Si lo público consiste en un problema recuperado por alguna de las múltiples instituciones que integran al Estado. Se puede decir que la corte conocerá de un conflicto de esta índole cuando sea impugnado por los

⁶¹ Badinter, *op. cit.* 29

⁶² Propiamente elaboradas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ Epstein, Lee and Knight, Jack. *The choices justices make.* United States of America. CQ Press, 1998, p. 57

Poderes Federales y locales de un Estado, por las instituciones que lo conforman, y sobre todo, por la sociedad. Por ello es importante que cuando las cortes conozcan estos temas emitan decisiones que consideren las preferencias, las respuestas esperadas de los demás actores y el contexto institucional. Tal como lo señalan Owen Fiss y Robert Alexy.⁶⁵

1.6. El comportamiento de las cortes constitucionales y de sus jueces en el ámbito de las políticas públicas

Toda corte para resolver un problema público debe hacer un ejercicio de interpretación de principios constitucionales o de derecho internacional, con el objetivo de resolver un problema determinado. Rober Burt⁶⁶ pone un ejemplo muy claro al respecto, aún cuando lo dirige a su país deja entrever los problemas de interpretación que realizan todas las cortes en el mundo. Burt dice que muchas veces, la Constitución es concebida como un aspecto de derecho privado (no del derecho público como doctrinalmente tiene que ser). Así que, para su ejemplo se basa en un acto de compraventa de un vehículo: si dos personas acuerdan una en comprar y otra en vender se establece un vínculo que, en principio, no tiene ningún inconveniente. Los problemas surgen después, cuando comienzan a observarse ciertas fallas de accesorios o funcionamiento del auto. Por ejemplo, ¿qué sucede si el automóvil adquirido no contiene llanta de refacción? Cualquiera diría que ese asunto se soluciona de forma posterior a la compraventa. Los involucrados, quizá verán algún problema que antes no previeron; sin embargo, pueden llegar a un acuerdo.

Esto se asemeja a la interpretación constitucional, pero de forma más compleja. En primer lugar, porque si se sigue observando como un contrato, aquí las partes, son nada menos que los integrantes de un país. Por lo tanto al surgir

⁶⁵ Cfr. Fiss y Alexy, *op cit.*

⁶⁶ Burt, Robert. "Metodología y metáfora en derecho constitucional". Trad. Lorenia Trueba Almada, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. México, núm. 6, abril 1997, pp. 32-51.

un conflicto posterior al momento de consolidación de una Constitución -como la llanta de refacción- surgen más complicaciones: ¿cómo sabrían los redactores de la Constitución resolver conflictos aún no previstos aunque tuvieran toda la disposición de hacerlo? Aunque los aspectos sustanciales relativos a la controversia no fueron tratados en la negociación inicial de un contrato, quizá las partes hubiesen pensado y discutido más rigurosamente sobre sus circunstancias particulares. Pero un documento constitucional es más complicado que esas presuposiciones. Sus autores no resolvieron el problema al que intentaron dirigirse, sin embargo, muchos de los problemas que se generarían posteriores a su creación eran irresolubles para ellos, porque ni siquiera los imaginaban.

Si percibimos la tarea del control jurisdiccional desde esta perspectiva, se observa lo errado que es pensar en la interpretación constitucional y la resolución que dan los jueces a un problema “público” como una tarea fácil.

Las cortes, particularmente, los jueces constitucionales como interventores en el ámbito de las PP intervienen en aquellos casos en los que los poderes políticos dejan ciertas inconsistencias en el diseño o desarrollo de las PP, por lo que su labor estriba en vigilar y garantizar que los canales de agregación de preferencias y de acceso a la representación política estén abiertos para todos. Este tipo de intervención ha sido estudiado por la doctrina norteamericana como *judicial behavior*,⁶⁷ que analiza el comportamiento judicial: ¿qué hacen los jueces y por qué lo hacen? Algunos ejemplos de dichas teorías son los siguientes:

1.6.1. Neoinstitucionalismo⁶⁸

Es un modelo creado desde un enfoque de la ciencia política por James G. March y Johan P. Olsens⁶⁹. Surgió gracias a las visiones constitutivas y normativas de la

⁶⁷ Sunstein, R. Cass. *Behavioral, law and economics*. Unit Kingdom, Cambridge University Press, 2000, p. 15-26.

⁶⁸ Clayton, Cornell W. “The Supreme Court and political jurisprudence: new and old institutionalism”, *The Supreme Court decision-making. New institutionalist approaches*. Chicago, University of Chicago Press 1999, p. 30-51

política y el papel que desempeñan las instituciones en el ámbito público. De acuerdo con March y Olsen⁷⁰, “en el nuevo institucionalismo, los individuos desarrollan ellos mismos, sus comunidades, y el bien público”.⁷¹ Desde ese punto de vista, la participación en la vida cívica es la forma más alta de la actividad de una persona. La política es considerada como la educación, como un lugar para descubrir, elaborar y expresar significados. Es simbólica, no como los dispositivos de los poderosos para confundir a los débiles. Es un instrumento de orden interpretativo. Por lo tanto, la ruta prometedora para la investigación institucional futura es construir vínculos y acuerdos entre el derecho y la política. Esto requiere de expertos para ver a las opciones judiciales no como actos discrecionales, sino como parte de un sistema institucional más amplio, o régimen político que le da sentido a sus distintos componentes. Esto significa que lo que marca este enfoque no es tanto el reconocimiento y la comprensión del significado de las decisiones judiciales, sino la importancia de colocarlas en el contexto político adecuado. Es decir, los espacios adecuados para descubrir, elaborar y expresar significados y, sobre todo, en los espacios y las personas que necesitan ser verdaderamente cobijados por resoluciones loables.

1.6.2. Attitudinalists

Es un modelo ideológico elaborado por Harold Spaeth y Jeffrey Segal⁷² que se basa en el contexto institucional de los jueces. Considera que éste es tal, que se puede aprender mucho sobre la política judicial simplemente centrándose en sus preferencias políticas. Este modelo explica las decisiones de los jueces de la corte a partir de sus convicciones y perfiles ideológicos. Esto es, entre más progresistas sean los jueces serán más proactivos en cuanto a derechos fundamentales se

⁶⁹ *Ídem.*

⁷⁰ *Ídem.*

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² *Íbidem.*

refiere. Por ejemplo, en la denominada "Corte Warren" existían jueces progresistas y liberales y sus resoluciones se ajustaban a esta ideología.

En el *attitudinalists*, los jueces toman sus decisiones y votan según sus preferencias políticas e ideológicas. En cuanto a dichas preferencias, Sunstein⁷³ señala que en la actualidad, muchos jueces viven un fenómeno de "derechización",⁷⁴ puesto que dejan una marca ideológica y partidista en sus decisiones, que en muchas ocasiones no favorece a la sociedad.

1.6.3. Minimalismo judicial

El propio Sunstein⁷⁵ avala el llamado método minimalista porque con base en sus estudios ha comprobado que las sociedades tienden a ser minimalistas: todos damos pasos cortos. Por lo que resulta factible resolver reglas específicas para casos concretos. Esto da lugar a que no se creen grandes reglas abstractas que gobiernen casos futuros más amplios, ya que los resultados de una decisión pueden ser inesperados. Además, es difícil prever el impacto de una decisión judicial. Decidir caso por caso puede reducir los costos de ciertos errores en el futuro. Una decisión minimalista puede ser ampliada por una corte posterior convirtiéndola en maximalista, es decir, extensiva para la sociedad.⁷⁶

Considerando estas teorías, sólo por vía de ejemplo, se puede decir que la función de la corte en asuntos que involucren PP es la de un canal de acceso a todas las personas e instituciones para resolver un problema público. En principio haciendo

⁷³ Sunstein, R. Cass. *Radicals in Robes: Why extreme Right- Wing are wrong for América*. United States for América, Basic books, 2002, p. 59.

⁷⁴ Sunstein analiza diversas posturas utilizadas por los jueces norteamericanos al momento de argumentar una determinada resolución. Por ejemplo, habla de los fundamentalistas, maximalistas, los que se basan en teorías mayoritarias o democráticas, y sobresale el minimalismo, ampliamente estudiado por el autor.

⁷⁵ Sunstein, R. Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism at the Supreme Court*, 2a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 61-74.

⁷⁶ El maximalismo crea un peligro adicional y es que el Congreso no aborde por la vía legal la discusión de los temas porque la Corte ha cerrado el debate al señalarle límites muy estrechos para su actuación. Esto impediría la discusión y decisión democráticas.

un trabajo de “caso por caso”. La función de la corte es construir los vínculos y acuerdos necesarios entre el derecho y la política. En esta función los jueces desempeñan un papel trascendental, pues ellos canalizan las demandas sociales hacia los acuerdos necesarios para su resolución. Al principio, haciendo pequeñas contribuciones que a la larga se traducen en grandes cambios; su apego a la norma constitucional y el razonamiento jurídico que hacen respecto a un determinado tema les otorga su legitimidad. La forma de resolver los asuntos hace que creen precedentes que pueden fomentar “grandes pasos” en un futuro.

1.7. Formas en que interviene una corte constitucional en las políticas públicas

Como se dijo, las formas en que intervienen las cortes constitucionales en las PP son como 1) mediadoras del poder político, 2) al fungir su papel de revisoras de la constitucionalidad de leyes o 3) cuando protegen los derechos de las personas. En los tres casos los jueces constitucionales pueden practicar el activismo judicial. Esto lo hacen a través de dirimir conflictos constitucionales promovidos en litigios ya sea por vía de los poderes políticos o por la sociedad. Así, las cortes advierten a los poderes políticos sobre su función y desempeño en un determinado problema público y realizan un esfuerzo de coordinación entre poderes y, en ocasiones les imponen obligaciones a éstos.

La implementación de derechos, preceptos constitucionales o legales en las PP depende de las actividades de planificación, previsión, presupuestación e implementación que corresponde a los poderes políticos. Ello, limita a la Corte la tarea de suplir la inactividad de aquellos; sin embargo, en sus sentencias sí les dice cuáles son sus errores y las maneras constitucionales de enmendarlos. Como se dijo, se trata de una coordinación entre poderes que torne eficaces las PP. Ante estas circunstancias la Corte interviene de formas variadas ya que busca la garantía de acción de los demás poderes políticos en las PP. La discusión que

deviene de dichas intervenciones consiste en lo que Abramovich⁷⁷ denomina *la extensión del remedio concreto* que determinará la corte. Es decir, si las normas constitucionales, internacionales o legales fijan pautas para el diseño de PP de las que dependa la vigencia de ciertos derechos y de la dignidad humana y los poderes respectivos no han adoptado ninguna medida, será la corte quien reproche esa omisión y les reenvíe el caso para que elaboren alguna medida. Esto puede considerarse como la participación de un dialogo entre los distintos poderes de Estado para la concreción de un programa jurídico-político establecido por los estándares jurídicos. En los casos extremos en los que los poderes públicos sean totalmente omisos a una acción que debiesen implementar o no exista una colaboración entre los poderes políticos, entonces los jueces constitucionales pueden emitir una determinación concreta de medidas a adoptar.

El BID⁷⁸ desarrolló algunos parámetros que esgrimen la manera en que las cortes pueden intervenir en las PP:

A) **Jugador con poder de veto:** Con esta función las cortes vetan leyes con base en la Constitución. Si una corte es independiente y lleva a cabo esta tarea, las PP que construya pueden ser más difíciles de modificar de forma arbitraria. La función de veto tiende a ser más amplia en cuanto a su impacto cada vez que se aplican decisiones con efectos generales y no se avocan a un caso específico con efectos particulares.

Ansolabehere⁷⁹ hace una clasificación respecto al poder que tienen las cortes al vetar leyes propuestas por otros poderes y las clasifica en activas en un mayor o menor grado:

- cortes independientes activistas: Sus decisiones vetan políticas públicas propuestas por el Legislativo y el Ejecutivo.

⁷⁷ Abramovich, Víctor. "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Haydée Birgin y Beatriz Kohén (comp.) Buenos Aires, Biblos, 2006, pp.59-82.

⁷⁸ BID, *op. cit.*, p. 87

⁷⁹ Ansolabehere, Karina. *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. 1a ed. México, FLACSO-Fontamara, 2007, pp. 25-62.

- cortes activistas atenuadas: No ejercen mucha actividad de veto en PP debido a que tienen mermada su independencia.
- cortes reactivas estables: No influyen o no intentan influir con sus decisiones en las políticas públicas establecidas por los otros poderes, sino que ponen límites generales y evitan intervenir en cuestiones políticas y de PP. La autora ubica a México en este grupo.
- cortes reactivas complacientes: Sólo ponen límites. No modifican PP y regularmente complacen al poder político.
- cortes minimalistas: Presentan continuidad institucional pero no son independientes. Intervienen mínimamente en las decisiones de PP y cumplen con una función legitimadora de las decisiones gubernamentales.
- cortes personalistas: Existe una subordinación clara a un dictador. Por lo que su intervención en PP es omisa.

B) **Jugador proactivo.** Se refiere a la facultad de las cortes para emitir una interpretación con respecto a una legislación. Con ello, imponen sus preferencias sobre los resultados de las PP que se adoptan.

A través de estas funciones “jugador con poder de veto” y “jugador proactivo”, la corte interviene en las PP al fungir su papel de revisora de la constitucionalidad de leyes. En México, se puede llevar a cabo cuando la Suprema Corte conoce una acción de inconstitucionalidad.

C) **Arbitro imparcial.** Al asumir este papel, las cortes velan por una aplicación efectiva de las PP al actuar como agentes externos que hacen cumplir los compromisos asumidos por otros poderes y como mediadoras entre los inventores de una PP. Por ejemplo, una corte juega este papel cada vez que evita que el Ejecutivo se exceda en sus facultades, o cuando impide

que el gobierno aplique impuestos que supuestamente no debe imponer. Esta función facilita los acuerdos políticos necesarios para que se hagan reformas a las PP y su puesta en práctica se lleve a cabo de forma eficiente.

La corte desempeña la función de “árbitro imparcial” al ser mediadora del poder político. En México lo realiza a través de las controversias constitucionales.

D) **Representante de la sociedad.** Con esta función una corte hace cumplir las disposiciones constitucionales de igual protección de derechos a grupos marginados y ciertos sectores de la sociedad que buscan un canal alternativo de representación social.

La corte “representa a la sociedad” cuando protege los derechos de las personas. Esta función generalmente la hace con algún tipo particular de recurso, en México se llama amparo. En este caso, la Suprema Corte debe ser funcionalmente activa para que pueda favorecer a un determinado sector social, incluso a una mayoría. Sin embargo, no sólo a través de éste recurso puede beneficiar a la sociedad. La corte también puede ser activa y ofrecer un beneficio social a través de todos los recursos que conoce.

Por otro lado, cuando las legislaturas u otras instituciones han abdicado en su papel de formuladores de PP eficaces. Las cortes se convierten en un punto clave para tomar el relevo. El panorama democrático actual exige que los jueces se involucren en la política legislativa. Breyer⁸⁰ hace un ejemplo significativo al respecto. Cuando el Congreso prohíbe la discriminación, ¿la ley se refiere únicamente a las acciones discriminatorias intencionalmente, o en esa palabra también incluye actos sin intención con un efecto discriminatorio? En estos casos el Congreso no puede ser el revisor de su propio asunto. Por ello, es conveniente

⁸⁰ Badinter, *op. cit.*, p. 46.

dejar el asunto a la corte. El mismo fenómeno puede ocurrir con la discriminación racial, con la reforma de prisión, e incluso con ciertas leyes penales. Ya que es el mismo poder legislativo quien utiliza un lenguaje ambiguo en sus promulgaciones y la corte debe aclararlo. La corte al hacer una interpretación de un precepto constitucional puede enriquecer los lineamientos propuestos para una PP.

1.7.1. Formas en que la intervención judicial delinea o consolida las políticas públicas

Hasta ahora, aunque los enfoques de intervención de las cortes en las PP que se han estudiado son 1) cuando son mediadoras del poder político, 2) al revisar la constitucionalidad de leyes y 3) cuando protegen los derechos de las personas. Cabe decir que el margen de actuación de la corte en estas intervenciones puede variar considerablemente: desde confirmar la legalidad de una política pública ya asumida, hasta ejecutar una ley o una norma administrativa que fije obligaciones jurídicas en materia social; puede también fijar un marco dentro del cual la administración deba diseñar e implementar acciones concretas y monitorear su ejecución; también determinar una conducta a seguir, o simplemente puede declarar a un Estado como moroso respecto de una obligación, sin imponer un remedio procesal o de ejecución determinados.⁸¹

Así, una corte puede desarrollar un plan para descongestionar cárceles superpobladas a partir de un caso que, en principio, tenía efectos particulares; también mejorar las condiciones de detención de enfermos de VIH en las cárceles; implementar mecanismos de consulta a poblaciones indígenas; suministrar medicamentos a un determinado sector de la población, entre otros.

En principio, la actuación judicial puede declarar la omisión de un Estado como violación a un determinado derecho y también puede emplazar al Estado para que lleve a cabo la conducta omitida. En estos supuestos es indispensable la

⁸¹ Abramovich, *op. cit.*, pp. 59-82.

información pública disponible y la conducta previa del Estado, que contribuyan a acotar la discusión sobre asuntos de PP o de índole técnica. Un caso en el que la corte interviene para juridificar las medidas de PP asumidas por el Estado consiste en que la corte acepta una medida diseñada por los otros poderes estatales y, a través de su resolución establece una obligación legal de cumplimiento. Es decir, la corte examina el incumplimiento de los poderes políticos dentro una PP.

Otra medida que puede acoger la corte es la de valorar ella misma la PP a adoptar. Esto sucede ante la pasividad de los demás poderes políticos frente a la vulneración de un derecho fundamental. Así, la corte verifica la existencia de una medida de PP adecuada y ordena su realización. Por ejemplo, en el caso de una persona con una enfermedad de suma gravedad, que sólo puede ser curada con la administración de un medicamento específico y que sus familiares no se encuentran en condiciones de proporcionar, entonces la corte puede asumir la elección de la medida a adoptar.

Otro tipo e intervención judicial consiste en declarar la omisión del Estado en materia de PP. Sin embargo la corte no dispone una medida de reparación. Aunque en estos casos la acción no es ejecutable, las sentencias constituyen una medida importante de canalización de necesidades de la agenda pública hacia los poderes políticos, a través de acciones con base en principios y derechos y, no sólo por demandas partidarias. Es decir, la corte fija parámetros, da pautas, señala qué se puede hacer en una problemática dada. Aunque no hace efectivo un mecanismo de solución, sí lo sugiere.⁸²

En el marco de nuestras democracias incipientes, el Congreso por lo general no asegura la efectividad de los derechos de las personas, así que en ocasiones, es necesario el litigio como un mecanismo que reclame la implementación y cumplimiento de PP que garanticen la dignidad de las personas. En estos casos, es importante que la corte comunique a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones.

⁸² Abramovich, *op cit.*, p. 67-70.

Por otro lado, la corte también puede hacer transitar la regulación existente, -a veces antiquísima- a situaciones actuales que la sociedad demanda⁸³. Un ejemplo de ello, es el matrimonio entre personas del mismo sexo. Este tema no fue previsto por los Códigos Civiles desde su creación; sin embargo, tuvieron que ser adaptados al contexto social actual. Grimm⁸⁴ señala que ese tema en Estados Unidos únicamente se aplicó para un Estado en particular, sin obligar a otras legislaturas a adoptar esas reglas. Este es un punto clave que en ocasiones hacen las cortes para no confrontarse con otras entidades que ni siquiera viven ese conflicto, o al menos no lo han manifestado.

El siguiente cuadro armoniza las formas de intervención de las cortes constitucionales en las políticas públicas que se han señalado.

Intervención de la corte constitucional en la política pública ⁸⁵	Discrepancias por las cuáles los asuntos de PP llegan a la corte	Institución que impugna la política pública	Formas en que la intervención judicial delinea o consolida las políticas públicas	Resultado de la intervención
	Los poderes y partidos políticos no logran los acuerdos necesarios en el diseño o la implementación de la política pública.	En general, los poderes y partidos políticos. En México pueden interponer la controversia constitucional:	Determina, con base en la Constitución, tratados internacionales y el marco legal, una acción que haga efectivo el cumplimiento de una política pública.	La corte delinea la política pública, incluso abona en la consolidación.
	Quienes crean la política pública atribuyen responsabilidades de implementación a algún otro poder del	La Federación: el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión (Poder Legislativo),	Determina con base en la Constitución, las atribuciones competenciales que tiene cada poder, partido u organismo	Delinea la PP.

⁸³ Badinter, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁴ Badinter, *op. cit.*, pp. 48-50.

⁸⁵ Cuadro propio elaborado con las lecturas que se han citado hasta ahora. Además con la información de las sentencias que se analizarán a lo largo de esta investigación.

<p>1) mediadoras del poder político</p>	<p>Estado en cualquier ámbito de gobierno (Federal, estatal o municipal) y éste a su vez, considera que dichas atribuciones no le corresponden.</p>	<p>Cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión ya sean como Órganos Federales o del Distrito Federal. La Comisión Permanente de las Cámaras del Congreso de la Unión.</p>	<p>estatal. Dirime las controversias políticas que tengan los poderes políticos sobre la problemática pública a tratar. Esgrime criterios que pueden utilizar los poderes políticos para que cada uno de ellos asuma una responsabilidad específica en la implementación de la política pública.</p>	<p>Delinea la PP. Delinea e interviene en la consolidación de la PP.</p>
	<p>La asignación de funciones y responsabilidades para cada órgano de gobierno o sociedad es ambigua. Los recursos que permiten la efectiva realización de la política pública son inexistentes o insuficientes. Existen discrepancias entre los poderes políticos sobre el problema que se está tratando y la solución con la que se le trata. La política pública va en contra de algún precepto constitucional, o tratado internacional en materia de</p>	<p>El Distrito Federal. los municipios los poderes estatales</p>	<p>Actúa como agente externa que hacen cumplir los compromisos asumidos por los poderes y partidos políticos al ser mediadora entre los diseñadores de una PP.</p>	<p>Delinea y consolida la PP.</p>
	<p>En general, los poderes y partidos políticos. En México: El equivalente al</p>	<p>Declara la constitucionalidad de una ley, y por ende, validar una PP.</p>	<p>Consolida la PP.</p>	

**2)
revisoras de
la
constitucionalidad de
leyes**

derechos humanos.

treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de diputados del Congreso de la Unión; la misma proporción de los integrantes del senado.

el Procurador General de la República.

el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales o del Distrito Federal. los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias. la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Declara la inconstitucionalidad de una ley.

Emite una interpretación con respecto a una legislación que incide en la PP.

Hace cumplir las disposiciones constitucionales de igual protección de derechos a grupos marginados y ciertos

Modifica la PP.

Delinea la PP.

Delinea y consolida la PP.

3)

**Protectoras
de los
derechos de
las personas**

Cuando una política pública es plasmada en alguna ley, incluso se encuentra en los propios preceptos constitucionales (como los derechos sociales) o en los tratados internacionales y no existe ningún mecanismo efectivo para su garantía. Los poderes políticos no toman en consideración los intereses de la población afectada por una problemática.

Cuando la política pública sólo se encuentra en el discurso de los poderes y partidos políticos; sin embargo no existe nada más al respecto.

sectores de la sociedad que buscan un canal alternativo de representación social.

Ejecutan una ley o una norma administrativa que fije obligaciones jurídicas a los poderes políticos para que cumplan una política pública creada por ellos.

Fijan un marco dentro del cual el gobierno deba diseñar e implementar acciones concretas y monitorean su ejecución.

Declaran un Estado como moroso respecto de una obligación, sin que necesariamente impongan un remedio procesal o de ejecución determinados.

Convierten en legal una política pública ya asumida por los poderes políticos que no hayan cumplido un pacto o discurso al respecto.

Son un factor importante para influir en el desarrollo legislativo de política pública.

Ante la pasividad de los demás poderes políticos frente a la vulneración de un

Consolida la PP.

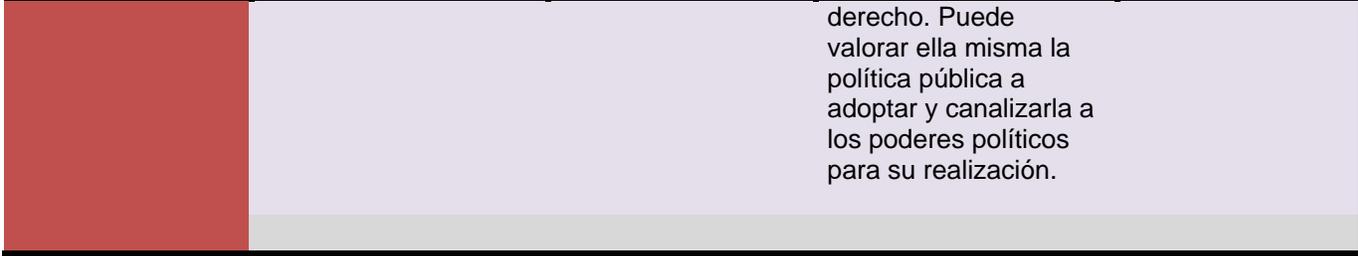
Delinea y consolida la PP.

Delinea la PP.

Delinea y consolida la PP.

Consolida la PP.

Delinea y consolida la PP.



derecho. Puede valorar ella misma la política pública a adoptar y canalizarla a los poderes políticos para su realización.

En el cuadro podemos observar que las cortes constitucionales intervienen en las políticas públicas cuando existe un contexto de discrepancias entre los poderes y partidos políticos que diseñan e implementan las políticas públicas. Dicho contexto torna necesaria la intervención de las cortes en las PP. Así, las cortes intervienen en las PP cuando: los poderes y partidos políticos no logran los acuerdos necesarios en el diseño o la implementación de la política pública; quienes crean la política pública atribuyen responsabilidades de implementación a algún otro poder del Estado en cualquier ámbito de gobierno (Federal, estatal o municipal) y éste a su vez, considera que dichas atribuciones no le corresponden; cuando la asignación de funciones y responsabilidades para cada órgano de gobierno o sociedad es ambigua; asimismo, cuando los recursos que permiten la efectiva realización de la política pública son inexistentes o insuficientes; existen discrepancias entre los poderes políticos sobre el problema que se está tratando y la solución que se da; la política pública va en contra de algún precepto constitucional, o tratado internacional en materia de derechos humanos; cuando una política pública es plasmada en alguna ley, incluso se encuentra en los propios preceptos constitucionales (como los derechos sociales) o en los tratados internacionales y no existe ningún mecanismo efectivo para su garantía; los poderes políticos no toman en consideración los intereses de la población afectada por una problemática; cuando la política pública sólo se encuentra en el discurso de los poderes y partidos políticos; sin embargo no existe nada más al respecto. Dichas circunstancias propician un descontento social y también entre los poderes y partidos políticos. De esta manera, ellos mismos reclaman sus descontentos ante las cortes constitucionales, para que éstas otorguen una

solución a dichas cuestiones. Así, las cortes intervienen en las PP al 1) dirimir los conflictos entre los poderes políticos; 2) al revisar la constitucionalidad de las leyes y de las propias políticas públicas, y al 3) garantizar los derechos fundamentales de las personas. En este marco, las cortes, con base en la Constitución, tratados internacionales y el marco legal, determinan una acción que haga efectivo el cumplimiento de una política pública; establecen con base en la Constitución, las atribuciones competenciales que tiene cada poder, partido u organismo estatal; dirimen las controversias políticas que tengan los poderes políticos sobre la problemática pública a tratar; esgrimen criterios que pueden utilizar los poderes políticos para que cada uno de ellos asuma una responsabilidad específica en la implementación de la política pública; actúan como agentes externos que hacen cumplir los compromisos asumidos por los poderes y partidos políticos al ser mediadora entre los diseñadores de una PP; declaran la constitucionalidad de una ley, y por ende, validan una PP; declaran la inconstitucionalidad de una ley en invalidan una política pública; emiten una interpretación con respecto a una legislación que incide en la PP; hacen cumplir las disposiciones constitucionales de igual protección de derechos a grupos marginados y ciertos sectores de la sociedad que buscan un canal alternativo de representación social; ejecutan una ley o una norma administrativa que fije obligaciones jurídicas a los poderes políticos para que cumplan una política pública creada por ellos; fijan un marco dentro del cual el gobierno deba diseñar e implementar acciones concretas y monitorean su ejecución; declaran un Estado como moroso respecto de una obligación, sin que necesariamente impongan un remedio procesal o de ejecución determinados; convierten en legal una política pública ya asumida por los poderes políticos que no hayan cumplido un pacto o discurso al respecto; son un factor importante para influir en el desarrollo legislativo de política pública; ante la pasividad de los demás poderes políticos frente a la vulneración de un derecho, pueden valorar ellas mismas la política pública a adoptar y canalizarla a los poderes políticos para su realización. Por lo tanto, el resultado de la intervención de las cortes en las PP consiste en delinear las políticas públicas que presenten

fallas o inconsistencias, y a veces, modifican las políticas públicas. Esto aparece en el cuadro cuando las cortes declaran la inconstitucionalidad de una ley, de tal suerte que la PP tiene que ser reestructurada por los poderes políticos. Por último, abonan en la consolidación de las PP junto con los poderes políticos ya que fijan las pautas que hacen efectivas las políticas públicas.

Debido a que ésta tesis tiene por objetivo conocer **si las cortes constitucionales se involucran en el ámbito de las políticas públicas a través de sus resoluciones y si en sus resoluciones redefinen, delimitan o modifican las políticas públicas y también pretende conocer cómo lo hacen y cuál es su resultado**. Este cuadro responde en cierta medida a dichos cuestionamientos. Cabe decir que la forma práctica en que interviene una corte en la PP, depende mucho del caso concreto y de la sentencia misma. Cada resolución puede variar considerablemente dependiendo del tipo de régimen político que rige a un Estado, su tipo de corte constitucional, la forma de gobierno, entre otros.

1.8. Capacidad de intervención de una corte constitucional en una política pública

La corte al funcionar como un mecanismo de solución de controversias y de impacto en las PP involucra su actuar en medio de dos intereses: los costos y los beneficios de involucrarse en ciertos fallos. Si la corte hace una lectura cuidadosa de su entorno político, puede salir beneficiada en cuanto a legitimidad.

Ansolabehere⁸⁶ hace un estudio acerca de la capacidad de control de poder político que tienen las cortes supremas en los países latinoamericanos al momento de involucrarse en una PP. Para ello, refiere ciertas dimensiones claves:

-Tradición jurídica que sigue un país⁸⁷. Dentro de este rubro cabe la pregunta ¿qué tipo de control de constitucionalidad se ejerce en un determinado

⁸⁶ Ansolabehere, *op. cit.*, pp. 53-61.

⁸⁷ *Ídem*.

Estado? Es decir ¿los jueces sólo se encargan de aplicar el derecho sin contrariar las decisiones de las demás autoridades o sí las cuestionan y las revocan?

-Estructura y proceso del sistema judicial. ¿La población utiliza el litigio como un mecanismo para resolver sus problemas cotidianos o se inclinan por mecanismos que implican cierto grado de corrupción o influencias personales?

-El uso de control de constitucionalidad. Los gobiernos divididos, la competencia política y el pluralismo hacen que la intervención judicial sea mucho más amplia en cuestiones políticas y sociales. En la actualidad se observa un gran avance en este ámbito en los países latinoamericanos.

-Sistema constitucional que otorga independencia a los jueces. Esta característica cobra relevancia en la medida en que los jueces tienen facultades profesas en la Constitución que les brinde la independencia que a su vez, los desafane de cuestiones de corrupción y resistan la influencia de los poderes políticos, principalmente del Ejecutivo.

En la medida que una corte se involucra con la sociedad y con los poderes políticos y, éstos a su vez se involucran con la corte con el fin de poner solución a un problema público. En esta medida se consolidan PP. En eso consiste la capacidad de intervención y de control de una corte dentro de las PP.

Capítulo 2. Cortes constitucionales y políticas públicas en el derecho comparado

El presente capítulo busca confirmar el margen de actuación de las cortes constitucionales en la política pública. Ello, a través de algunos casos en el derecho comparado. En esta tarea, el litigio constituye un elemento fundamental para que la corte pueda pronunciarse en problemáticas sociales. Este capítulo aborda algunas características del litigio y enfatiza su importancia. Sobre todo cuando este ha servido como un recurso que agiliza la efectividad de las políticas públicas. Asimismo, en este capítulo se analizan algunas sentencias de cortes constitucionales como las de Argentina, India y Colombia que han tenido impactos directos e indirectos en las políticas públicas. Aunque los efectos de las sentencias suelen cuestionarse en la medida de su cumplimiento. Por ejemplo, uno puede preguntarse ¿en qué medida los poderes políticos y las autoridades públicas acataron la conducta requerida por las cortes para proteger determinado derecho? y ¿Qué cambios sustantivos incorporó una sentencia a la sociedad? En este contexto se puede observar que las cortes al emitir sus fallos son un factor importante para influir en el desarrollo legislativo de políticas públicas. En ocasiones, como en el caso de India, crean conciencia en la sociedad y propician movimientos sociales que demandan políticas públicas por parte de los órganos del Estado.

2.1. El litigio, la corte, y las políticas públicas

Para que una corte se pronuncie sobre cierta PP debe allegarse de casos que involucren el estudio de ésta o de casos que las impacten en alguno de sus procesos. Por ello surge el siguiente cuestionamiento ¿cómo una corte se allega de casos sobre los cuales pueda hacer modificaciones de impacto en las PP? o mejor dicho ¿a través de quién o quiénes se allegan de dichos casos? Para

responder tales cuestiones es importante estudiar el litigio que se promueve ante las cortes.

Cierta parte de la legitimidad de las cortes se construye gracias a la interrelación que hacen la sociedad y los poderes políticos a través de los litigios, mismos que representan el momento de activación de un sistema jurisdiccional. En gran medida, es el litigio el que da la pauta sobre la agenda de PP que debe resolver una corte. Este capítulo no se adentrará a los tipos de litigio que pueden promover ante las cortes constitucionales los poderes políticos y las diversas sociedades. Este ejercicio sólo se hará en el caso de México en los capítulos siguientes. Por ahora, sólo se enunciará como funciona el litigio que realiza la sociedad norteamericana, que hasta el momento, ha logrado consolidar políticas públicas a través de los litigios promovidos ante la Corte estadounidense.

Estados Unidos de América es un país emblemático por los litigios que se promueven en su Corte Suprema. La Corte de Estados Unidos es observada como una de las instituciones de justicia más consolidados del mundo.⁸⁸ Brevemente se indicará la forma en que funciona su sistema de litigio y las resoluciones de la Corte enfocadas en PP.

El control de constitucionalidad de Estados Unidos es difuso, cualquier tribunal o juez, sin importar su jerarquía ejerce jurisdicción constitucional. La institución que encabeza el poder judicial es la Corte Suprema de Justicia ya que funge como poder moderador entre los diversos poderes del Estado, cumpliendo así, en palabras de Haro,⁸⁹ un *rol de alta política* que implica que en Estados Unidos todos los tribunales y sobre todo la Corte, son tribunal y son poder.

Cada año a la Corte se le pide que resuelva alrededor de cinco mil casos; no obstante, sólo resuelve cierto número de asuntos representativos que elige a

⁸⁸ Cfr. Sunstein, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, 1999; Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 1962; Hart Ely, John, *Democracy and Distrust*, 1980.

⁸⁹ Haro, Ricardo. "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 19-25

través del *writ of certiorari*.⁹⁰ Éste consiste en elegir con toda libertad los casos que quiere resolver, de tal suerte que la Corte Suprema se caracteriza por seleccionar temas y áreas estratégicos. Es decir, elige asuntos que permitan definir directrices y jurisprudencia constitucional vinculante. Ello, lo realiza en un momento clave. Pues es cautelosa en evaluar los efectos tanto jurídicos como sociales que han tenido las resoluciones hechas por los tribunales intermedios. Así, la Corte define un criterio. Lo más trascendente es que sigue el rumbo que marcó con su resolución. Cada año resuelve entre 150 ó 200 casos. Su capacidad de adentrarse en temas de PP consiste en elegir asuntos que tienen cierto o mucho impacto y trascendencia social. Baird⁹¹ hace un recuento sobre los casos que analiza la Corte Estadounidense y destaca los siguientes:

Casos en la agenda de políticas públicas de la Suprema Corte de Estados Unidos (1953-2000)

Área de política pública

Derechos penales

Poder Judicial

Discriminación

Regulación económica

Primera enmienda

Impuestos

Federalismo

Debido proceso y responsabilidad administrativa

Laboral y sindicatos

Medio ambiente

Privacidad

Origen: Baird A. Vanessa. *Answering the call of the Court*. University of Virginia Press, 2007. p. 85.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Baird A. Vanessa. *Answering the call of the Court*. University of Virginia Press, 2007. p. 85.

La tabla muestra que la Corte norteamericana generalmente se pronuncia sobre derechos penales y, en último lugar, sobre los que se refieren a privacidad. Sin embargo, en la tabla se observa una Corte activa en todas las materias y ámbitos. Esto quiere decir que Estados Unidos cuenta con un sistema de litigio pro-derechos humanos fuerte y consolidado. Por consiguiente el sistema de apoyo legal y jurisdiccional al respecto es activo.

Mientras más abogados litiguen este tipo de asuntos -conocido como litigio estratégico-, así como organizaciones sociales lo apoyen social y financieramente aumenta la propensión a favorecer la formulación o el delineamiento de PP por parte de la Corte.

Epp⁹² sostiene que la atención y reconocimiento judicial hacía los derechos fundamentales surgió principalmente de la presión desde abajo y no de un liderazgo desde arriba.⁹³ Es decir, se ha ido construyendo gracias al esfuerzo cuidadoso y estratégico de organizaciones y abogados defensores de los derechos que han ido consolidando una estructura de apoyo para la movilización legal y por ende de PP, a través del litigio.⁹⁴

2.2. La importancia del litigio en las políticas públicas

De lo hasta aquí estudiado, podemos decir que las cortes inciden en muchos aspectos, desde asuntos de economía hasta derechos sociales y, ello depende en mucho del litigio que tiene la sociedad en un Estado. Por ejemplo, no

⁹² Epp, R. Charles. *The rights revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in comparative perspective*. London, University of Chicago Press, 1998, pp. 71-89.

⁹³ El tema de los derechos fundamentales cada día gana más relevancia y trasciende a nivel internacional sobre todo después de la época de la posguerra, ya que en años anteriores los seres humanos vivieron una grave violación a sus derechos básicos, basta recordar el genocidio acontecido en el gobierno de Hitler, así que la búsqueda de la protección de los derechos es un tema que cada día la misma sociedad demanda de todas las formas.

⁹⁴ Langford, Malcom. "Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico". *Revista internacional de derechos humanos*. Centro de derechos económicos y sociales, núm. 11, 2008, pp. 12-31

es posible que una corte se pronuncie sobre el derecho a la salud o a la vivienda, si no existe un litigio que lo demande.

Una de las características de la política pública es su *orientación hacia el interés colectivo*. Esto por una razón: quienes tienen la influencia económica y política para modificar decisiones “públicas” y hacen que dichas decisiones los favorezcan, generalmente las apartan del interés general. En este contexto, cabe la siguiente pregunta ¿el litigio y las resoluciones que de éste emanan promueven el bienestar general, o canalizan beneficios privados hacia individuos, facciones o regiones específicos? Al respecto existen puntos de vista encontrados.

Baird⁹⁵ en *Answering the call of the Court* concluye que el litigio es costoso por sí mismo y puede moldearse de acuerdo con los intereses de quienes tienen la posibilidad de promover estos recursos. Los patrones de influencia que la corte ejerce sobre las políticas públicas dependen, muchas veces, de los casos que han recibido apoyo de empresarios o que fueron impugnados por los propios poderes políticos.

Por otro lado, Rosenberg⁹⁶ en *The hollow hope. Can courts bring about social change?* concluye que los litigios no significan una señal de que sucedan cambios sociales desde una corte. Al respecto señala que pese a los intereses que existen de por medio, no es conveniente invertir en casos que tienen un menor impacto de lo que se percibe puedan tener. Porque entonces se trataría de un gasto ineficiente de dinero y tiempo. Es más, dice que las cortes no deben ser considerados como la principal forma de implementar cambios sociales; sin embargo, a veces el impacto que tienen con sus resoluciones, sobre todo en materia de PP, puede ser gratificante. Ambos autores sostienen que a veces son los propios jueces quienes comunican sus prioridades políticas a los litigantes y así, cada uno de ellos puede aumentar su propio poder sobre el proceso de formulación de PP sin necesidad de ser representativas de la población.

⁹⁵ Baird. *op cit*, p. 96.

⁹⁶ Rosenberg, *op cit*, p.168.

Por otro lado, aunque en la práctica sucede que se llega a tergiversar el sentido de lo “público” a través de los intereses de quienes promueven un litigio determinado. No todos los litigios son manipulados. Tampoco hay que olvidar que a todo litigio deviene una resolución. Estas resoluciones, en palabras de Robert Dahl⁹⁷ pueden estar a) de acuerdo con las preferencias de una minoría y contra las de la mayoría, b) pueden coincidir con las preferencias de una mayoría y oponerse a las de una minoría, c) también pueden coincidir con las preferencias de una minoría y oponerse a las preferencias de otra minoría, que le son indiferentes -o no- al resto de los ciudadanos. Es decir, al final de cuentas, en toda resolución jurisdiccional de un conflicto habrá alguna parte inconforme, pero habrá otra beneficiada. Por ello, bien vale la pena definir parámetros para que al momento de que una corte intervenga en asuntos que involucren PP y con ello a la sociedad, lo haga de forma prudente, adecuada, con un buen tratamiento de una problemática, afectando lo menos posible a los involucrados y quizá beneficiando a quienes ni siquiera intervinieron en el litigio.

En algunos casos, la amenaza de un litigio o el inicio de acciones judiciales conducen a un cambio de rumbo en una política pública, o establecen los lineamientos para generarla. Las cortes dependen del litigio para prestar atención a diversos casos que impliquen PP. Sin este tipo de apoyos no puede focalizarse una amplia protección de los derechos, ni de impacto en las PP. Tampoco la legislación puede ser comprobada por su constitucionalidad.

McCann⁹⁸ sostiene que los efectos indirectos del litigio y el activismo judicial son muy importantes “aunque, con frecuencia, las victorias judiciales no se traducen automáticamente en el cambio social deseado, pueden ayudar a redefinir los términos de las disputas entre grupos sociales, tanto en el corto como en el largo plazo”.⁹⁹ Además sus consecuencias pueden tener efectos simbólicos que modifiquen la percepción del problema y las alternativas de solución que tienen

⁹⁷ Dahl. *op. cit*, pp. 82-98.

⁹⁸ McCann. *op. cit*, pp. 298.

⁹⁹ Ídem. pp. 292

distintos actores sociales.¹⁰⁰ Es decir, aún cuando los jueces fallan en contra de las pretensiones de quienes promueven un cambio social a través de una PP, el proceso judicial puede generar efectos transformadores al darle visibilidad al problema en los medios de comunicación o crear lazos perdurables entre organizaciones activistas, lazos que pueden sobrevivir al fallo y derivar en acciones políticas colectivas a favor de la misma causa en escenarios distintos de las cortes.

Por otro lado, Epp¹⁰¹ sostiene que cuando existen menos recursos para el apoyo de litigio, como es el caso de la India y México. Los jueces dependen de la aparición al azar de los pocos casos que se presenten. En estas condiciones, los que violan los derechos continúan haciéndolo con la seguridad de que su caso no quedará evidenciado en tribunales.

Baird¹⁰² sostiene que en muchos países, los grupos de interés en un asunto a menudo no responden. Aún cuando la corte se pronuncie sobre un tema determinado. En otros casos, la sola amenaza de un litigio conduce a un cambio en una PP o permite un acuerdo sobre un tema público.

La corte necesita del litigio para poder pronunciarse sobre un tema en particular. Una vez logrado esto, la corte puede hacer que la gente discuta un tema y que las instituciones públicas actúen en los debates y logren cambios de PP. En estos casos, la corte impacta en diversas formas. Por ejemplo, en la resolución de un caso puede beneficiar a sectores sociales que no son parte del juicio.

La corte tiene una huella importante en áreas que son fundamentales para el diario vivir de la sociedad, esto involucra los temas de PP. Las resoluciones de la corte se impregnan de la capacidad de reacción de diversos grupos. Sin estas sinergias, las relaciones entre Estado y sociedad podrían ser completamente

¹⁰⁰ Por ejemplo, la visión de los funcionarios públicos, las víctimas de la violación de los derechos de que se trate, los medios de comunicación, y la sociedad en general.

¹⁰¹ Epp. *op cit*, p. 89.

¹⁰² Baird. *op cit*, p. 75.

distintas. El propio contexto social podría ser muy diferente si la corte no influyera en estos ámbitos.

2.3. Las sentencias como consecuencia del litigio

Si se habla del litigio como una herramienta primordial para que una corte pueda pronunciarse en un tema determinado, cuando esta institución incide en temas de PP conviene conocer los efectos que trae consigo la resolución de un litigio.

La doctrina procesal contemporánea considera que sólo deben existir tres categorías de decisiones jurisdiccionales:

1. Proveídos o acuerdos. Resuelven aspectos secundarios del procedimiento.
2. Autos. Deciden una situación importante del proceso, incluso pueden terminarlo.
3. Sentencias. Resuelven definitivamente una controversia, estas a su vez pueden clasificarse¹⁰³ en:
 - a) Estimatorias. Dan razón al demandante o al ministerio público (MP) en un proceso penal. En los supuestos de impugnación de normas legislativas poseen efectos generales e implican la nulidad del ordenamiento impugnado o de alguno de sus preceptos. Sus efectos únicamente son hacia el futuro, con excepción del caso penal que sus efectos pueden ser retroactivos si beneficia al imputado.
 - b) Desestimatorias o absolutorias. Se dan en el supuesto de considerar infundadas las pretensiones del actor o del MP. En cuestiones que impliquen la constitucionalidad de una norma legislativa, sus efectos pueden ser generales. Cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley, el ordenamiento debe ser

¹⁰³ Fix Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2009, pp. 54-70

sustituido por el legislativo total o parcialmente por otra norma que cumpla los lineamientos esgrimidos en la sentencia.

- c) Mixtas. Reconocen parcialmente las pretensiones de ambas partes.
- d) Definitivas. Admiten un medio de impugnación ordinario o extraordinario.
- e) Firmes. No se combaten en el plazo legal, o son pronunciadas en última instancia. Por lo tanto, no pueden ser revisadas, salvo casos excepcionales que puedan combatirse con el recurso de revisión. Esto, siempre que exista un hecho o circunstancia que no se tome en cuenta al dictar el fallo y que pueda afectar la validez de la sentencia. En México esta impugnación es conocida en materia penal y se califica como reconocimiento de la inocencia del inculpado.
- f) Interpretativas. Una nueva forma de ver las sentencias desde la doctrina abarcan los fallos estimativos. Así como los de rechazo. Estos se clasifican en:
 - Interpretativas de acogimiento. Implican variaciones sobre el tema que se decide en cuanto declaran la nulidad de normas impugnadas. Siempre y cuando estas sean consideradas inválidas por la propia corte.
 - Interpretativas de rechazo. Declaran que no se ha demostrado la inconstitucionalidad de las disposiciones combatidas. Según la interpretación realizada, en este supuesto, el fallo carece de efectos generales.

Es este último caso, un aspecto esencial lo encontramos en las sentencias dictadas en las controversias sobre la constitucionalidad de las normas legislativas que mayoritariamente, tienen efectos generales.

No hace más de cuatro décadas se argumentó¹⁰⁴ que el Poder Judicial no puede y no debe en sus sentencias ocuparse de casos que vayan más allá de las partes y los hechos involucrados en un litigio. Ese tipo de puntos de vista, otorgan un panorama acerca de que en la actualidad existe una resistencia aferrada de distintos actores para no consolidar un nuevo Estado Constitucional de Derecho¹⁰⁵ que involucre, entre otras cosas, la garantía de los derechos sociales concebidos como los derechos para la supervivencia del ser humano, aquellos que le garantizan su dignidad como persona.

Quienes critican estos derechos temen que a partir de una sentencia con efectos de política pública se destinen más fondos para un sector determinado dejándose de lado, otros derechos.¹⁰⁶ Por ejemplo, una sentencia que garantice el derecho a la vivienda a ciertas comunidades desplazadas haría que se destinen más recursos para ese derecho, dejando de lado determinados planes educativos o de salud.

2.4. Las políticas públicas en el derecho comparado

Se dice que una corte es activa judicialmente cuando propone una solución más allá de los planteamientos de las partes, o supera ciertas restricciones a las interpretaciones.¹⁰⁷ No todas las cortes practican el activismo judicial en temas de PP. Por ejemplo, la resolución de la Corte Canadiense en la causa *Eldridge c. British Columbia*,¹⁰⁸ consistente en proveer servicios de interpretación en los hospitales a pacientes sordos, determinó que una sentencia declarativa, a diferencia de alguna medida de tipo cautelar, era el remedio adecuado en este caso. La Corte Canadiense señaló que era el gobierno el que tiene incontables

¹⁰⁴ Fuller, L., Lon. *The morality of law*. Yale University Press, 1964, p. 83

¹⁰⁵ Langford, *op. cit.* p. 24

¹⁰⁶ Klabbers, Jan and Lefeber, René. *Essays on the law of treaties: a collection of essays in honour of Bert Vierdag*. Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp.1-6

¹⁰⁷ Cossío. *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia. op cit.* 87.

¹⁰⁸ *Eldridge c. British Columbia*, 1997, 3 R.C.S. 624

opciones que pueden rectificar la inconstitucionalidad de su sistema legal. Por lo tanto, la Corte no se adentró en el asunto, sino que simplemente dejó en manos de otras instancias del Estado la resolución de un problema público. Es decir, no efectivizó un mecanismo de solución, lo sugirió.

Es difícil que una corte pronuncie órdenes que exijan el reconocimiento positivo de derechos que abarquen el ámbito público. Esto se debe a que les preocupa interponerse en el ámbito de la formulación de PP de las legislaturas.¹⁰⁹ No obstante, existen cortes que ante la pasividad de los demás poderes políticos y frente a la vulneración de un derecho humano, valoran ellas mismas la PP a adoptar y ordenan su realización.

En estas circunstancias, las cortes además de dictar una sentencia con enfoque de PP, exigen a los Estados una acción que haga efectivo el cumplimiento de la misma. Estas cortes hacen que los beneficios a favor de los afectados sean palpables y no se queden en mero trámite. Incluso, llegan al punto de supervisar las acciones implementadas. Veamos algunos ejemplos.

2.4.1. Argentina

En 1996 la Corte de Argentina intervino¹¹⁰ para que diversas autoridades cumplieran con la estrategia y presupuesto previstos para que se combatiera la fiebre hemorrágica argentina (F.H.A.) latente en ese país. La demanda interpuesta ante la Corte señalaba la omisión de las autoridades en relación con la falta de provisión de vacuna Candid 1 contra la F.H.A. Además establecía la ausencia de políticas públicas¹¹¹ destinadas a la conservación del medio ambiente y el ataque

¹⁰⁹ Guastini, *Op. cit.* p. 35.

¹¹⁰ Viceconte, Mariela vs. Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986, 1998, www.cels.org.ar/common/documentos/demanda_viceconte.pdf

¹¹¹ Cabe decir que el artículo 43 de la Constitución Nacional Argentina autoriza el amparo para garantizar los derechos constitucionales cuando se estimen lesionados o amenazados por una omisión de la autoridad pública de forma actual e inminente.

hacia el ratón maicero, propagador del virus causante de dicha enfermedad. Tales circunstancias constituían una amenaza para 3.500.000 habitantes.

La Corte, con base en la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la legislación interna de Argentina interpretó el derecho a la salud y determinó que dicho derecho puede reclamar determinadas prestaciones por parte del Estado por lo que declaró que éste tenía obligación de desarrollar las PP y los actos necesarios para proveer a las personas de la vacuna contra la F.H.A. De esta manera condenó a los Ministerios de Salud; Acción Social y Económica, así como a Obras y Servicios Públicos a realizar todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la vacuna “candid 1” y asegurar su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por el virus. También estableció el cumplimiento de plazos legales y reglamentarios para hacer y brindar la vacuna.

El ejemplo anterior, pone en evidencia que las cortes tienden a tomar medidas de PP, sobre todo cuando las autoridades u otros responsables no han efectivizado medidas para solucionar problemas públicos urgentes que la sociedad demanda. Entonces se tienen cortes que se introducen a las PP efectivizando medidas a determinadas problemáticas, ello, a través de un trabajo coordinado entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tal como sucedió en nuestro ejemplo. Por consiguiente, las cortes se convierten en los “médicos que expenden la receta y la propia medicina”, garantizando con ello sus propias resoluciones.

El caso de la F.H.A es un avance que brinda a las cortes la posibilidad de ampliar las soluciones tradicionales a un contexto más eficaz y novedoso. Es decir, cuestiones como la declaración de invalidez, la restitución, el agravio o la compensación se ven rebasadas cuando una resolución alcanza lo social y no sólo se enfoca al caso particular con efectos específicos. Sino que, garantiza derechos y demanda PP eficaces.

2.4.2. India

Existen cortes que en respuesta a un problema estiman una PP y la emiten a las autoridades administrativas o legislativas, a través de recomendaciones o parámetros que deben ejecutar de forma paulatina.

En la India, la Corte ha sido activa al momento de resolver cuestiones que impliquen enfoques de PP o de derechos humanos. Esta Corte emite sus resoluciones de una forma pausada y subsanadora con el fin de efectivizar poco a poco sus resoluciones.

En 2001, la organización *People's Union for Civil Liberties* (PUCL) solicitó a la Corte India la garantía del derecho a la alimentación.¹¹² Los argumentos de esta demanda evidenciaron la falta de alimentos provocada por factores contextuales en ese país: el menoscabo de poder adquisitivo, el desempleo masivo, la pobreza y los desastres naturales. En contestación, la Corte resolvió cada una de los problemas más urgentes con base en la información técnica, científica y social con la que contaba. El 20 de agosto de 2001 determinó lo siguiente:

Lo que es de suma importancia es ver que se proporcionen alimentos a los ancianos, enfermos, discapacitados, mujeres, niños y hombres indigentes que están en peligro de morir de hambre, así como a las mujeres embarazadas y lactantes, especialmente en los casos en que no tienen familia. Cabe mencionar que existe mucho alimento, pero la distribución del mismo entre los pobres y los indigentes es escasa. Esto conduce ineludiblemente a la desnutrición, el hambre y otros problemas relacionados. Se solicita respuesta de los Estados y la Unión de la India, así como la Corporación de Alimentos de la India (PDS) dentro de las próximas dos semanas. Mientras tanto, estamos seguros de que los gobiernos responsables actuarán en beneficio de sus pueblos.

¹¹² *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2004, <http://hrln.org/hrln/right-to-food-/pils-a-cases-/370-pucl-vs-union-of-india-a-others-.html>

A través de un auto de medidas provisionales dirigido a los Estados se acudirá a todas las tiendas PDS, en caso de estar cerradas, se volverán a abrir y empezarán a funcionar dentro de una semana a partir de hoy.¹¹³

La Corte en India fue emitiendo una serie de estrategias que exigían por parte de las autoridades estatales y nacionales un sistema de garantía de derechos, destacan: la garantía de empleo; el régimen de comidas a medio día integrado al desarrollo infantil del plan nacional de beneficios de maternidad para las mujeres embarazadas y el plan nacional de pensiones para las personas indigentes que rebasaran los 65 años de edad. La Corte dio un lapso de tiempo a las autoridades para el cumplimiento de su resolución.

Este caso ha contribuido a la consolidación y expansión de una Campaña Nacional por el Derecho a la Alimentación, y puede verse como una acción conjunta de la sociedad y los tribunales que contribuye al beneficio de millones de personas. El tipo de acciones paulatinas generadas por la Corte de India propician medidas a corto y largo plazos. Lo importante es que sus resoluciones ponen en estado de alerta a los poderes públicos a fin de que efectivicen medidas en un problema social tan grave como lo es la falta de alimentos. Lo mejor es que la Corte determina plazos para el cumplimiento de las citadas acciones.

Por otro lado, existen otras formas que aseguran el cumplimiento de una sentencia casi en su totalidad. Tal es el caso de instancias penales y sanciones por incumplimiento de deberes de funcionarios públicos. Por ejemplo, en la India, la Corte Suprema amenazó con iniciar procedimientos de desacato si no se cumplía con un cronograma de conversión de vehículos para el uso de combustibles más limpios que favorecieran el medio ambiente.

Con base en el estudio elaborado por Epp¹¹⁴ sobre el litigio en India: son pocos los casos que llegan a tales ámbitos jurisdiccionales. India es uno de los países que solamente se allega de unos cuantos asuntos que versan sobre PP. Aún así, en los casos señalados se puede decir con seguridad que su

¹¹³ *Ídem.*

¹¹⁴ Epp, *op. cit.*, p. 75-89.

participación ha sido digna de admirarse. Es una buena noticia saber, que si un poder o partido político se retiene o tiene dificultades en generar e implementar políticas públicas efectivas; la corte sea una instancia que notifique a los poderes políticos tales omisiones o inconsistencias y emita resoluciones que coadyuven en la solución a las problemáticas públicas.

2.4.3. Colombia

En general, los países que tienen poderes judiciales o cortes constitucionales independientes, tienden a hacer más factibles y mejores políticas públicas. Colombia es un ejemplo. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha sido fundamental para el efectivo desarrollo y promoción de los derechos que establece su Constitución misma que, por cierto, contiene un número significativo de derechos económicos sociales y culturales (DESC). La Corte inició un persistente activismo para que los preceptos contenidos en la Constitución no fueran sólo palabras al aire. Así, se ha pronunciado en diversas materias como la eutanasia, el consumo personal de drogas, discapacidad y políticas económicas. Asimismo, a través de los derechos constitucionales ha confrontado a los poderes políticos en muchas ocasiones.

La Corte Constitucional de Colombia es un gran ejemplo en lo que se refiere a cuestiones de índole social que impliquen generar, delinear o consolidar políticas públicas. Uprimny¹¹⁵ distingue tres cuestiones de esta índole que han impactado a nivel social, con tan sólo un litigio:

1. La reparación de víctimas de crímenes atroces,
2. La prestación de servicios sociales a todos los ciudadanos, y
3. La atención humanitaria a víctimas de desastres.

La política social implementada por el Estado colombiano tiene su fuente en el Estado Social de Derecho que promueve la satisfacción de los derechos a todas

¹¹⁵ Uprimny, Rodrigo. *et al.*, *Reparaciones en Colombia: análisis y propuestas*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2007, pp.12-17

las personas y la posibilidad de ejercerlos en una igualdad de condiciones. Para ello, pueden utilizarse acciones positivas en beneficio de personas o comunidades enteras que sufren cierta desigualdad o marginalidad estructural. Así que, si los poderes políticos no efectivizan acciones de política pública, o lo hacen parcialmente, la Corte Constitucional de Colombia interviene directamente en los procesos de creación-implementación de PP. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha incentivado diversos mecanismos de atención social entre los que destacan:

La atención humanitaria. Tiene como fuente el humanitarismo, ubicado en artículo primero de la Constitución Política de Colombia, mismo que pronuncia la solidaridad. Su finalidad es ofrecer ayuda a víctimas de desastres, ya sean naturales o derivados de conflictos armados. Estas PP tienden a garantizar la subsistencia de las víctimas. Alivian su sufrimiento y protegen su dignidad y derechos fundamentales. Es decir, tratan de atenuar los efectos generados por una crisis, sea cual sea su fuente de origen. La atención humanitaria continúa en tanto la crisis subsiste. A veces la atención puede ser indefinida.

La Reparación integral. Tiene lugar cuando se reparan los daños que sufren las víctimas de crímenes atroces. Estas reparaciones pueden darse con diversos mecanismos como la indemnización, restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición. En resumen, buscan restablecer la dignidad de la persona con base en los estándares internacionales y constitucionales.

Aunque los mencionados recursos se parecen, en Colombia se han hecho distinciones al respecto. Los recursos que más se tramitan son los de reparación del daño que básicamente consisten en restituir las cosas al estado que tenían antes; sin embargo, esta distinción cobra sentido, dado el contexto que se ha vivido en Colombia -guerras, dictaduras, desalojos, entre otros-. Bajo estas circunstancias, uno se cuestiona ¿qué sentido tiene que una persona que vivía en la miseria sea restituida en su propia pobreza? ¿Qué sentido tiene reparar las cosas y dejarlas en el mismo estado deplorable que tenían antes? Por ello, la Corte ha previsto que las reparaciones tengan una visión transformadora y no sólo

de restitución. Cuando se va a reparar un daño sufrido, es el mismo daño el que determina el alcance de las PP de reparación, sus beneficiarios y su alcance, también la cantidad de recursos necesarios para materializar una determinada PP.¹¹⁶

La Corte Constitucional ha reconocido que las obligaciones respecto de los derechos, sobre todo, los sociales, son de índole progresiva. Pero ha hecho hincapié en que el Estado debe elaborar y adoptar un plan de acción para la satisfacción de los derechos, como una medida mínima.¹¹⁷ Es decir, los jueces constitucionales en Colombia tienden a exigir el cumplimiento de dos obligaciones estatales desarrolladas por el comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU:¹¹⁸

1. La obligación de adoptar medidas adecuadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos dentro de los recursos que disponga, y

2. La obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada derecho, recayendo sobre el Estado la obligación de presentar pruebas en el caso de argumentar que esto no puede lograrse por falta de recursos.

Por ejemplo, en el caso *Abel Antonio Jaramillo*¹¹⁹, la Corte Constitucional de Colombia llegó a la conclusión de que la situación en la que vivían miles de familias desplazadas de sus tierras correspondía a un *estado de cosas inconstitucional*. Estas familias vivían en condiciones difíciles, sin ayuda alimentaria por parte del Estado. A pesar de las peticiones a cargo de las autoridades encargadas de las personas desplazadas, los recursos que se les habían destinado por el Estado no eran suficientes.

La Corte Constitucional se basó en los derechos reconocidos en la Constitución, interpretados a la luz de las observaciones generales del Comité de

¹¹⁶ *Ídem*.

¹¹⁷ Sentencias T-595/02, 2002; T-025/04, 2004.

¹¹⁸ Observación General No. 3 del Comité DESC- Naciones Unidas, 1990

¹¹⁹ Sentencia T-025/04, Abel Antonio Jaramillo y otros vs. Red de Solidaridad Social

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para llegar a la conclusión de que las condiciones de extrema vulnerabilidad de la población desplazada y, la omisión permanente de una protección efectiva por parte de las diversas autoridades responsables de su protección, constituirían una violación del derecho a la alimentación.

La Corte colombiana determinó que el Estado tiene la obligación de garantizar en cualquier circunstancia el derecho a la alimentación, definido como el derecho a un mínimo de subsistencia. La Corte exigió a las autoridades que elaboraran un plan en dos meses y que destinaran los recursos necesarios en favor de programas de apoyo, mismos que debían ser efectivos para cada una de las personas desplazadas en un plazo de un año. La resolución de la Corte colombiana incluía la distribución de asistencia alimentaria para cada persona, hasta que consiguieran satisfacer sus necesidades por sus propios medios.¹²⁰

Una de las más fuertes objeciones a la corte en materia de PP, es su alcance. Por lo regular se critica el hecho de que no puede satisfacer la expectativa de lograr una justicia social individual y a la vez transformadora. Básicamente la principal crítica estriba en la debilidad para hacer efectivas sus decisiones; sin embargo, como se ha observado en el transcurso de este trabajo, actualmente y debido a los cambios jurídicos, sociales, políticos y culturales, los jueces constitucionales juegan un papel no sólo de ejecutores de leyes, sino de protagonistas de las decisiones de la vida en sociedad,¹²¹ que desde luego, parten de un enfoque de PP. Se puede decir que en muchos casos, las cortes han tenido impactos directos e indirectos: pueden sentar precedentes judiciales; son un factor importante para influir en el desarrollo legislativo y de PP; en ocasiones logran forjar movimientos sociales, además, crean conciencia en la sociedad, e incluso

¹²⁰ Cfr. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la Agricultura y la Alimentación http://www.fao.org/righttofood/publi09/justiciability_es.pdf

¹²¹ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 22

cuando el fallo ha sido desfavorable puede servir para demostrar la falta de protección legal.¹²²

2.5. Costos

Al hacer un análisis interpretativo de un determinado asunto, las cortes tienen que ser prudentes en las resoluciones que emiten.¹²³ Esto quiere decir que si tratan de dilucidar un derecho fundamental tienen que prever el impacto, sobre todo, económico, que conllevan sus decisiones.

Algunas cortes se pronuncian por la legitimidad democrática y la competencia institucional para emitir sus decisiones judiciales. Sin embargo, con base en estas preocupaciones también llegan a desestimar casos difíciles y evitan dar cuenta adecuadamente de las obligaciones pertinentes que deben cumplir los poderes políticos en un caso que implique la consolidación de una PP.¹²⁴ Así, resulta difícil predecir cuándo una Corte va a resolver un asunto que implica la asignación de recursos y, es importante destacar, que todas las PP implican la asignación de recursos económicos para su implementación.

La Corte de Colombia ha desarrollado jurisprudencia sobre la manera en que esta institución puede intervenir en asuntos de PP, cuando esta última impacta en la economía. Los parámetros en los que se basan son los siguientes:

1. La gravedad de los efectos de la violación;
2. La precisión de la obligación del gobierno;
3. La contribución del gobierno a la violación, y
4. La capacidad del gobierno de hacer cumplir la orden judicial en términos de recursos económicos.

Los temas de impacto económico siempre son delicados. La prudencia de una corte en estos asuntos es importante. No obstante, es necesario que cada corte delimite su margen de intervención en asuntos que impliquen más costos que

¹²² ONU, *op. cit.*

¹²³ Badinter, *op. cit.*, p.44

¹²⁴ *Ídem.*

beneficios. Aquí se ponen como ejemplo los parámetros utilizados por la corte Colombiana y se deja al debate el impacto de una resolución judicial que obligue a los poderes políticos la asignación de recursos para casos con efectos públicos.

2.6. Efectos de las sentencias que delinear políticas públicas

Cuando una corte incide en temas de PP a través de sus resoluciones hay un cuestionamiento que no falta: cómo evaluar el impacto y los efectos de una decisión judicial en temas que abordan problemáticas sociales. Básicamente se cuestionan los efectos directos de los fallos, es decir, la pregunta, o las preguntas inevitables consisten en responder ¿Qué sucede con las órdenes contenidas en dichas sentencias? ¿Qué impacto material directo ejercen? ¿En qué medida los poderes políticos, las autoridades públicas acataron la conducta requerida por las cortes para proteger determinado derecho? ¿Qué beneficios, qué cambios sustantivos trajo consigo una sentencia?

Desde el inicio no fue la intención de este trabajo abordar un estudio sistemático sobre el curso que toman las sentencias de las cortes cuando tratan temas de PP. Sin embargo, con base en los casos abordados en este capítulo se puede observar que las cortes de Argentina, India y Colombia ejercieron una importante intervención en temas de política pública pues las delinear y consolidaron. Sus resoluciones dieron lugar a planes de acción que debieron ejecutar los poderes políticos a fin de solucionar o mejorar problemas de salud pública, alimentación y ayuda humanitaria. La emisión de dichas resoluciones constituye un gran avance en materia social. No obstante, las determinaciones pronunciadas por dichas cortes no se cumplieron a cabalidad. Por ejemplo en Argentina, ante la emisión de la sentencia, las autoridades responsables se excusaron de otorgar la vacuna candid1 a toda la población en peligro de contagio, dado la carencia de personal e insumos para seguir con la producción de la vacuna. Entonces los poderes públicos sólo culminaron con ciertas etapas previstas para la producción local de la vacuna debido a las escasas partidas presupuestarias destinadas en los

ejercicios fiscales para la producción de candid 1. Es decir, existió falta de voluntad y letargo de las autoridades responsables para dar cumplimiento a los mandatos judiciales. Lo mismo ha sucedido en India y Colombia. Las implicaciones que trae consigo la falta de ejecución de una sentencia es un problema grave. Sin embargo, hay un tipo de efectos que particularmente trascienden en estos casos y consisten en que los problemas analizados por las cortes se colocaron en la agenda pública y, existió una importante movilización social a favor de ciertos derechos. Por ejemplo en la India la organización PUCL continuó luchando por la garantía de sus derechos y en el camino fue adquiriendo adeptos. También se dio pie a transformaciones graduales en el aparato estatal, lo que sin duda incide en la garantía de derechos a largo plazo.

El ímpetu de estas resoluciones renueva el constitucionalismo a través de las sentencias y la jurisprudencia en temas de PP. Esto otorga credibilidad en las instituciones, porque existe la certeza de que las problemáticas sociales pueden ser resueltas por las cortes constitucionales.

Capítulo 3. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y las políticas públicas en México. La incidencia de la Corte al ser mediadora del poder político y al fungir su papel de revisora de la constitucionalidad de leyes

En los capítulos primero y segundo se abordó la intervención de las cortes constitucionales en el ámbito de las políticas públicas y se destacó que esta incidencia se torna necesaria cuando existe un contexto que así lo requiere. Por ejemplo, cuando los poderes y partidos políticos no logran los acuerdos necesarios en el diseño o la implementación de la política pública; quienes crean la política pública atribuyen responsabilidades de implementación a algún otro poder del Estado en cualquier ámbito de gobierno (Federal, estatal o municipal) y éste a su vez, considera que dichas atribuciones no le corresponden; también cuando la asignación de funciones y responsabilidades para cada órgano de gobierno o sociedad es ambigua; porque los poderes políticos realizan sistemáticamente mal sus funciones como generadores e implementadores de PP o simplemente cuando hacen un buen trabajo, pero éste no se logra consolidar de forma efectiva. De esta manera, la sociedad, los poderes y partidos políticos acuden a las cortes para que éstas intervengan en las problemáticas públicas. Así, las cortes pueden intervenir de tres formas claves en las políticas públicas: 1) al ser mediadoras del poder político, 2) al fungir su papel de revisoras de la constitucionalidad de leyes o 3) cuando protegen los derechos de las personas. Como resultado de dichas intervenciones, las cortes pueden dar parámetros que delineen, modifiquen, incluso consoliden las políticas públicas.

El presente capítulo y el cuarto tienen como fin conocer tres casos en los que la Suprema Corte de México ha intervenido en las políticas públicas a través de sus sentencias. Es dable destacar que la intervención de la Suprema Corte en dichos procesos jurisdiccionales establece una resolución específica a un conflicto planteado y también “determina aquellos sentidos que válidamente pueden tener

las normas constitucionales”.¹²⁵ La Corte mediante sus resoluciones da fin a conflictos que se le presenten; a través de sus interpretaciones otorga un sentido que habrán de tener las normas jurídicas y así determina los causes con que habrá de conducirse la lucha política.¹²⁶ Es por ello que en éste capítulo se estudia la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (la Corte como revisora de la constitucionalidad de leyes) que declara constitucional la despenalización de la interrupción del embarazo hasta la duodécima semana de gestación y, la controversia constitucional 54/2009 (la Corte como mediadora del poder político) que declara constitucional la pastilla del día siguiente al cuadro básico de medicamentos en México. Ambos casos ayudaron a consolidar políticas públicas en materia de salud y protección a los derechos de las mujeres.

En el último capítulo se estudia la intervención de la Corte como protectora de los derechos de las personas, esto a través del recurso de amparo. Por la trascendencia del caso que analizaremos y por cuestiones de espacio, dedicamos todo el capítulo cuarto a la sentencia 1472/2007 que prohíbe iniciar un proceso penal en contra de cualquier persona farmacodependiente. La importancia de este caso radica en que a través de un amparo, que en estricto sentido tiene efectos únicamente para el quejoso, terminó por delinear una política pública en materia de salud y no discriminación con efectos para las personas que padecieran alguna adicción a las drogas.

3.1. Las políticas públicas en México y su relación con la Suprema Corte

Las PP en México se llevan a cabo principalmente por el Ejecutivo en correlación con el Legislativo, dado la representación ciudadana que ostentan.

En términos constitucionales, el Presidente en México es de los menos poderosos dentro de los países de América Latina.¹²⁷ Hasta hace algunos años,

¹²⁵ Cossío Díaz, José Ramón. *Constitución, Tribunales y Democracia*, México, THEMIS, 1998, p.223.

¹²⁶ *Ídem*.

¹²⁷ BID, *op. cit.*, p. 41

como jefe de Estado y del PRI era muy fuerte en términos legislativos y partidistas. Por ello, su poder resulta un caso interesante. Presumiblemente puede decirse que en el régimen presidencial del PRI, el Ejecutivo se adjudicó la tarea de generar PP como una atribución exclusiva y este hecho fue cobrando importancia y cooperación del parlamento porque lo tenía de su lado.¹²⁸

A partir de que en México hubo una transición de un gobierno presidencial encabezado por el PRI a un gobierno dirigido por el PAN, se desbalancearon los niveles de poder entre estos partidos. En la actualidad, el gobierno del PAN carece de una mayoría parlamentaria en su favor, misma que quedó en manos del PRI y el Congreso adquirió un papel más activo en la formulación de PP. Así que el índice de iniciativas de PP del Legislativo y el Ejecutivo se encuentra nivelado.¹²⁹ Dicha nivelación de ninguna manera significa que las políticas públicas son totalmente consensadas y aceptadas por los poderes y partidos políticos sin problema alguno. Como lo vimos en el capítulo primero. Se trata de un tema complejo y México no es la excepción.

Por otro lado, la SCJN es un organismo de control de constitucionalidad, inserto al Poder Judicial -al cual encabeza-. Por lo tanto, forma parte de los órganos del sistema de división de poderes.

El Poder Judicial,¹³⁰ desde el punto de vista de la Teoría de Separación de Poderes es el contrapeso de los Poderes Legislativo y Ejecutivo; sin embargo, está desprovisto de los medios para hacerlo y, muchas veces, depende de los otros órganos políticos para ejecutar sus decisiones.¹³¹ El Poder Judicial para dirimir un tipo particular de conflicto e interpretar en sus fallos los límites de la

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ Merino, *op. cit.*

¹³⁰ Por la misma razón en ocasiones se hará referencia a la Corte y al Poder Judicial como un tema que no está aislado, inclusive, a veces se tratará como interrelacionado, a diferencia de lo que sucede en el modelo Europeo que en muchos países el poder judicial está separado del Tribunal constitucional.

¹³¹ Ginsburg, *op. cit.*, p. 78.

interacción política requiere de la colaboración de los otros poderes del Estado. La SCJN lo sustenta en la siguiente tesis jurisprudencial:¹³²

DIVISIÓN DE PODERES. EL QUE ESTE PRINCIPIO SEA FLEXIBLE SÓLO SIGNIFICA QUE ENTRE ELLOS EXISTE UNA COLABORACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS, PERO NO LOS FACULTA PARA ARROGARSE FACULTADES QUE CORRESPONDEN A OTRO PODER, SINO SOLAMENTE AQUELLOS QUE LA PROPIA CONSTITUCIÓN LES ASIGNA.

El artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial y que no podrán reunirse dos o más de estos poderes en un solo individuo o corporación. Sin embargo, ha sido criterio reiterado de esta Suprema Corte que la división funcional de atribuciones que establece dicho numeral no opera de manera rígida, sino flexible, ya que el reparto de funciones encomendadas a cada uno de los poderes no constituye una separación absoluta y determinante, sino por el contrario, entre ellos se debe presentar una coordinación o colaboración para lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantice la unidad política del Estado. Como se advierte, **en nuestro país la división funcional de atribuciones no opera de manera tajante y rígida identificada con los órganos que las ejercen, sino que se estructura con la finalidad de establecer un adecuado equilibrio de fuerzas, mediante un régimen de cooperación y coordinación que funcionan como medios de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público, garantizando así la unidad del Estado y asegurando el establecimiento y la preservación del estado de derecho.** Por su parte, el artículo 133 de la Constitución Federal consagra el principio de supremacía, que impone su jerarquía normativa a la que deben sujetarse todos los órganos del Estado y todas las autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones, por lo que, el hecho de que la división de poderes opere de manera flexible sólo significa que entre ellos existe una colaboración y coordinación en los términos establecidos, pero no los faculta para arrogarse facultades que corresponden a otro poder, sino solamente aquellos que la propia Constitución les asigna. De este modo, para que un órgano ejerza ciertas funciones es necesario que expresamente así lo disponga la Constitución Federal o que la función respectiva resulte estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas por efectos de la propia Constitución, así como que la función se ejerza en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva la facultad propia.

¹³² Tesis: P./J. 78/2009. Registro No. 166964. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Julio de 2009, p.1540.

Señalado lo anterior, puede decirse que la SCJN es un canal de acceso enfocado a resolver diversas problemáticas que tienen estipulada su solución en la Constitución. Dichas problemáticas resultan de los conflictos entre los poderes políticos; de las contradicciones entre las normas y la Constitución; así como de las inconsistencias legales, incluso constitucionales que la propia sociedad demanda. La función de la Corte consiste en construir los vínculos y acuerdos necesarios entre el derecho y la política para que los poderes públicos generen o renueven PP eficaces y funcionales.

La importancia del Poder Judicial como equilibrio de los otros poderes políticos tiene su lógica en la visión de pesos y contrapesos elaborada por los norteamericanos. Esta teoría consiste, en que ningún poder por sí sólo representa la voluntad popular, por estrepitoso que haya sido su triunfo en las urnas, cada Poder debe estar armonizado y coordinado con los demás poderes estatales.

Durante un largo tiempo, la SCJN no cumplía dicha función porque se encontraba estrechamente vinculada al Presidente¹³³ quien prácticamente dominaba todos los poderes. A partir de los años 80 y sobre todo con la reforma judicial de 1994, la Suprema Corte tiene un papel relevante como actor con capacidad de iniciativa política propia.¹³⁴ Ello, la convierte en una institución con capacidad de generar doctrina constitucional y delinear PP a través de los recursos que conoce. Sin embargo, esta función necesita de la responsabilidad política compartida.¹³⁵ Lo que significa que cada poder del Estado debe ser responsable de sus funciones en la creación, implementación y seguimiento de una PP.

Dado que el sistema político mexicano se rige por lo establecido en su máximo ordenamiento jurídico: la Constitución. Formalmente, la Constitución

¹³³ Cfr. Carpizo, Jorge. *El Presidencialismo Mexicano*. Decimoctava edición. México, Siglo XXI editores, 2004.

¹³⁴ Fix Fierro, Héctor. "La reforma en México: entre la eficacia autoritaria y la incertidumbre democrática", 2da ed., en Luis Pasará (comp.) *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 285-287.

¹³⁵ Berlín, Francisco. *Derecho Parlamentario*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p.204

determina cómo se organiza el Estado; sin embargo, desde otro punto de vista, también “establece una serie de posiciones, acuerdos y arreglos entre los actores políticos, y prevé un modelo político considerado valioso”.¹³⁶ En este sentido, la corte contribuye a generar o consolidar dichos acuerdos entre los poderes y partidos políticos, para que estos hagan efectivas las soluciones a los problemas públicos.

El artículo 105 constitucional otorga a la Suprema Corte la competencia para conocer contradicciones entre una norma de carácter general y la Constitución, así como la solución de los conflictos entre poderes políticos, ambos recursos interpuestos por diferentes actores, todos políticos. Lo importante, y la oportunidad que tiene la SCJN en estos casos es la involucrarse en temas de PP. Las opciones judiciales en estos casos deben ser vistas como parte de un sistema institucional más amplio que hace posible colocar estas decisiones en el contexto político adecuado. Es decir, en las personas que necesitan ser verdaderamente cobijadas por resoluciones loables. En estos casos, la SCJN inevitablemente decide sobre conflictos políticos. La diferencia con los poderes y partidos políticos es que la solución que dan a éstos es mediante el uso del marco del derecho constitucional, tanto en el método para llegar a la resolución, como en los criterios subyacentes para resolverlos.¹³⁷

Cossío¹³⁸ señala que este tipo de noción constitucional facilita el activismo judicial. Por ejemplo, en los casos en los que la SCJN ha realizado una nueva interpretación y ha querido ampliar los criterios tradicionales ha apelado a su posición de autoridad.¹³⁹

Por otro lado, la forma en que la Suprema Corte interviene de forma directa en los procesos políticos y en las PP es a través de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad ,y de forma indirecta, en el

¹³⁶ Cossío, *La teoría constitucional*, p. 81.

¹³⁷ Brague Camazano, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, pp. 190-192

¹³⁸ Cossío Díaz. *La teoría constitucional*, p. 174-178.

¹³⁹ *Idem.*

juicio de amparo. El BID¹⁴⁰ señala que las funciones que más desempeña la SCJN en materia de PP son las de jugador con poder de veto y jugador proactivo. Es decir, deja sin efectos leyes o actos declarados inconstitucionales o bien, esgrime una interpretación sobre determinado precepto sin imponer obligaciones al Estado para que haga efectiva una PP. Ansoholabere¹⁴¹ sostiene la SCJN es una institución reactivamente estable porque no influye o no intenta influir con sus decisiones en las PP establecidas por los otros poderes, sino que se abstiene a poner límites generales y evita intervenir en las problemáticas sociales. Es decir, su intervención no se asemeja a las sentencias de derecho comparado analizadas en el capítulo segundo, en las que notoriamente las cortes dan las pautas de la política pública que deben adoptar los poderes políticos. Difícilmente observamos una Suprema Corte que establezca acciones específicas que puedan o deban realizar los poderes políticos en las problemáticas sociales. La función de la Suprema Corte en estos temas es “estable”. Media. Sin embargo, sobresalen asuntos muy importantes en materia de PP que sirven de ejemplo para conocer su papel de contrapeso a los demás poderes del Estado y de encauzadora de PP en beneficio de una sociedad desgastada con sus problemas públicos.

3.2. La Suprema Corte en las políticas públicas como revisora de la constitucionalidad de leyes: las acciones de inconstitucionalidad

Los canales a través de los cuales las cortes intervienen en las PP dependen del litigio que se promueve a través de recursos jurídicos sobre los cuales puede pronunciarse sobre un asunto. En México la acción de inconstitucionalidad es el recurso a través del cual la Corte funge su papel de revisora de la constitucionalidad de leyes.

A través de éste recurso establecido en la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política, la SCJN resuelve un litigio en el que “se plantee la posible

¹⁴⁰ BID, *op.cit.*

¹⁴¹ Ansoholabere, *op.cit.*

contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución”.¹⁴² Es decir, la Suprema Corte tiene que determinar si una ley es constitucional o no. Lo que implica validar o invalidar una ley que tiene repercusiones en la PP. En este proceso la Suprema Corte puede hacer consideraciones pertinentes en temas de PP. Por ejemplo, cuando el Congreso utiliza en las leyes, conceptos o exposiciones de motivos ambiguos, incluso contradictorios, el Congreso no puede ser su propio revisor, así que es conveniente dejar el asunto a la corte. Este fenómeno puede ocurrir con cualquier tema que esté regulado en una ley o en una política pública y tenga ciertas contradicciones con los preceptos constitucionales o los tratados internacionales en materia de derechos humanos; o simplemente no se encuentre esclarecida la diferencia entre el supuesto que regula la ley y lo que dice la constitución. Muchas veces, el propio Poder Legislativo es el que utiliza un lenguaje ambiguo en sus promulgaciones y la corte debe aclararlo. Si la corte en éste contexto se torna judicialmente activa. Al hacer una interpretación de un precepto constitucional puede enriquecer los lineamientos propuestos para una PP, fijar parámetros, dar pautas sobre una PP a seguir; señalar qué se puede hacer en una problemática dada.

Aunque la acción de inconstitucionalidad es un mecanismo limitado a ciertos órganos políticos,¹⁴³ la corte, con sus resoluciones puede propiciar el desarrollo de la dignidad humana, porque está tratando preceptos constitucionales o tratados que así lo fundamentan y con ello, puede garantizar el objetivo de las PP.

En teoría, quedan sujetas a control todo tipo de leyes,¹⁴⁴ no sólo las leyes de la Federación aprobadas por el Congreso de la Unión, sino también las leyes de los diferentes Estados aprobadas por sus respectivos órganos legislativos y las leyes que el Congreso de la Unión apruebe para el Distrito Federal.

A continuación se distinguirán los tipos de leyes y conflictos que se han impugnado por acciones de inconstitucionalidad en el periodo 1995-2009.¹⁴⁵ Así

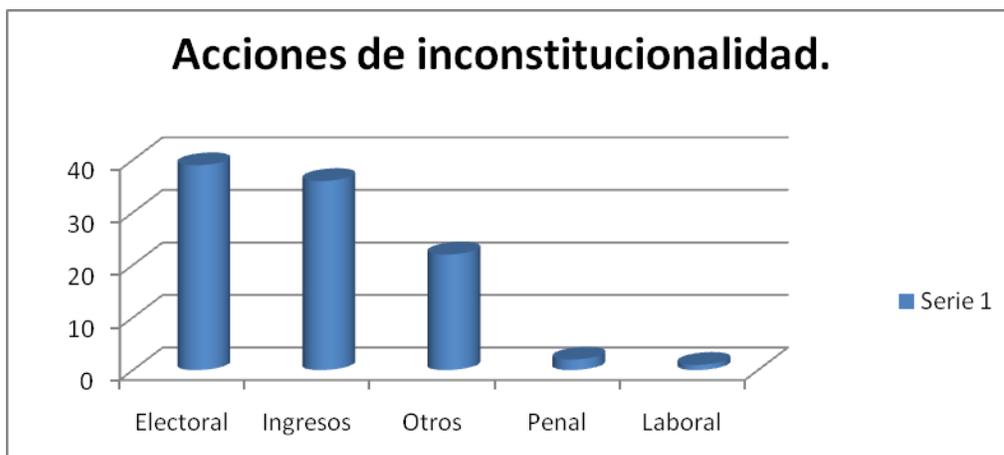
¹⁴² Cfr. Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁴³ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 105

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ <http://www2.scjn.gob.mx/alex/analisis.aspx>

como quiénes las promueven y el tipo de resolución que emite la Suprema Corte al respecto.



En la gráfica puede observarse que los asuntos que más se impugnan por acción de inconstitucionalidad son los temas electorales e ingresos. El tema “otros” engloba los referentes a obras públicas, seguridad pública, sistema de ahorro y notariado. En los últimos lugares se encuentra la impugnación de normas en las materias penal y laboral. En el ámbito electoral quienes promueven las acciones de inconstitucionalidad son los partidos políticos, y en materia de ingresos es la Procuraduría General de la República, ósea, el Poder Ejecutivo. Estos medios de control son utilizados más para defender el ámbito financiero. Mientras los partidos políticos defienden su posición parlamentaria.

Respecto a los puntos resolutivos que emite la SCJN en materia de acciones de inconstitucionalidad, un 40% se pronuncia por la invalidez; en un 28% de los casos emite la validez; 26% son sobreseídas, y el 6% se desestiman. Las causas del desechamiento en un 49% consisten en que no se impugna una ley o un tratado internacional; un 36% porque los actores no están legitimados procesalmente; un 9% son extemporáneas o porque las legislaturas no cumplen con el 33% de legitimación que necesitan. Estos datos nos permiten comprobar las disputas que existen entre los poderes políticos, su falta de acuerdos. También

se observa que básicamente son los partidos políticos y el Poder Ejecutivo quienes más utilizan este recurso para impugnar temas electorales y financieros - temas sumamente importantes-. Dicha información también acredita que en la actualidad la Corte en México ha logrado colocarse en un papel importante para dirimir conflictos políticos que inciden en temas de política pública. En el capítulo primero se habló de la intervención de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, así como de los partidos políticos en el tema de las PP. Si dichas instituciones acuden a la Suprema Corte a dirimir los conflictos derivados de sus propios desacuerdos, resulta conveniente que la corte puntualice y delinee temas los temas públicos que sufren muchas inconsistencias políticas. Lo ideal sería que la corte a través de los litigios que conoce, sea mucho más activa en temas de impacto social. Hasta el día de hoy no son muchos los casos que sobresalen en materia de PP por acción de inconstitucionalidad, a continuación estudiaremos uno.

3.2.1. Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Legalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre de gestación¹⁴⁶

Debido a todos los problemas públicos producidos por el número de abortos practicados día a día en hospitales clandestinos en el Distrito Federal (DF), en abril de 2007, la Asamblea Legislativa del DF (ALDF) realizó diversas reformas al Código Penal y a la Ley de Salud del D.F. Dichas reformas se llevaron a cabo con el fin de definir al aborto como “la interrupción del embarazo después de la duodécima semana de gestación”. Entendiendo por embarazo a “la parte del proceso de reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. Dicha reforma propició una PP en materia de salud para que el

¹⁴⁶ Todo lo referente a la acción de inconstitucionalidad sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal fue extraído de la sentencia 146/2007 y su acumulada 147/2007.

aborto no fuese penalizado¹⁴⁷ como se hacía con antelación y garantizó a la mujer su derecho a decidir sobre su propio cuerpo.

El Procurador General de la República (PGR) y el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) interpusieron diversas acciones de inconstitucionalidad contra las reformas aludidas. Ambos solicitaron la invalidez de los artículos 144, 145, 146 y 147¹⁴⁸ del Código Penal para el Distrito

¹⁴⁷ Puede haber penalización sólo después del tercer mes de gestación.

¹⁴⁸ Los artículos impugnados y analizados en el caso de la despenalización del aborto fueron los siguientes:

ARTÍCULO 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

(REFORMADO, G.O. 26 DE ABRIL DE 2007)

ARTÍCULO 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

(REFORMADO, G.O. 26 DE ABRIL DE 2007)

ARTÍCULO 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

(REFORMADO, G.O. 26 DE ABRIL DE 2007)

ARTÍCULO 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

(ADICIONADO, G.O. 27 DE ENERO DE 2004)

ARTICULO 16 Bis 6.- Las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal, gratuitamente y en condiciones de calidad, deberán proceder a la interrupción del embarazo en los supuestos permitidos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuando la mujer interesada así lo solicite. Para la cual las referidas instituciones públicas de salud deberán proporcionar información oportuna y veraz de otras opciones con que cuentan las mujeres además de la interrupción del embarazo, así como las consecuencias en su salud.

La interrupción del embarazo deberá realizarse en un término de cinco días, contados a partir de que sea presentada la solicitud y satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable.

(ADICIONADO, G.O. 26 DE ABRIL DE 2007)

Federal, así como la adición a los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el DF. Los demandantes señalaron que dichas reformas violaban los artículos 1º, 4º, 6º, 14, 16, 22, 24, 73, fracción XVI, 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, primer párrafo, incisos h) e i), 123 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.2.1.1. Conceptos de invalidez

Dentro de los conceptos de invalidez utilizados por el Procurador y el Comisionado de los derechos humanos destacan los siguientes: el derecho a la vida del producto de la concepción; derecho a la protección del proceso de gestación; derechos de igualdad, procreación y paternidad; derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad; inexacta aplicación de la Ley Penal; invasión de

Las instituciones públicas de salud del gobierno del Distrito Federal atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aún cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado.

ARTICULO 16 Bis 8.- La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario. Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.

El gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información, difusión y orientación en la materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente. Asimismo, proporcionarán a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal. Los servicios de consejería también ofrecerán apoyo médico a la mujer que decida practicarse la interrupción del embarazo después del procedimiento de aborto, particularmente en materia de planificación familiar y anticoncepción.

competencias; derecho de objeción de conciencia; derecho a la salud en su dimensión social y principio de legalidad.

Los argumentos con los que sostuvieron los demandantes en sus conceptos de invalidez fueron los siguientes:

Derecho a la vida del producto de la concepción

Se reclamó la inconstitucionalidad de los artículos citados por contravenir el derecho a la vida del producto de la concepción reconocido en los artículos 22, 123, apartado A, fracciones V y XV y apartado B, fracción XI, inciso c de la Constitución, así como el artículo tercero transitorio de la reforma a los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución publicado el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete.¹⁴⁹ Los demandantes resaltaron que la vida es un derecho imprescriptible del ser humano, constituyendo así el fundamento del orden constitucional. Enfatizaron que el producto de la concepción tiene derechos como los sucesorios. Entonces, el derecho a la vida del producto no puede ser disminuido frente a la libertad de otra persona, porque la autodeterminación de la mujer se encuentra antes de ejercer el derecho a la procreación y la faceta de responsabilidad que comporta el ejercicio de la libertad sexual implica que se evalúe la situación antes de ejercer el derecho, ya que después estaría limitada por la vida del producto y el progenitor. Además no se puede otorgar un derecho fundamental con el propósito de anular otro. Son derechos con diferente rango, ya que sin vida no hay derechos.

¹⁴⁹ Algunas de las razones que impulsaron la citada reforma fueron: prohibir la pena de muerte, preservar la vida como límite al poder del Estado para aplicar sanciones contrarias a los derechos humanos, impedir la aplicación de sanciones inusitadas y trascendentes, abolir una pena que se considera contraria al sentimiento humanitario de la Nación, homologar el objetivo de los instrumentos internacionales de derechos humanos que buscan la preservación de la vida y la prohibición de la pena de muerte, la ineficacia de la pena de muerte para combatir el crimen.

Derecho a la vida

Los actores precisaron que los artículos reformados violaban el derecho a la vida; el derecho a la vida antes del nacimiento y el derecho a la vida desde la concepción reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles: preámbulo de una protección tanto antes, como después del nacimiento. Esgrimieron que los artículos reformados rebasan la declaración interpretativa por desproteger una etapa de la vida, entiéndala como el derecho primigenio entre los derechos humanos que hace posible el goce y disfrute de los demás derechos del individuo.

Derecho a la protección del proceso de gestación

Señalaron que las reformas contravenían los artículos 4° y 123 de la Constitución porque no respetaban el derecho del producto de la concepción y a la protección del proceso de gestación a partir de la concepción misma. Para ello aludieron a la exposición de motivos de los artículos mencionados y resaltaron que se debía proteger la salud del producto de la concepción como un acto de protección tanto para la mujer, como para el producto desde la concepción misma.

Derechos de igualdad, procreación y paternidad

Se argumentó que las reformas en comento contravenían el derecho a la igualdad ante la ley del varón y la mujer, así como el derecho a la procreación y a la paternidad del progenitor establecidos en los artículos 1° y 4° de la Constitución, ya que, el derecho a la procreación –dijeron- pertenece a la pareja.

Derecho a la igualdad y no discriminación

Los actores sostuvieron que las reformas no respetaban el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad del producto de la concepción del artículo 1° de la Constitución, debido a que los artículos regulaban de manera distinta un producto de menos de doce semanas y otro de más de doce, sin atender a criterios objetivos, razonables y proporcionales.

Derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad

En el mismo sentido se dijo que las reformas no respetaban la objetividad, razonabilidad o proporcionalidad, ya que no regulaban el caso de las menores de edad. Se dijo que las menores de edad no pueden otorgar su consentimiento para interrumpir su embarazo, pues no tiene capacidad de ejercicio. Por lo tanto la reforma debió haber previsto el consentimiento otorgado por el padre, la madre o el tutor para ser congruente con la responsabilidad civil en que pueden incurrir los que ostentan la patria potestad por poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida de los menores que están a su encargo.

Inexacta aplicación de la Ley Penal

Los accionantes alegaron que las reformas contravenían el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto por el artículo 14 de la Constitución, toda vez que dichos preceptos no eran claros ni precisos, llegando a provocar interpretaciones o aplicaciones erróneas.

En este sentido, según los actores la primera inexactitud que se advertía en las normas impugnadas se refería al término -después de las doce semanas- ya que tal temporalidad no era fácil de contabilizar. También se mezclaban los conceptos de gestación y embarazo, mismos que aumentaban la dificultad para determinar con certeza el cómputo de las doce semanas.

La segunda inexactitud que señalaron los accionantes se refería al consentimiento de la mujer, ya que los artículos 145 y 146 del Código Penal para el Distrito Federal hablaban de consentimiento, pero en ningún caso ofrecían parámetro alguno para evitar los vicios que pudieran recaer en el mismo.

En tercer lugar, se dijo que las penalidades señaladas para la comisión del delito de aborto también se traducían en una inexactitud, en la medida en que las penas para quienes auxiliasen a la mujer a abortar eran mayores que para la mujer que abortara, además de que la pena para esta última resultaba insignificante y no guardaba proporción alguna con el bien jurídico protegido.

La cuarta inexactitud se refería al hecho de que, conforme al artículo 144 del Código Penal impugnado, se identificaban tres etapas distintas en el proceso de gestación. La primera que iría de la concepción hasta el embarazo (implantación del embrión en el endometrio), la segunda a partir de este momento hasta las doce semanas y la tercera a partir de la décimo tercera semana hasta el nacimiento, de tal suerte que el bien jurídico protegido por la norma parecía no ser la vida, sino el proceso de gestación, pues era sólo la tercera etapa de éste la que contaba con protección jurídica. Este cambio en el bien jurídico protegido provocaba múltiples confusiones, porque las normas resultaban incongruentes y parecían proteger un proceso diverso al de la vida, con lo cual podría llegar al absurdo de propiciar el concurso de delitos, al permitirse la comisión –con una sola conducta– de lesiones, homicidio y aborto- Ello contravenía el principio de exacta aplicación de la ley penal.

Invasión de competencias

Se argumentó que la mencionada reforma contravenía la competencia de legislar en materia de salud en forma concurrente establecida en los artículos 4° y 73, fracción XVI de la Constitución. En ese sentido, los demandantes precisaron que la Federación tiene facultad de legislar en toda la República en materia de salud, expidiendo para tal efecto una Ley General, mientras que a la Asamblea

Legislativa del Distrito Federal corresponde normar la salud y asistencia social en los términos que establece el artículo 44 del Estatuto de Gobierno conforme a lo dispuesto por el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso i de la Constitución. Así, a su parecer, en los artículos reclamados, la Asamblea utilizó una definición de embarazo distinta a aquella que se utiliza en la Ley General de Salud y su Reglamento, porque en este último se considera embarazo a la fecundación del óvulo, mientras que en el otro se define como la implantación del embrión en el endometrio. Con estos razonamientos concluyeron que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal invadió la competencia del Congreso de la Unión. Entonces, la noción de embarazo que debía prevalecer era la establecida por la Ley General de Salud.

Derecho de objeción de conciencia

Se dijo que la libertad de expresión es la libre manifestación de las ideas, dentro del cual puede incluirse el derecho a difundir el pensamiento de una persona. Esta difusión implica las creencias de la persona que la realiza, por lo que se puede oponer a un mandato de autoridad que considere injusto o delictuoso por entrar en colisión con una norma moral sobre la cual el sujeto basa sus creencias.

Se enfatizó que la objeción de conciencia debe respetar ciertos límites, los cuales son: no acarrear la crisis de la ley; garantizar el control de la buena fe del objetor; prever una prestación social sustitutoria y no discriminar al objetor.

Con esas ideas los actores infirieron que está permitida la objeción de conciencia a cualquier mandato de la autoridad si es contraria a las creencias o convicciones de la persona, resultando, a su parecer, que la cláusula de emergencia sobre abortos terapéuticos resultaba un límite a la objeción de conciencia.

Derecho a la salud en su dimensión social y principio de legalidad

Se demandó la invalidez de los artículos 16 bis 6 y 16 bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, por contravenir el derecho a la salud en su dimensión social y el principio de legalidad otorgados por los artículos 4º y 16 de la Constitución. Se dijo que el principio de legalidad presupone la competencia de la autoridad, por lo que las mismas sólo pueden realizar aquello que les está permitido. Entonces las instituciones públicas de salud del gobierno del Distrito Federal no estaban facultadas para interrumpir los embarazos.

3.2.1.2. Defensa de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal

El Presidente de la Comisión de Gobierno de la ALDF, al rendir su informe en relación con la demanda aludida, destacó que las normas impugnadas se referían a un tema controvertido y polémico. De tal suerte que, si una amplia mayoría legislativa adoptó una decisión que expande y protege la esfera de derechos fundamentales de las mujeres, los jueces como guardianes de la Constitución tenían la oportunidad de fortalecer a las instituciones democráticas que expresan la autonomía política de los ciudadanos, así como confirmar la ampliación de la esfera de derechos y garantías. Asimismo, destacó que estaba en juego el derecho de las mujeres a ejercer con dignidad su autonomía moral, sus libertades básicas, entre ellas la de procreación, su derecho a la privacidad, la vida y la salud.

Dijo que la vida es un derecho fundamental implícito en la Constitución, pero en ésta no hay norma que reconozca el derecho a la vida del producto de la concepción, y en la lista de derechos fundamentales también se encuentran el de la libertad, la dignidad, la igualdad, la integridad, la salud y la educación, entre otros, que no están jerarquizados; por lo que no puede afirmarse que el derecho a la vida, al ser condición para ejercer otros derechos, sea superior.

Desestimación de los conceptos de invalidez

La ALDF argumentó que la equiparación que el accionante hizo de la vida con la esencia del ser humano resultaba errónea e imprecisa pues no se distinguía a éste de los demás seres vivos como los animales, los vegetales o las bacterias. La vida es, entonces, una característica genérica y no específica del ser humano. Así, existen otros valores y derechos fundamentales distintos al de la vida que se aproximan más a la esencia del ser humano como la libertad y la igualdad, por ser más específicos.

El hecho de que la vida sea condición necesaria para el disfrute y ejercicio de otros derechos no supone que tenga mayor jerarquía y que no necesite ponderarse con otros derechos fundamentales. Se trata de derechos con fines distintos y titulares diferentes, por lo que considerar a la norma suprema con una orientación unitaria de protección de los intereses de la familia y de la sociedad es erróneo.

Se señaló que en la demanda no se justificó la afirmación relativa a que el artículo 4° de la Constitución protege la salud del producto de la concepción. En cambio, el artículo 123 constitucional sólo protege el proceso de la gestación en tanto se vincula con la salud de la trabajadora embarazada, titular de los derechos laborales.

En la defensa se dijo que el accionante al afirmar que el Estado tiene la obligación de proteger el producto de la concepción absteniéndose de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y estableciendo un sistema legal para la defensa de la vida, no ofreció sustento legal o doctrinal de su afirmación; además de que la despenalización de un bien jurídico no implica su desprotección y, concretamente, la despenalización de la interrupción del embarazo se refiere al caso en que la mujer embarazada decida tal interrupción, pero se mantiene la sanción penal para quien atente contra el producto de la concepción sin su consentimiento.

El derecho a la procreación como lo entiende el accionante –dijo la ALDF– desconoce el derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación de su cuerpo. Identificar el derecho a la procreación con la decisión sobre fecundación

reduce el derecho a decidir o no la fecundación, lo que no resuelve graves problemas. Entre ellos, los casos en que no se busca la fecundación pero ésta se da, ya sea porque la mujer participó en el acto sexual voluntaria o involuntariamente.

Sostener que una vez que se produce la fecundación, las personas que intervinieron en ella dejan de tener libertad de decisión y sólo poseen el derecho a que nadie interrumpa su condición de futuros padres, implica la negación de la libertad reproductiva después de la fecundación y la sujeción del cuerpo de la mujer a los intereses del producto de la concepción y al derecho de procreación del hombre. Lo que se traduce en un trato discriminatorio prohibido por el artículo 1° constitucional.

La decisión de las doce semanas no son un capricho del legislador –sostuvo la ALDF-, sino que obedecen a una decisión de introducir un modelo similar al de la mayoría de los países que tienen una legislación análoga y que se basa en criterios médicos de distinción entre el embrión y el feto con motivo de la formación del sistema nervioso central y la corteza cerebral.

Se señaló como imprecisa la afirmación de los accionantes en el sentido de que el derecho a la procreación es de ejercicio conjunto o en pareja, ya que excluye los casos de inseminación artificial y otras técnicas reproductivas, además de que no contempla la adopción como mecanismo para constituir una familia.

La Constitución no explicita qué se entiende por persona; sin embargo, siempre que utiliza esa palabra lo hace para referirse a personas ya nacidas o a personas jurídicas o morales, pero en ningún momento se refiere al nonato como persona o da motivo para calificarlo como tal.

En el lenguaje común y el lenguaje técnico de disciplinas como la medicina o la biología, el concepto de persona o de ser humano no incluye al producto de la concepción porque éste no es un individuo hasta que tiene la posibilidad de existir por sí solo, lo que no ocurre en las primeras doce semanas de gestación, por lo que ni el embrión ni el feto pueden ser titulares del derecho a la vida; sólo son bienes constitucionalmente protegidos, en el entendido que no todos los bienes

constitucionalmente protegidos pueden ser titulares de los derechos fundamentales.

Se dijo también, que los accionantes no tenían la razón al sostener que la reforma impugnada viola el derecho a la igualdad ante la ley del varón y la mujer y el derecho a la procreación y a la paternidad del progenitor varón, porque el artículo 4° constitucional otorga el derecho a decidir el número y espaciamiento de sus hijos a la persona y no a la pareja, por lo que no se trata de un derecho de ejercicio conjunto. Aunque existiera un compromiso de solidaridad, éste no puede coartar la libertad de la persona para ejercer su derecho, máxime que la maternidad justifica un trato diferenciado entre el hombre y la mujer.

La ALDF tampoco justificó el establecimiento de un proceso para verificar el tiempo de gestación ya que se trata de una reforma penal. El parámetro temporal de las doce semanas es proporcional pues la interrupción posterior aumenta considerablemente el riesgo en la salud de la mujer, además de que toma en cuenta las características propias del producto de la concepción antes y después de las doce semanas.

Se argumentó también que las normas impugnadas no violan el derecho de igualdad y no discriminación por razón de edad de la mujer, por no regular el caso especial de las mujeres menores de edad, como lo señalaron los accionantes, ya que de no darle acceso a esas mujeres en igualdad de circunstancias que a las demás para obtener la interrupción del embarazo cuando lo deseen, se atentaría contra sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la autodeterminación de su cuerpo, su libertad reproductiva, a la intimidad y a la privacidad, de los que son titulares aunque no hayan alcanzado la mayoría de edad.

Por otro lado, se desestimó que las disposiciones combatidas violaran el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que el margen de error en la determinación del momento de implantación del óvulo en el endometrio es muy pequeño y es más difícil determinar el momento de la fecundación. Además, en caso de duda, los adelantos médicos y científicos permiten determinar la edad del producto de la gestación.

Se dijo que las reformas tampoco violaban principios penales al establecer dos tipos penales distintos: aborto y aborto forzado, ya que tales conceptos se refieren a conductas distintas; tienen por sujetos a clases de personas diferentes y excluyentes, ya que el primer tipo lo puede cometer la mujer o quien la auxilie, mientras que el aborto forzado sólo puede cometerse en contra de la voluntad de la mujer; por esa razón se establecieron penas y excluyentes distintas.

La ALDF destacó que las normas combatidas no contravienen la competencia que la Constitución otorga a la Federación para legislar en materia de salud. Conforme a lo dispuesto por los artículos 4º, párrafo tercero, 44 y 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, incisos h) e i), constitucionales, la ALDF está facultada para legislar en las materias penal y de salud, tanto en el ámbito de la salubridad local, como de la salubridad general en forma concurrente con la Federación, en los términos que se establezcan en la Ley General que expida el Congreso de la Unión. El establecimiento de facultades concurrentes en el texto constitucional se considera como una delegación de facultades a favor del Congreso de la Unión para que éste haga la repartición de competencias entre los diversos órdenes de gobierno a través de las leyes generales y, una vez realizada la distribución competencial de las facultades concurrentes, se entiende que tanto el Congreso Federal como los Congresos locales cuentan con la atribución de legislar en la materia objeto de la concurrencia.

3.2.1.3. Estudio del caso: Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Corte para analizar el caso impugnado requirió a diversos Tribunales y Procuradurías información certificada y detallada acerca de los procesos penales tramitados, averiguaciones previas instruidas, consignaciones penales efectuadas, procesos penales, juicios de amparo y/o recursos que se hubieran tramitado con relación a órdenes de aprehensión, autos de formal prisión y cualquier otra resolución no definitiva, relacionada con el delito de aborto a partir de 1992, hasta 2008.

De los datos obtenidos, la Suprema Corte advirtió que el número de causas penales y averiguaciones previas tramitadas en relación con el delito de aborto no pasaba de 1000, haciendo notar que los datos proporcionados reportaban de manera muy diversa la vinculación entre el delito de aborto y otros ilícitos vinculados a éste.

La Suprema Corte también decretó la práctica de una prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno. Asimismo, ordenó la celebración de diversas audiencias para escuchar las posturas que tuviese la sociedad en el tema del aborto.

De este modo, la Suprema Corte dividió el estudio del caso en tres grandes áreas temáticas divididas de la siguiente manera:

Argumentos de incompetencia en razón de materia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

I. Salud y Salubridad General. Se trata de un desarrollo relacionado con el tipo de competencia que es Salubridad General y Salud, tanto constitucionalmente como por su carácter de materia concurrente regulada mediante una Ley General;

II. Ley General de Salud y Sistema Nacional de Salud. Se desarrollaron las características generales del sistema

III. Definición de embarazo. Análisis de la existencia de una definición de embarazo en un reglamento de la Ley General de Salud como una razón para considerar que la materia no es de competencia de la ALDF.

A) Análisis de la materia de investigación para la salud.

B) Reglamento específico de la materia y reglamentos federales en materia de salud.

IV. Ley, reglamento y normas oficiales mexicanas. Análisis del desarrollo de la Ley General de Salud por vía de reglamentos expedidos por el Ejecutivo Federal y por normas oficiales mexicanas expedidas por las dependencias de la administración pública federal en aplicación de la Ley Federal de Metrología y Normalización

V. Definiciones y ámbitos normativos. La relación transversal de la materia con los demás órdenes jurídicos que componen el sistema jurídico mexicano (federación,

estados y Distrito Federal y municipios). Tratamiento de la materia penal y de sus posibles -intersecciones- con la materia de salud, así como la relación entre los principios penales (legalidad, tipicidad, etc.) con una obligación genérica de armonización entre conceptos relacionados con el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales.

Existencia y naturaleza normativa del concepto “vida” en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

I. Vida y Constitución.

- A) Análisis del argumento de la existencia del derecho a la vida como presupuesto de todos los demás derechos.
- B) Vida y pena de muerte. Análisis de la relación de la existencia del derecho a la vida con la reforma de los artículos 14 y 22 constitucionales.
- C) Análisis general de los instrumentos internacionales relacionados.
- D) Constitución y mandatos al legislador penal

II. Principio de igualdad

- A) Participación de personas de sexo masculino en la decisión de terminación del embarazo.
- B) Menores de edad.

Planteamientos de fondo en relación con la materia penal

- I. Análisis de los principios de certeza y exacta aplicación de la ley penal, así como un análisis de claridad y tipicidad de las formulaciones normativas.
- II. Análisis la proporcionalidad de las penas de los distintos tipos penales establecidos en los artículos impugnados.

La Corte para hacer un estudio de fondo sobre el caso realizó una serie de preguntas entre las que destacan las siguientes:

¿Se encuentra el derecho a la vida contemplado por la constitución mexicana?

En una primera lectura de la Constitución Mexicana no se encuentra de manera expresa el establecimiento de un derecho específico a la vida; el valor de la vida, o alguna otra expresión que permita determinar que el citado derecho tiene una protección específica normativa a través de una prohibición o mandato dirigido a las autoridades del Estado. Sin embargo, no es necesaria la existencia expresa del derecho para reconocer que sin el derecho a la vida no tiene cabida ningún otro derecho. No obstante, la Corte descifró este argumento en dos partes: la que afirma que si no se está vivo no se puede disfrutar ningún derecho y, otra que sostiene que la vida es más valiosa que cualquiera de los otros derechos fundamentales.

La Corte dijo que se puede aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no se puede deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo. Aceptar dicho argumento también destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático. La Corte sostuvo que los derechos fundamentales se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un último valor fundamental intangible jurídicamente. En segundo término, la Corte argumentó que la misma falta de mención por parte de la Constitución del término vida, justamente implica su protección. Esto es así, dijo, ya que con la reforma a los artículos 14 y 22 de la Constitución de nueve de diciembre de dos mil cinco, se eliminó el término vida relacionado con la posibilidad de aplicación de la pena de muerte mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, así como los supuestos previamente considerados en el artículo 22 de la Constitución. Esta reforma reflejaría entonces la concepción del constituyente de que la vida tiene que ser protegida como un valor superior. Sin embargo, la eliminación de la pena de muerte obedece a la existencia de obligaciones en el derecho internacional en materia de derechos

humanos para ajustarse a la tendencia internacional respecto de la abolición de la pena de muerte. En este sentido, el instrumento aplicable es la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo 4º, cuarto párrafo; así como los ajustes de derecho interno para la incorporación y aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

El derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre los cuales se pueden mencionar: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4). De manera complementaria a estos, se encuentran también: la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6 y 37), el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (art. 1), el Protocolo a la Convención Americana. Lo primero que se advierte de la lectura de todas esas disposiciones, es que el derecho a la vida en los tratados internacionales no se establece ni reconoce como un derecho absoluto.

De una lectura integral de las normas internacionales que protegen el derecho a la vida, la Corte encontró que estas en general, consagran dos tipos de garantías respecto a dicho derecho:

- a) Una garantía genérica, que prohíbe la privación arbitraria de la vida, y
- b) Otra que contiene algunas más específicas que restringen la aplicación de la pena de muerte al cumplimiento de algunos requisitos y supuestos, así como que buscan la abolición gradual y no reincorporación de ésta.

En conclusión, la Corte analizó que los instrumentos internacionales de derechos humanos sí garantizan y protegen el derecho a la vida, pero no como un derecho absoluto. La garantía se dirige de manera particular a la privación arbitraria de la vida y a la pena de muerte. Además, destacó que México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o algún momento específico, en razón del sentido y alcance que tiene la declaración interpretativa

que formuló al ratificar la Convención Americana y que se mantiene vigente; así que lo único que se encuentra en la Constitución de manera expresa, son previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos los derechos relacionados con la vida. Por ejemplo el artículo 4º de la Constitución, que contiene previsiones relacionadas con la salud, el medio ambiente, la vivienda, la protección a la niñez, la alimentación y el artículo 123 que contiene disposiciones específicas para el cuidado de las mujeres en estado de embarazo y parto. Es decir, la Constitución, no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar las condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello.

De este modo, la Suprema Corte no encontró ningún mandato constitucional específico para la penalización de conductas como el aborto. Por lo tanto, tampoco encontró ninguna razón jurídicamente argumentable que indique que no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del Legislador democrático, un reproche social. Esto, dijo la Corte, porque es el legislador democrático el que tiene la facultad de evaluar los elementos para regular, o desregular, una conducta específica. La ALDF cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deban ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto.

Es importante destacar que la intervención de la Corte en un tema público como el aborto refleja argumentos que impactan en lo social y en lo político. En este sentido, la Suprema Corte determinó que el ejercicio democrático llevado a cabo por la ALDF, mismo que concluyó en la despenalización de una conducta, fue para acabar con un problema de salud pública derivado de la práctica de abortos

clandestinos, estimando que la despenalización del aborto permitirá que las mujeres interrumpieran voluntariamente su embarazo en condiciones de higiene y seguridad; asimismo, garantizará un trato igualitario a las mujeres, en específico aquellas de menores ingresos, y también se les reconocerá su libertad en la determinación de la forma en la que quieren tener relaciones sexuales y su función reproductiva; también les reconoce que no debe existir la maternidad forzada y les permite desarrollar su proyecto de vida en los términos que lo estime conveniente. La Corte justificó que el procedimiento para abortar se lleve a cabo dentro del período de doce semanas, puesto que es más seguro y recomendable en términos médicos, ya que la interrupción del embarazo se despenaliza únicamente para el período embrionario y no el fetal. Es decir, antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción.

Aunado a lo anterior, la Suprema Corte intervino en el delineamiento de una política pública en conjunto con el legislador, al justificar jurídicamente las modificaciones a los artículos analizados, pues aplaudió el hecho de que el legislador tomara en cuenta el incipiente desarrollo del embrión, la seguridad y facilidad de la interrupción del embarazo sin graves consecuencias para la salud de la mujer. Si dicha interrupción se realizara clandestinamente y fuera de los parámetros dados por el Legislador, no sería posible asegurar la salud de la madre. La Corte en apoyo a los argumentos del legislador destacó que el hecho de que las mujeres no quieran ser madres constituye una realidad social que hace que las mujeres recurran a la práctica de interrupciones de embarazos clandestinos en detrimento para su salud e incluso, con la posibilidad de perder sus vidas.

La Corte determinó que la medida utilizada por el Legislador resulta idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres. La no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida, pues no se desconoce que aun en la actualidad, como lo refirió claramente el

legislador del Distrito Federal en su exposición de motivos, existe mortandad materna. La Suprema Corte señaló que el reproche por la vía penal; es decir, la imposición de la pena en el citado caso, no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación, pues nuestra realidad social es otra y de lo contrario, se menoscaba y reafirma la discriminación hacia las mujeres. Por ende, no puede plantearse que la amenaza penal es la primera y única solución a la erradicación de las prácticas clandestinas de interrupción voluntaria del embarazo, pues más allá de la teoría que se utilice para justificar la imposición de la pena estatal, la sanción no puede ignorar la racionalidad y la necesidad. De lo contrario, se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza como inmediato fundamento de la sanción. Finalmente, la Corte dijo que la evaluación de las condiciones sociales y la ponderación realizada por la ALDF es constitucional y se encuentra dentro de sus facultades de acuerdo con principios democráticos.

¿Violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?

Ante el problema planteado, relacionado con la igualdad entre hombre y mujer, la Suprema Corte realizó una serie de distinciones. La primera se refirió a la libertad sexual y la libertad reproductiva. La Corte determinó que los derechos básicos de las personas incluye dimensiones de la sexualidad que nada tienen que ver con las que están destinadas a proteger un ámbito de decisión respecto a la cuestión de tener o no tener descendencia. Del mismo modo, señaló que dicho argumento pasa por alto que el derecho de ser padre o madre no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo. Una de las vías de establecimiento de la paternidad o de la maternidad es la adopción y el Código Civil del Distrito Federal -por señalar sólo las reglas vigentes en el ámbito normativo que las impugnaciones toman como referencia- permite la adopción tanto por parte de una pareja como por parte de una persona en lo individual. La Corte destacó que la afectación de la mujer y del hombre es distinta no solamente porque, hay consecuencias del embarazo no deseado que sólo recaen en la

mujer que lo experimenta, sino porque, aunque hay otras cargas que potencialmente podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta.

En efecto, la posibilidad futura de abrir un proceso judicial orientado a que cierta persona sea reconocida como padre de un menor, o contribuya económicamente al sostenimiento de sus necesidades es demasiado incierta e imperfecta para anular la asimetría original que existe entre la posición de la madre y el padre potencial de un modo que justifique la invalidación de la regla general que le permita la toma de decisión a la madre potencial.

En segundo lugar, la Suprema Corte consideró que no existe ninguna obligación constitucional para que el legislador local establezca un régimen especial cuando la que desea interrumpir el embarazo es menor de edad. Las cuestiones de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no son necesariamente las mismas que rigen el ejercicio de todos los derechos, en particular la capacidad civil. Lo importante, en este caso por consiguiente, no era la edad biológica de una persona, sino el contexto de condiciones en las que el ordenamiento jurídico bajo examen sitúa el ejercicio de su autonomía. Este es un argumento muy importante para la consolidación de una PP, y la Corte fue contundente al respecto.

Planteamientos de Fondo en Relación con los Principios en Materia Penal

I. Violación a los principios de legalidad certidumbre y exacta aplicación de la ley penal.

La Suprema Corte en su estudio realizó un contraste entre el texto anterior y el vigente del artículo 144 y advirtió que no había operado ningún cambio en el bien jurídico tutelado. Es decir, el bien jurídico tutelado seguía siendo la vida en gestación. En todo caso, lo único que podría afirmarse es que cambiaron las circunstancias o condiciones en que dicho bien se protege.

La Corte pronunció que los artículos 144 y 146 impugnados no violentan los principios de certidumbre y exacta aplicación de la ley penal. La Corte argumentó que el artículo 144 no constituye en sí mismo un tipo penal, sino que cumple la función de dotar de contenido a los conceptos de aborto y embarazo, que a su vez constituyen elementos normativos de valoración jurídica de tipos penales. La tipicidad, dijo la Corte, es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal; además requiere que el tipo esté redactado de tal modo que éste se pueda deducir con claridad en el propio texto, para lo que es necesario que el legislador utilice un lenguaje claro y asequible al nivel cultural medio; empleando, sobre todo, elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo.

La Suprema Corte, en su lectura del capítulo relativo al delito de aborto en el Código Penal para el Distrito Federal, identificó tres tipos penales que a su vez pueden configurarse mediante distintas modalidades de conducta; distintos sujetos activos y distintos medios: el aborto autoinducido, el aborto consentido y el aborto forzado. La Corte destacó que la descripción que hizo el legislador de dichos tipos penales fue hecha con claridad, por lo tanto, no existía vaguedad o ambigüedad traducida en incertidumbre o en inexacta aplicación. En efecto, de lo dispuesto por el artículo 145 en relación con el 144, cabe advertir que lejos de generar incertidumbre, los conceptos allí enunciados generan certeza jurídica respecto de dos momentos. El primero, referido a la condición temporal que actualiza un aborto (artículo 144); y el segundo, que se refiere al instante en que jurídicamente se actualiza el embarazo que comienza con la implantación del embrión en el endometrio (artículo 145).

Ahora bien, la Corte señaló que el legislador no vulnera el principio de exacta aplicación de la ley penal, pues los artículos de referencia resultan acordes con el principio de legalidad, en tanto no se trata de normas penales en blanco, sino que las disposiciones son claras y precisas.

Por lo anterior, el 28 de agosto de 2008, el Pleno de la Suprema Corte determinó, mediante una votación de 8 que las reformas legislativas que legalizaron el aborto en el primer trimestre de gestación eran constitucionales e instruyó a las instituciones de salud pública del Distrito Federal para prestar los servicios médicos y de consejería al respecto.¹⁵⁰

La SCJN al emitir su fallo participó en un dialogo entre distintos poderes del Estado para la concreción de un programa jurídico-político establecido por los estándares jurídicos. En este caso consolidó junto con el Gobierno del DF una política pública en materia de salud y protección a la mujer.

El fallo de la SCJN trajo como consecuencia nuevas PP en materia de servicios de salud. En la actualidad, cualquier mujer en el DF puede interrumpir su embarazo de forma gratuita antes del tercer trimestre de gestación en cualquier hospital o clínica de salud dependiente del Gobierno del Distrito Federal.

3.3. Controversia Constitucional

Las controversias constitucionales son los procesos previstos en la fracción I del artículo 105 constitucional que tiene como principal función permitir a la Suprema Corte la resolución de los conflictos de constitucionalidad o de legalidad surgidos de las distribuciones competenciales llevadas a cabo a través del sistema federal o del principio de división de poderes.¹⁵¹ Es decir, “las controversias son un mecanismo eficaz para que diversos órganos estatales estén en aptitud de

¹⁵⁰ La Corte emitió los siguientes resolutivos:

PRIMERO. Es parcialmente procedente e infundada la acción de inconstitucionalidad.

SEGUNDO. Se sobresee en la presente acción de inconstitucionalidad, respecto de los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 7, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, y Tercero transitorio del impugnado Decreto de reformas a dichos preceptos.

TERCERO. Se reconoce la validez de los artículos 144, 145, 146 Y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

CUARTO. Publíquese esta resolución en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

¹⁵¹ Cossío op cit. *La controversia constitucional*, 1era edición, México, Porrúa, 2008, p.8

defender su esfera competencial frente a otros órganos del mismo o de distinto orden normativo”.¹⁵² Este recurso permite la defensa de la estructura, organización y ámbitos de competencia que la Constitución define para cada uno de los poderes y órganos del Estado.

Cossío¹⁵³ señala que las controversias constitucionales tienen como propósito salvaguardar el sistema federal y la división de poderes y, adicionalmente, como una finalidad indirecta, el bienestar de la persona humana. Esto lo sustenta con la jurisprudencia P./J. 101/99¹⁵⁴ que establece lo siguiente:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER.

El análisis sistemático del contenido de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela que si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos. En efecto, el título primero consagra las garantías individuales que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, especialmente las previstas en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes. Por su parte, los artículos 39, 40, 41 y 49 reconocen los principios de soberanía popular, forma de estado federal, representativo y democrático, así como la división de poderes, fórmulas que persiguen evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio. Por su parte, los numerales 115 y 116 consagran el funcionamiento y las prerrogativas del Municipio Libre como base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados, regulando el marco de sus relaciones jurídicas y políticas. Con base en este esquema, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe salvaguardar, siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el

¹⁵² *Ídem.*, p. 8.

¹⁵³ *Íbidem.*, pp. 123-125

¹⁵⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, 9na época, X, p. 708

respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano.

En teoría se puede decir que el objeto directo de las controversias constitucionales es el de “asignar derechos, facultades, obligaciones, competencias o responsabilidades a un órgano u orden en relación con otros órganos u órdenes, indirectamente; sin embargo, su función puede consistir en la asignación de bienes o recursos, la validación de procesos, el reconocimiento de órganos, la determinación de responsabilidades y un largo etcétera, pero en relación con el conflicto normativo pueden subyacer una amplia gama de posibilidades políticas, económicas, sociales o de cualquier otro tipo en que se puedan clasificar situaciones de hecho”,¹⁵⁵ podemos decir, cuestiones de PP.

Ahora bien, la Suprema Corte al conocer de una controversia constitucional puede apelar por una aplicación efectiva de las PP al ser un agente externo que hace cumplir los compromisos asumidos por otros poderes y como mediadora entre los inventores de una PP. Por ejemplo, cada vez que evita que el Ejecutivo se exceda en sus facultades, o cuando impide que el gobierno aplique impuestos que no debe imponer. De igual manera, la Corte al resolver una controversia constitucional determina, con base en la Constitución, tratados internacionales y el marco legal, una acción que haga efectivo el cumplimiento de una política pública. También determina las atribuciones competenciales que tiene cada poder, partido u organismo estatal; dirime las controversias políticas que tengan los poderes políticos sobre la problemática pública a tratar; esgrime criterios que pueden utilizar los poderes políticos para que cada uno de ellos asuma una responsabilidad específica en la implementación de la política pública; actúa como agente externa que hace cumplir los compromisos asumidos por los poderes y partidos políticos al ser mediadora de los conflictos entre los poderes y partidos políticos. Estas funciones de la Corte tienen como resultado el delineamiento y la

¹⁵⁵ Cossío. *La controversia constitucional*, op. cit., p. 120

consolidación de PP elaboradas por los poderes políticos; además de facilitar los acuerdos políticos necesarios que tornen a las PP realizables.



En la práctica, por vía controversia constitucional se impugnan:¹⁵⁶ la asignación de recursos,¹⁵⁷ “otros” se refieren a juicio político, programas sociales, autonomía municipal, creación de municipios y desaparición de ayuntamientos-, el tercer lugar lo ocupa la designación o destitución de funcionarios públicos.

En un 52.8% las controversias son sobreesídas, el 30.4% son declaradas constitucionales, el 16.3% resulta inconstitucional y el 0.5% se desestima.

Las razones del desechamiento prácticamente son las mismas que en el caso de las acciones de inconstitucionalidad: falta de legitimación.

Se puede observar que los asuntos que resuelve la SCJN a través de los mecanismos tratados conciernen a asuntos financieros¹⁵⁸ y a la defensa de posiciones parlamentarias y, directamente también se impugnan cuestiones de

¹⁵⁶ <http://www2.scjn.gob.mx/alex/analisis.aspx>

¹⁵⁷ En la misma proporción que en las acciones de inconstitucionalidad.

¹⁵⁸ Los asuntos financieros, si bien tienen una gran complejidad por los costos que implican. En las cortes de países como España, Alemania y Estados Unidos han emitido resoluciones que tienen un impacto económico en un sentido bastante plausible; el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 103 de 1983, consideró un modelo de seguridad contrario a la constitución y lo sustituyó por uno que protegiera la necesidad o la pobreza económica de los implicados.

índole social. Esto pone en evidencia que los políticos están cada vez más dispuestos a someterse al escrutinio judicial. Lo que permite a los ministros tener más control de los actos políticos. Si aunado a esto, la Corte actúa activamente puede delinear y redefinir las PP que presenten alguna controversia en sus estructuras, en su lenguaje, en sus propósitos o en la manera de llevarse a cabo. Tal es el caso que se analiza a continuación:

3.3.1 Controversia constitucional 54/2009 que declara constitucional la pastilla del día siguiente al cuadro básico de medicamentos en México ¹⁵⁹

La violencia familiar se ejerce en todos los ámbitos: el privado y el público. Ello se manifiesta, en mucho, con el abuso de poder que daña la integridad del ser humano.¹⁶⁰

Cualquier persona puede ser susceptible de sufrir agresiones por parte de otra. Las estadísticas apuntan hacia niños, niñas y mujeres como sujetos que más viven situaciones de violencia familiar y sexual. En el caso de niños y niñas, ésta es una manifestación del abuso de poder en función de la edad, principalmente, mientras que en el caso de las mujeres, el trasfondo está en la inequidad y el abuso de poder en las relaciones de género. La violencia contra la mujer, tanto la familiar como la ejercida por extraños, está basada en el valor inferior que la cultura otorga al género femenino en relación con el masculino y la consecuente subordinación de la mujer al hombre.

Para combatir la violencia y promover la convivencia pacífica, es necesario fomentar relaciones de equidad entre las personas, mediante la construcción de

¹⁵⁹ Toda la información relativa a la materia de impugnación, conceptos de invalidez, contestación a los criterios de invalidez y resolución de la Corte fue extraída de la sentencia a la controversia constitucional 54/2009.

¹⁶⁰ Texto íntegro obtenido de la exposición de motivos de la NOM-046-SSA2-2005, p. 9-10, disponible en <http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/VIOLE1B.PDF>

una cultura basada en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos. Asimismo, se requiere de investigaciones en el tema que permitan profundizar en el conocimiento de las características del problema para estar en condiciones de afrontarlo mejor, de diseñar o reforzar políticas públicas y tomar decisiones para la prevención y atención integral de las y los involucrados.¹⁶¹

El 29 de noviembre de 2007, con el propósito de garantizar la atención médica de las víctimas de violencia sexual e intrafamiliar; así como los compromisos adquiridos en los foros internacionales en materia de la eliminación de todas las formas de violencia, especialmente la que ocurre en el seno de la familia y contra la mujer que se encuentran plasmados en diversos tratados internacionales;¹⁶² la Secretaría de Salud, por medio del Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva, presentó ante el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Prevención y Control de Enfermedades, el anteproyecto para modificar la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención.

La dependencia sanitaria, en coordinación con la Comisión Nacional de Normalización inició el procedimiento administrativo respectivo y el dieciséis de abril de 2009 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las modificaciones mencionadas, entre las cuales destacó la inclusión de la anticoncepción de emergencia (píldora anticonceptiva del día siguiente) al cuadro básico de medicamentos. Inconforme con esta modificación, el Gobernador de Jalisco

¹⁶¹ *Ídem.*

¹⁶² Como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979); Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989); Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23-mayo-1969); Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1993); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará” (OEA, 1994); Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969); y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

promovió una controversia constitucional manifestando que dicha NOM no obligaba al gobierno de su Estado a incluir en el cuadro básico de medicamentos la píldora del día siguiente.

El demandante argumentó que se violaban los preceptos constitucionales: 1, 4, 5, 14, 16, 20, 21, 29, 31 fracción IV, 49, 73, 74, 89 fracción I, 123, 124 y 133. Los conceptos de invalidez que planteó fueron los siguientes: 1. La autoridad sanitaria no era competente para normar asuntos de procuración y administración de justicia. 2. Ausencia de facultades de la autoridad ordenadora. Es facultad de los Congresos Estatales legislar en materia de atención a víctimas de violencia intrafamiliar y sexual por tratarse de delitos del orden común. 3. Violaciones al principio de reserva de ley. La ausencia de facultades de la autoridad ordenadora deviene en violación del principio de reserva de ley constitucional y violación directa al artículo 1° de la Ley Federal de Procedimiento administrativo. 4. Violación al principio de seguridad jurídica. Afectación del principio de reserva de ley por violación directa del artículo 46 fracción III de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Una norma administrativa no puede derogar una ley federal. 5. Violación al ámbito competencial. 6. Violación de las garantías de legalidad y seguridad jurídica por la indebida imposición de gravámenes. 7. Trasgresión a los principios de legalidad y seguridad jurídica. Afectación a las garantías procesales de los justiciables por el inexacto régimen sancionatorio. 8. Violación al principio de igualdad jurídica por discriminar a los prestadores de los Servicios de Salud y transgredir de manera directa los artículos 3 y 159 de la Ley Federal del Trabajo y los artículos 43 y 51 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. 9. Violación de las garantías de legalidad y seguridad jurídica. Afectación de la garantía de trabajo de los prestadores de los servicios de salud.

Los argumentos en los que basó consistieron en que la norma controvertida obligaba a la práctica del aborto sin que se satisficieran los requisitos de procedencia establecidos el Código Penal del Estado de Jalisco. Asimismo, se señaló, que la NOM pretendía regular la atención de las víctimas, delegando dicha

obligación a entidades y personas que conforman el sector salud. Con ello, desde su punto de vista, se violaban los artículos 20 y 21 de la Constitución Federal, que establecen que los deberes y facultades relacionados con la tutela de las víctimas corresponden exclusivamente al Ministerio Público. Además, señaló que la norma causaba perjuicio a las personas que ofrecían servicios de salud de carácter privado al imponer la obligación de prestar atención médica a las víctimas del delito. Dicha situación violaba el artículo 31, fracción IV de la Constitución Federal, pues se imponía una carga impositiva con la obligación de proporcionar atención médica y psicológica a esas víctimas. También se dijo que se imponía un gravamen al obligar a las instituciones privadas de salud a capacitar a sus trabajadores en la atención a las víctimas del delito.¹⁶³

El Poder Ejecutivo Federal, la Secretaría de Salud Federal y la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud en respuesta a la demanda, argumentaron su competencia en materia de salubridad general entre la Federación y los Estados, así como los fundamentos jurídicos que otorgan al Ejecutivo Federal la facultad para emitir, por conducto aquélla, Normas Oficiales Mexicanas en materia de salud. Señalaron quiénes integran al Sistema Nacional de Salud; los acuerdos de coordinación para la descentralización integral de los servicios de salud, firmado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Función Pública y el Estado de Jalisco, asimismo, dijeron que el proceso de normalización de la norma impugnada cumplió con los principios exigidos para su elaboración y modificación. Al respecto, arguyeron que la NOM impugnada en ningún momento colisionaba la libertad de la mujer para decidir de manera informada sobre la práctica de un aborto en caso de violación, con el derecho de objeción de conciencia del personal médico o de enfermería. En todo caso, quienes se declarasen objetores deberían remitir al paciente a la unidad de salud que garantizara la prestación del servicio.

La SCJN al hacer el estudio del caso determinó que la norma impugnada en ningún momento señalaba como fundamento normas penales, ni los artículos

¹⁶³ Engrose de la sentencia definitiva de la controversia constitucional 54/2009, pp. 55.

constitucionales mencionados por el actor, ni tampoco normas legales locales o federales. Ya que el fundamento para la emisión de la norma impugnada fue el siguiente:

“39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 4º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; 3º, fracción XVIII, 13 Apartado A fracción I, 158, 159, 160 y 161 de la Ley General de Salud; 46 fracciones II, III, VII, VIII, X, XI y XII de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; 38 fracción II, 40 fracciones III y XI, 41, 43, 47 fracción I y 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización; 28 del Reglamento de la Ley Federal Sobre Metrología y Normalización; y 8 fracción V, 10 fracciones VII y XVI y 40 fracción II del Reglamento Interior de la Secretaría de Salud”.

En este sentido, era claro que las normas sustantivas en las que se apoyaba la norma impugnada constituían normas referidas al ámbito de salud en general y de prestación de servicios de salud en particular, sin hacer ninguna referencia a la materia penal como lo afirmaba el actor.

La SCJN consideró aclarar que la materia a la que se refería la Modificación a la NOM-190-SSA-1999 para quedar como NOM-046-SSA2-2005 no era la Planificación Familiar, sino que se refería a la atención de víctimas de violencia familiar y sexual contra las mujeres. El hecho de que existiera una relación con la norma NOM 005-SSA2-1993 de los Servicios de Planificación Familiar solamente se refería a las especificaciones de los medicamentos a utilizar en los casos identificados por la primera norma, y en ningún momento consideraba que esta relación hacía que la NOM analizada e impugnada cambiara de naturaleza para convertirse en un protocolo técnico de planeación familiar. Por estas razones, la Corte declaró la controversia constitucional como procedente, pero infundada, lo que validó de la referida NOM.

En este caso la Corte intervino para consolidar una PP en materia de salud pública ya que la NOM obliga a todas las instituciones del Sistema Nacional de Salud, así como a los y las prestadoras de servicios de salud de los sectores público, social y privado que componen el Sistema Nacional de Salud a tener

anticonceptivos de emergencia dentro del cuadro básico de medicamentos y distribuirla a las mujeres en caso de violación. De tal suerte que las instituciones prestadoras de servicios de atención médica, deberán, de acuerdo a la norma oficial mexicana aplicable, ofrecer de inmediato y hasta en un máximo de 120 horas después de ocurrido el evento, la anticoncepción de emergencia, previa información completa sobre la utilización de dicho método, a fin de que la persona tome una decisión libre e informada.

La determinación de la Corte, también influyó en el fortalecimiento de las campañas para erradicar la violencia sexual en contra de las mujeres y la violencia familiar. El artículo 5.1. de la NOM establece que todas las instituciones, dependencias y organizaciones del Sistema Nacional de Salud que presten servicios de salud deberán otorgar atención médica a las personas involucradas en situación de violencia familiar o sexual, las cuales pueden ser identificadas desde el punto de vista médico, como la o el usuario afectado; al agresor, y a quienes resulten afectados en ese tipo de situaciones.

La atención médica que presten las mencionadas instituciones incluye la promoción, protección y la procuración de restaurar al grado máximo posible la salud física y mental a través del tratamiento, rehabilitación o referencia a instancias especializadas, información de medidas médicas alternativas si el caso lo requiere y, cuando sea solicitado y las condiciones lo permitan, la promoción y restauración de la salud de los probables agresores.

Estas atenciones están contempladas por la propia NOM como atenciones médicas con perspectiva de género. Mismas que permiten comprender de manera integral el problema de la violencia.

La citada NOM, también insta a las instituciones de salud a que participen en el diseño, aplicación y evaluación de programas de promoción de la salud; educación para la salud; participación social y participación operativa. Ello requiere que las instituciones de salud propicien la coordinación o concertación con otras instituciones, dependencias y organizaciones del sector público, social y privado, para realizar una oportuna canalización de las personas involucradas en violencia

familiar o sexual, a fin de que, en el ámbito de sus respectivas competencias, se proporcione atención médica, psicológica, legal, de asistencia social u otras.

Todo lo anterior, no refleja más que buenas noticias. Es muy importante que la Suprema Corte genere este tipo de resoluciones que avalan las buenas prácticas que está generando algún poder político. En este caso, la propia NOM es una política pública constituida desde el Poder Ejecutivo y, que debido a ciertos desacuerdos políticos fue llevada a la Corte para que esta institución finalmente coadyuvara a consolidar la PP en comento. Este es un buen ejemplo de coordinación entre poderes públicos.

Capítulo 4. La incidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la política pública cuando protege los derechos de las personas. Un ejemplo de Amparo

El presente capítulo destaca la funcionalidad, efectividad e importancia que resultan de intervenir en la política pública a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ello, a través de análisis de la sentencia de amparo 1472/2007 que prohíbe iniciar un proceso penal en contra de cualquier persona farmacodependiente.

Se trata de una valiosa sentencia en primer lugar porque a partir de un amparo, que en estricto sentido tiene efectos sólo para el afectado que promovió el juicio, se delineó una política pública en materia de salud y no discriminación con efectos para un sector específico de la sociedad: los farmacodependientes. En segundo lugar porque al momento de que la Corte resolvía el caso, involucró a diversos actores estatales y sociales que coadyuvaron en la consolidación de una política pública.

En resumidas cuentas, esta sentencia significa un cambio en el ejercicio político en beneficio de los derechos fundamentales, porque observamos una Suprema Corte activista; un formidable litigio pro-derechos humanos y una fundamental participación de los poderes políticos en favor de garantizar los derechos humanos y la dignidad humana, aquella que persigue la política pública.

4.1. El juicio de Amparo en el delineamiento y consolidación de políticas públicas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El amparo como protector de los derechos fundamentales de las personas es ineludible. Si bien, los efectos de la aplicación que éste pueda tener en una política pública pudiesen parecer menores. Lo cierto es que a través de él, la Suprema Corte revisa la gravedad de un tema, la posible afectación o alteración

de valores sociales, políticos, de convivencia, de bienestar o estabilidad del Estado mexicano relacionados con la administración o impartición de justicia. Así que, el amparo resulta un medio que puede fijar criterios jurídicos trascendentes para casos futuros o tratar de aminorar la complejidad sistémica de los mismos.

4.2. Amparo 1472/2007: prohibición de iniciar un proceso penal en contra de cualquier persona farmacodependiente¹⁶⁴

En 2006, a José Luis Espinoza, -quejoso en el asunto- lo detuvieron agentes de seguridad pública municipales, mientras ejercía su libertad de tránsito a bordo de una bicicleta en el Estado de Zacatecas. Dichos agentes le realizaron una revisión corporal y encontraron tres bolsas pequeñas de cocaína. José Luis fue remitido a la Agencia Federal del Ministerio Público para que se le realizara una investigación que concluyó en el ejercicio de la acción penal.

El Juez Segundo de Distrito Penal en el Estado de Zacatecas conoció el asunto, lo registró y dictó sentencia el quince de febrero de dos mil siete. En dicha resolución consideró al quejoso como penalmente responsable de la comisión de un delito contra la salud en la modalidad de posesión atenuada de clorhidrato de cocaína, delito establecido en el artículo 195 bis del Código Penal Federal. Asimismo, impuso una pena privativa de libertad de diez meses y veintiocho días de prisión y concedió el beneficio de la sustitución de la pena por una multa de doce mil quinientos seis pesos con trece centavos, el trabajo a favor de la comunidad y el tratamiento en libertad.

En contra de esa resolución, el defensor público federal promovió un recurso de apelación. El Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito del Estado de Zacatecas admitió el recurso, registró el expediente como 93/2007-III y emitió una sentencia el ocho de mayo de dos mil siete en la que modificó ciertos puntos resolutive del fallo del juez de distrito: tuvo por acreditados los elementos que

¹⁶⁴ Todos lo referente a este asunto fue sustraído del expediente 1472/2007, sentencia elaborada por el Ministro José Ramón Cossío Díaz y Roberto Lara Chagoyán.

integraban el cuerpo del delito contra la salud y la responsabilidad del quejoso. Sin embargo, señaló que operaba a favor del acusado **la excusa absolutoria**¹⁶⁵ en el artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal, por su condición de toxicómano. Así que no debía imponersele pena alguna.

Inconforme con dicha sentencia, José Luis Espinoza Juárez, por medio de su defensor público y mediante escrito presentado el dieciocho de mayo de dos mil siete ante el Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal. En su demanda señaló como derechos fundamentales violados en su perjuicio los establecidos en los artículos 1°, 4°, 14, 16, 17, 29, 39, 40, 41, 97, segundo párrafo, 128, 130, párrafo noveno, 133 y Primero Transitorio de la CPEUM y expresó los conceptos de violación que más adelante se detallarán.

El Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito conoció del asunto por razón de turno. El veinticuatro de mayo de dos mil siete admitió la demanda y registró el expediente bajo el rubro 333/2007. Seguidos los trámites procesales correspondientes, el órgano colegiado dictó sentencia el nueve de agosto de dos mil siete, en la que resolvió negar el amparo solicitado.

4.2.1. Participación de la SCJN en el caso

Inconforme con lo anterior, el quejoso interpuso un recurso de revisión el veintiuno de agosto de dos mil siete ante el referido Tribunal Colegiado. Al día

¹⁶⁵ Las excusas absolutorias son circunstancias especiales establecidas en la ley, que no sancionan un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable. En este sentido, existe una clara correlación entre la punibilidad, es decir, la imposición de una pena y la excusa absolutoria, merced a que ésta constituye el aspecto negativo de aquella, dado que si la idea de la punibilidad gira en torno de la imposición de la pena que el Estado fija en razón de la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, por su parte, las excusas absolutorias constituyen casos de excepción a la imposición de la pena, aunque conserve la naturaleza típica, antijurídica, imputable y culpable del acto atribuido a un autor. En otras palabras, ambas figuras jurídicas penales, la punibilidad y la excusa absolutoria, reconocen la existencia de una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, con la salvedad de que la excusa absolutoria contempla una razón admitida por la ley, que permite la no aplicación de la pena.

siguiente, el Presidente del Tribunal ordenó remitir el expediente a la Suprema Corte, el cual fue recibido el veinticuatro de agosto del mismo año. El Presidente de la SCJN, mediante auto de veintiocho de agosto, acreditó la recepción del asunto y ordenó la remisión del expediente a la Primera Sala, por considerar que el Pleno no era legalmente competente para conocer del recurso. El dieciocho de septiembre de dos mil siete, el Presidente de la Primera Sala admitió la revisión y registró el asunto con el número 1492/2007; asimismo, ordenó el envío de los autos a la ponencia del Ministro José Ramón Cossío para la elaboración del proyecto de resolución.

A manera de paréntesis es importante decir que el proceso de resolución del asunto llevó algunos años, desde su ingreso al juzgado hasta la resolución de la Corte y, durante ese periodo, los artículos 195 y 199 del Código Penal Federal, - mismos que fueron impugnados por el quejoso- fueron reformados por Decreto publicado el veinte de agosto de dos mil nueve en el Diario Oficial de la Federación. El análisis constitucional hecho por la Corte tocó tales preceptos. Sin embargo, sólo fue para efectos de constatar la validez del fallo impugnado en donde se aplicó tal norma: sirvió únicamente para calificar el acto de aplicación de tales artículos, por lo que siempre que se haga alusión a los referidos preceptos, se atenderá al contenido que tenían previo a la reforma.

Previo a la reforma, el contenido de los preceptos era el siguiente:

ARTICULO 195.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194.

No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.

No se procederá por la simple posesión de medicamentos, previstos entre los narcóticos a los que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.

ARTÍCULO 199.- Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda.

Todo procesado o sentenciado que sea farmacodependiente quedará sujeto a tratamiento.

Para la concesión de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerará como antecedente de mala conducta el relativo a la farmacodependencia, pero sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento adecuado para su curación bajo vigilancia de la autoridad ejecutora.

4.2.2. Conceptos de violación y estudio de constitucionalidad

La SCJN para resolver este caso, lo dividió en diversos temas y cuestionamientos que permitiesen su estudio. El primer tema fue:

“¿Debería tener mejor trato quien no es farmacodependiente que quien sí lo es?”.¹⁶⁶

El argumento del quejoso se estudió de la siguiente manera: el hecho de que se estableciera a la farmacodependencia como una excusa absolutoria en el artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal, era una violación a diversos derechos fundamentales. Específicamente, los derechos a la salud, a la igualdad y a la no discriminación. Haciendo una interpretación de los artículos 1° y 4° de la Constitución Federal, el quejoso estimó inconstitucional considerar al farmacodependiente como delincuente, a pesar de que no se le aplicara pena alguna. Para que fuera constitucional el acto reclamado señaló que la farmacodependencia, en todo caso, tendría que ser una excluyente del delito.

¹⁶⁶ Obtenido de la sentencia elaborada por la SCJN. Página 73 del cuaderno del juicio de amparo.

El artículo 195 del Código Penal Federal establecía que no se procedería penalmente en contra de una persona no farmacodependiente que tuviera en su posesión alguno de los narcóticos referidos en el artículo 193, en una cantidad presumible para su consumo personal. En cambio, el artículo 199, primer párrafo, del mismo código señalaba que a los farmacodependientes que poseyeran para su consumo personal alguno de los mencionados narcóticos si se les procedería penalmente, pero no se les aplicaría pena alguna. Entonces, el artículo 199 generaba un problema que la Corte comenzó a estudiar.

La SCJN analizó que la diferencia que hacían tales preceptos no era válida constitucionalmente, pues no existía razón objetiva para que legislador estableciera, por un lado, no proceder penalmente en contra de las personas que poseyeran alguno de los referidos narcóticos para consumo personal y no fuesen farmacodependientes y, por otro lado, señalara que a los farmacodependientes que poseyeran dichas drogas para consumo personal no debería aplicarse pena alguna, aceptando implícitamente que se podría continuar con el proceso penal ordinario en contra de este grupo de personas y que al final no se les aplicaría una sanción

Así, el artículo 195 del Código Penal Federal establecía una excluyente de delito. Mientras que el 199, primer párrafo, regulaba una excusa absolutoria, provocando incongruencias en sistema jurídico penal.

La Corte determinó que el artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal generaba una violación al principio de igualdad, al establecer una excusa absolutoria para los farmacodependientes que poseyeran cierto tipo de narcóticos para su consumo personal, cuando existía un artículo como el 195 que implementaba una auténtica excluyente del delito para consumidores no farmacodependientes. Los argumentos concretos para esta inconstitucionalidad consistieron en que:

1. La diferencia de tratamiento no era congruente con el respeto a la dignidad de todos los seres humanos,

2. Existían supuestos de hecho sustancialmente idénticos abordados de diferente manera,
3. La diferenciación carecía de justificación objetiva y razonable, al no existir una relación de proporcionalidad ni de instrumentalidad entre los medios y fines de la norma,
4. La distinción parte de la condición y estado de salud de la persona - enfermo farmacodependiente-, y
5. Mostraba una política pública deliberada de trato desigual.

Los argumentos utilizados por la Corte para considerar el artículo 199 como inconstitucional por ser incongruente con el principio de igualdad, estribaron en que el someter a un proceso penal a un farmacodependiente que sólo poseyera narcóticos para su consumo no era el medio idóneo para lograr solucionar el problema de la dependencia a las drogas. Por el contrario, con lo mismo se afectaba gravemente el derecho del farmacodependiente a ser rehabilitado: si el Estado consideraba no adecuado proceder en contra de quienes no siendo farmacodependientes poseyeran droga para su consumo personal, con más razón debería considerar ello respecto de quienes sí fuesen farmacodependientes.

Se advirtió que considerar como un delincuente al poseedor necesitado de narcóticos para sobrevivir no era una medida idónea para evitar los problemas de salud derivados del tráfico de estupefacientes. Tal como arguyó el Legislador en la exposición de motivos de los artículos en comento: combatir un problema de esta magnitud requería de programas de prevención y de rehabilitación que el Estado estaba obligado a implementar y que de hecho tenía vigentes, pero no a través del señalamiento del enfermo en el sentido de que era un delincuente.¹⁶⁷

4.2.3. Principio de no discriminación

¹⁶⁷ pp.55-56 de la sentencia de amparo, sustraído de la sentencia en comento.

Otra pregunta que se planteó la Corte para la resolución del caso fue: ***¿Es correcto que a las personas que poseyeran ciertos narcóticos para consumo personal, por un lado, se les sometiera a un proceso penal y se les considerara responsables de un delito aunque no se les aplicara pena alguna si eran farmacodependientes, mientras que a los no farmacodependientes que estuvieran en la misma situación no se les siguiera un proceso penal?***

El trato diferenciado en la ley no encuentra justificación constitucional alguna. Por el contrario, otorga menos protección a los enfermos. La enfermedad, entonces, se convierte en un elemento diferenciador de trato que resulta discriminatorio y violatorio del principio de igualdad y de no discriminación que consagra el artículo 1° constitucional.

Lo correcto para no hacer un trato discriminatorio en este caso era excluir de la posibilidad de ser sometido a un proceso penal a todas las personas, que siendo farmacodependientes o no, poseyeran para su estricto consumo personal alguno de los narcóticos previstos en el artículo 193 de Código Penal Federal. En tales supuestos, si se estaba en averiguación previa, sólo se consignaría al farmacodependiente si demostraba durante el proceso penal, que era dependiente a las drogas, entonces se le podría llegar a dictar sentencia condenatoria, considerándolo delincuente, sin que se le aplicase pena alguna.

Por otro lado, las personas que poseyeran drogas para su consumo sin ser farmacodependientes, se pasaba por alto procedimiento alguno.

4.2.4. Derecho a la salud

En su resolución, la Corte analizó el artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal y lo determinó violatorio del derecho a la salud previsto en el artículo 4° de la Constitución Federal: “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.

Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. El derecho a la salud está consagrado en la Constitución¹⁶⁸ y en numerosas normas de derecho internacional,¹⁶⁹ asimismo, varios instrumentos regionales de derechos humanos” argumentó la SCJN.

También, aludió la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que señala que el derecho a la salud:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.

En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud¹⁷⁰.

La SCJN argumentó que puede hablarse de diversos derechos derivados de lo dispuesto por el artículo 4º constitucional y los tratados internacionales, entre los que destacan: 1) el Estado tiene la obligación de prevenir la existencia de enfermedades y 2) cuando no se ha podido prevenir la enfermedad, el Estado está obligado a garantizar el tratamiento y, en el caso de que el padecimiento lo permita, la rehabilitación del enfermo, y para ello, no debe empezar por obstaculizarla.

Esto implicaba entender que un enfermo tiene el derecho a ser tratado de conformidad con su dignidad personal, pues de lo contrario no se logra la rehabilitación de un enfermo y sí se viola el contenido básico del propio derecho.

¹⁶⁸ “**Artículo 4o.-** El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.[...]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 artículo 73 de esta Constitución[...]”.

¹⁶⁹ Las cuales aun cuando no se tienen en cuenta como parte de la premisa normativa del razonamiento judicial, conviene tener en cuenta como marco de referencia.

¹⁷⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, párrafo 8.

El establecimiento de medidas tendientes a la rehabilitación de quienes son farmacodependientes es parte del contenido del derecho constitucional a la salud. La SCJN determinó que en los artículos 523 y 524 del Código Federal de Procedimientos Penales se establece que en todos los casos en que se desprenda que existe una persona toxicómana, se tiene que dar parte a las autoridades sanitarias para que decidan las medidas que garanticen la rehabilitación del enfermo. De hecho, también en el párrafo segundo del propio artículo 199 del Código Penal Federal se establecía que “todo procesado o sentenciado que sea farmacodependiente quedaría sujeto a tratamiento”.

La Corte consideró que someter a un farmacodependiente a un proceso penal y declararlo culpable de un delito, cuando sólo poseyera para su estricto uso personal uno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal atentaba contra su derecho a la salud, ya que en nada contribuye a su rehabilitación determinar que es un delincuente. Por el contrario, lo conduce a una estigmatización social que afecta su dignidad.

Así, el diecisiete de septiembre de dos mil nueve el Pleno de la SCJN determinó que la farmacodependencia debe ser una excluyente del delito y no una excusa absolutoria, concediendo el amparo a José Luis Espinoza, para que en consecuencia, el Tribunal de Circuito dejara sin efectos la resolución y dictara otra con base en el artículo 15¹⁷¹, fracción IX del Código Penal Federal.

4.2.5. Puntos sobresalientes de la sentencia y reformas posteriores

La resolución al amparo 1492/1992 constituye un ejemplo sobre cómo la Corte orientó una política pública en materia de salud y combate al narcotráfico. Lo trascendente, es que esto se reflejó en diversas modificaciones a la normativa penal y de salud que se analizarán enseguida. Este caso es emblemático porque a

¹⁷¹ **Artículo 15.-** El delito se excluye cuando: **IX.-** Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

través de un amparo, la Corte delineó una política pública que dio pie a que el poder Legislativo hiciera reformas a las legislaciones penales y de salud; y los organismos especializados del Poder Ejecutivo llevaran a cabo las acciones de implementación necesarias a fin de que la población que padece una enfermedad ocasionada por las drogas ya no sea discriminada penalmente, y por el contrario sea canalizada a las instituciones pertinentes con la finalidad de atender su problema de salud.

4.2.6. Puntos cualitativos del caso aplicados a las políticas públicas

En el amparo en revisión promovido por José Luis Espinoza, la Corte desarrolló un valioso análisis de constitucionalidad en el que destaca el análisis sobre la exposición de motivos de 10 de enero de 1994 que utilizó el legislador para establecer los preceptos que originaron el juicio analizado. El argumento principal que empleó el Poder Legislativo fue que el objetivo de la norma, es la lucha del derecho penal en contra del tráfico de drogas y evitar los problemas derivados del consumo de tales.

Probablemente el Poder Legislativo, al percatarse de la sentencia emitida por la SCJN en el caso de las personas farmacodependientes, fue atento al estudio y a los puntos resolutivos hechos en el tema y realizó diversas reformas a los Códigos Penal Federal y de Procedimientos Penales. Sobre todo, fue cauteloso en reformar los preceptos que consideraban a los farmacodependientes como delincuentes. Al día de hoy, es una obligación, que dichas personas sean tratados como enfermos y enfermas, tal como lo señaló la SCJN¹⁷².

Con las reformas a los Códigos Penal Federal y de Procedimientos Penales publicadas el veinte de agosto de dos mil nueve en el Diario Oficial de la Federación se modificaron diversas disposiciones de la Ley General de Salud que

¹⁷² Aunque la Corte no abarcó el hecho de que sea el juzgador quien someta a un farmacodependiente a un tratamiento (ya que no era un punto de la demanda de amparo). En numerosas ocasiones aludió el hecho de que el Estado debe garantizar la atención, la rehabilitación de un enfermo en estas circunstancias, y con ello aminorar el problema de tráfico de drogas y sus problemáticas implícitas.

concuerdan con la materia en cuestión. El artículo 199 declarado inconstitucional quedó de la siguiente manera:

Artículo 199.- El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto conozca que una persona relacionada con algún procedimiento por los delitos previstos en los artículos 195 o 195 bis, es farmacodependiente, deberá informar de inmediato y, en su caso, dar intervención a las autoridades sanitarias competentes, para los efectos del tratamiento que corresponda.

En todo centro de reclusión se prestarán servicios de rehabilitación al farmacodependiente.

Para el otorgamiento de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerará como antecedente de mala conducta el relativo a la farmacodependencia, pero sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento médico correspondiente para su rehabilitación, bajo vigilancia de la autoridad ejecutora.

El artículo 481 de la Ley General de Salud quedó esta forma:

Artículo 481.- El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto identifique que una persona relacionada con un procedimiento es farmacodependiente, deberá informar de inmediato y, en su caso, dar intervención a las autoridades sanitarias competentes, para los efectos del tratamiento que corresponda.

En todo centro de reclusión se prestarán servicios de rehabilitación al farmacodependiente.

Para el otorgamiento de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerará como antecedente de mala conducta el relativo a que se le haya considerado farmacodependiente, pero sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento médico correspondiente para su rehabilitación, bajo vigilancia de la autoridad ejecutora.

Gracias a estas modificaciones, en la actualidad existe la posibilidad de que cuando el juzgador advierta durante el proceso penal que una persona es farmacodependiente puede dar aviso o dejar intervenir a las autoridades sanitarias para que procedan a dar el tratamiento correspondiente.

De la misma forma, si una persona adicta a las drogas comete cualquier delito, deberá recibir tratamiento por parte de la autoridad penitenciaria. El artículo

481 de la Ley General de Salud prevé que en todo centro de reclusión se prestarán servicios de rehabilitación al farmacodependiente.

Otra modificación que vino con las reformas aludidas, es la hecha al artículo 193 bis de la Ley General de Salud, mismo que quedó de la siguiente manera:

Artículo 193 Bis.- Cuando el centro o institución reciba reporte del no ejercicio de la acción penal, en términos del artículo 478¹⁷³ de esta Ley, las autoridades de salud deberán citar al farmacodependiente o consumidor, a efecto de proporcionarle orientación y conminarlo a tomar parte en los programas contra la farmacodependencia o en aquellos preventivos de la misma.

Al tercer reporte del Ministerio Público el tratamiento del farmacodependiente será obligatorio.

El precepto citado evidencia que si una persona es reportada por más de tres veces al ministerio público por portación de drogas para la satisfacción de su enfermedad, tendrá un tratamiento obligatorio. Esto, forzosamente involucra a los poderes políticos para que generen PP al respecto. Por ejemplo, el Ejecutivo Federal ha desarrollado diversos programas en los que enfatiza que el farmacodependiente no es un delincuente, sino un enfermo al que debe darse un tratamiento especial. Dicho sea de paso, el Consejo Nacional contra las Adicciones (CONADIC),¹⁷⁴ ha generado y promociona en diversos medios de comunicación líneas de apoyo emocional en materia de farmacodependencia y enfatiza el apoyo que brindan las instituciones públicas, privadas y sociales en

¹⁷³ **Artículo 478.-** El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.

El Ministerio Público hará reporte del no ejercicio de la acción penal a la autoridad sanitaria de la entidad federativa donde se adopte la resolución con el propósito de que ésta promueva la correspondiente orientación médica o de prevención. La información recibida por la autoridad sanitaria no deberá hacerse pública pero podrá usarse, sin señalar identidades, para fines estadísticos.

¹⁷⁴ <http://www.conadic.salud.gob.mx/interior/cot.html>

materia de prevención, capacitación y sobre todo de tratamiento de adicciones a las que se puede acudir. También ha generado ayuda profesional en materia de salud, a través de consultas externas, de urgencia, hospitalización e internamiento.

En el amparo 1492/2007, la Corte vetó un precepto que resultaba inconstitucional por el lado que se mirase y con ello desestigmatizó un problema social que cada día se desarrolla más en nuestra sociedad: La drogadicción. También fue un representante de la sociedad al proteger a José Luis Espinoza y sentar las bases para que todos los farmacodependientes reciban un tratamiento de rehabilitación por su calidad de enfermos. Asimismo, la SCJN recordó al Poder Legislativo la razón de ser de la norma penal en materia de farmacodependencia y las PP: luchar en contra del tráfico de drogas y evitar los problemas derivados de su consumo. La Corte enfatizó que es mejor erradicar el problema de la toxicomanía con rehabilitación que con cárcel.

Con esta resolución la SCJN consolidó de una PP coordinada con los demás poderes políticos. Además, otorgó un antecedente jurídico para todas aquellas personas que se encontraban en una situación como la de José Luis Espinoza, pero que, por alguna circunstancia -económica, de legitimación, entre otras- no litigaron su asunto.

La Corte también participó en la consolidación¹⁷⁵ de una PP. Si bien la política pública es un curso de acción que se sigue de manera colectiva con un tomador de decisiones que generalmente es el gobierno. El gobierno puede entenderse como un ente abstracto.¹⁷⁶ En la teoría, dentro de una política pública¹⁷⁷ no se encuentra determinado quién hace qué, sino se explica, se

¹⁷⁵ Cfr. Tesis: P./J. 78/2009. **Registro No.** 166964. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Julio de 2009, p.1540

¹⁷⁶ North, Douglas. *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*. México, FCE, 1994.

¹⁷⁷ Con esta teoría nos referimos a la gobernanza, entendida como una actitud incluyente hacia los ciudadanos al considerarlos como personas y no como súbditos, la nueva gobernanza no dictamina quién hace qué sólo establece la actitud en esa relación pública, que se traduce en transparencia, búsqueda de equidad, de bien, orientación al interés público, calidad técnica, etcétera, que serán variables de tipo transversal que tocan a toda

analiza. Lo que determina quién hace qué son las mismas reglas de la sociedad, si estas no contemplan un caso, entonces las reglas se van creando a partir de los hechos de los actores públicos. Por ejemplo, si el poder Ejecutivo no sabe qué hacer con el problema de los toxicómanos, el Estado al ser una entidad responsable hará que otro poder supla esa deficiencia y tome el liderazgo, con ello, fomentará la coordinación entre poderes para poner fin a una problemática.

la administración, pero se deja en libertad para que todo el aparato administrativo evolucione y se desarrolle, siempre y cuando emplee estos principios

Conclusión

Para que un Estado funcione correctamente, es necesario que cada poder, institución y persona que lo conforma respete y proteja el contenido de su Constitución. Sin embargo, ello no implica que funcione de forma perfecta. De hecho, aún cuando un Estado tenga una Constitución muy bien estructurada, siempre surgen diversas problemáticas. Muchas de carácter público que afectan a un cierto grupo social o a una gran parte de su población. Estas situaciones involucran a la sociedad y al gobierno, siendo éste último el que debe agilizar y efectivizar soluciones a través de reformas constitucionales, nuevas leyes y, sobre todo, planes de acción inmediatos y efectivos que tengan como propósito resolver el problema y garantizar la dignidad humana: nos referimos a las políticas públicas.

Como se estudió en el capítulo primero, en un Estado democrático como el mexicano, las políticas públicas se realizan e implementan principalmente por los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo), que ostentan su legitimidad a través del voto popular. Lo mismo sucede con los partidos políticos. Sin embargo, en el mismo capítulo se demostró que los poderes y partidos políticos constituyen un organismo social y humano que se encuentra sujeto a condiciones, contradicciones y retos propios de una democracia; mismos que requieren comprender que la lógica organizativa de la política pública es parte de un asunto político y de interpretación, así como de una red de relaciones y significados que mueven a las personas que la componen. Ello, como se comprobó, deriva en fallas, diferencias o inconsistencias que, en ocasiones, impide hacer efectivas las políticas públicas. En este marco resulta ingenuo pensar que la solución de los problemas públicos sólo depende de la voluntad de los poderes y partidos políticos. Sobre todo, porque algunos de los problemas públicos son el resultado de los propios desacuerdos políticos y partidistas. Todo lo anterior, propicia un contexto de descontentos en la sociedad, así como, en los propios poderes y partidos políticos provocando que busquen a las cortes constitucionales como un

árbitro que, con base en las diversas disposiciones del orden jurídico, determinen una acción que haga efectivo el cumplimiento de una política pública. De esta manera, surge un nuevo paradigma que exige que no sólo los poderes y partidos políticos sean los que tengan en su poder la solución de los conflictos sociales: se requiere un esfuerzo más unificado para resolverlos. Específicamente, se requiere que las cortes constitucionales interfieran en las políticas públicas cuando el contexto antes descrito y abordado en nuestro capítulo primero, así lo amerite, y la sociedad, poderes y partidos políticos así lo demanden. En dichas circunstancias, se necesita la intervención de las cortes constitucionales en el delineamiento y la consolidación de las políticas públicas. ¿A qué nos referimos con esto? En primer lugar, a que no se trata de sustituir las funciones que le corresponden a un poder sobre otro en el ámbito de la política pública. Es decir, la participación de las cortes constitucionales no debe verse como un bloqueo a la mayoría gobernante que elabora las políticas públicas, sino como un apoyo a ésta. En segundo lugar, a que las instituciones estatales tengan más cabida en la solución de los problemas públicos, abonando en la labor de los poderes políticos cuando éstos no logran consolidar los acuerdos necesarios para llevar a cabo una política; cuando trabajan sistemáticamente mal en esta labor; cuando las políticas públicas sólo se encuentran en el discurso político, cuando presentan alguna inconsistencia que impide su efectivo cumplimiento, entre otras razones ya discutidas. De esta manera, es necesaria la intervención de las cortes constitucionales en un trabajo de colaboración con los poderes políticos. Por lo tanto, las cortes constitucionales delimitan, modifican ciertas inconsistencias de las políticas públicas o ayudan a la consolidación de las mismas, ya que su función consiste en interpretar y dar viabilidad a la gran cantidad de contenidos de una determinada Constitución y ello implica tratar de resolver las problemáticas sociales que la propia constitución pretende evitar. De tal suerte que las cortes Constitucionales juegan un papel determinante en las problemáticas sociales y en la actuación de los poderes políticos. En este sentido, la eficacia de sus atribuciones y resoluciones puede abonar en el propio fundamento de las políticas públicas: el respeto y desarrollo de

la dignidad humana; además, actúan como un mecanismo de participación en la esfera política que complementa los otros canales institucionales propios del juego democrático.

A lo largo de este trabajo se estudió la intervención de las cortes constitucionales en las políticas públicas a través de tres formas: 1) al ser mediadoras del poder político, 2) al fungir su papel de revisoras de la constitucionalidad de leyes y 3) al proteger los derechos de las personas. En dichas intervenciones se observó que las cortes constitucionales determinan acciones que hacen efectivo el cumplimiento de una política pública, desde comprobar las atribuciones competenciales que tiene cada poder, partido u organismo estatal en las políticas públicas, hasta fijar un marco dentro del cual el gobierno deba diseñar e implementar acciones concretas. Al momento de ilustrar estas intervenciones en el derecho comparado y en el caso de México, quedó demostrado que las cortes constitucionales son un punto de unión entre la sociedad, la ley y la política, pues con sus resoluciones a los problemas de carácter público enfatizan la importancia de la deliberación pública y el control entre poderes. Este punto es muy importante porque las cortes se convierten en promotoras y dinamizadoras de la democracia al conciliar las relaciones entre los poderes políticos y la sociedad. Esto se vio perfectamente ejemplificado en el capítulo cuarto, al estudiar la sentencia de los fármacodependientes: una persona interpone un litigio, la Corte emite un fallo que delinea una política pública y avala la dignidad de las personas; el Legislativo “con base en la resolución de la Corte” cambia las normas a fin de garantizar un derecho y resolver un problema público latente y, finalmente, el Ejecutivo implementa las medidas necesarias a fin de que los afectados por un problema público salgan beneficiados. Un fenómeno semejante se observó en los casos de la píldora del día siguiente y el aborto estudiados en el capítulo tercero, sólo que ambos fueron interpuestos por los poderes y partidos políticos. En estos casos, la Suprema Corte garantizó la consolidación de políticas públicas y también demostró una efectiva coordinación entre poderes estatales, instituciones y sociedad, misma que aplaudimos porque nos invita a reflexionar que cuando se

tiene la voluntad política, jurídica y social se pueden resolver los problemas públicos que tanto desgastan a una sociedad. Lo ideal sería que nuestra Suprema Corte a través de los litigios que conoce, sea mucho más activa en temas de impacto social.

En este sentido, podemos afirmar que función de las cortes en el ámbito de las políticas públicas hace efectiva la teoría de la división de poderes al ser un contrapeso real a los poderes Legislativo y Ejecutivo y sobre todo de garantizar los contenidos de la Constitución que rigen nuestra convivencia social.

Las cortes hacen un buen trabajo en el ámbito de la política pública cada vez que canalizan las demandas sociales y políticas hacia los acuerdos políticos y jurídicos necesarios para su resolución. Al principio, hacen pequeñas contribuciones que a la larga se traducen en grandes cambios en cuanto a la solución de los problemas públicos.

De esta manera, podemos concluir que las cortes constitucionales contribuyen a generar cambios sociales al incidir en los poderes políticos y la sociedad, ya sea delineando o ayudando a los poderes políticos a consolidar las políticas públicas que den fin a las problemáticas sociales. Tal como lo vimos en la corriente neoinstitucionalista, lo más importante del significado de las decisiones judiciales, consiste en colocarlas en el contexto político adecuado. Ello conlleva a que una vez que la corte emite un fallo, éste no debe quedar sólo en papel, debe hacerse efectivo por parte de los poderes políticos. Por lo tanto, es fundamental que las sentencias de las cortes constitucionales realmente se ejecuten por quienes resulten responsables de llevar a cabo una política pública efectiva para la sociedad. Esta es una cultura que necesitamos implementar en México: que las sentencias se cumplan y no queden archivadas en un expediente.

Por último, es importante destacar un tema que señalamos en el capítulo primero, sin embargo no profundizamos en él: el comportamiento judicial, es decir, ¿qué hacen los jueces constitucionales y por qué lo hacen? Destacamos, el

attitudinalist como un comportamiento que suelen adoptar los jueces constitucionales en sus resoluciones con base en su ideología. Incluso se mencionó lo que Sunstein denomina *derechización* de los jueces. Valdría la pena hacer algún tipo de observatorio judicial en México que nos permita mirar el tipo de litigio que tenemos en la Corte en lo que hace a temas de política pública; qué ha hecho la Corte con dicho litigio; qué han hecho los poderes políticos con tales resoluciones; cuál es el perfil ideológico de los jueces constitucionales; cuáles son sus resoluciones específicas en materia de políticas públicas y la eficacia de tales sentencias. En este trabajo pudimos analizar tres, muy plausibles por cierto, que nos permiten decir que nuestra Corte ha dado un paso importante en el delineamiento y consolidación de políticas públicas; pero falta mucho camino por andar. Por desgracia no hemos tenido una respuesta contundente por parte de los poderes políticos ni de la propia Corte hacía muchas problemáticas sociales. Con base en ello y considerando el tipo de argumentos y votaciones que emiten los ministros en los asuntos que impactan en el ámbito social, (pensemos en ejemplos tanto plausibles, como desafortunados) se dejan un par de cuestionamientos pendientes: ¿Qué grado de incidencia es deseable que tenga la Suprema Corte de México en las políticas públicas? y ¿Qué grado de impacto es deseable que tengan la incidencia y las sentencias de la Suprema Corte de México sobre decisiones de política pública que impacten en la economía del país?

Mientras tanto, estaremos en espera de sentencias y políticas públicas que reflejen una verdadera coordinación entre poderes estatales y sobre todo, pongan fin a las problemáticas sociales. Tomemos como ejemplo el caso de los farmacodependientes: cada poder del Estado jugó el papel que la Constitución establece. Esta labor, en teoría no parece complicada, pero requiere de muchas voluntades.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor. "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Haydée Birgin y Beatriz Kohen (comp.) Buenos Aires, Biblos, 2006.
- ACKERMANN, Bruce. *Private property and the Constitution*. New Haven, Yale University Press, 1971.
- AGUILAR, Luis F. *El estudio de las políticas públicas*. Porrúa. México, 2007.
- AHUMADA RUÍZ, Marian. "¿Hay alternativas a la judicial review? Instrumentos de tutela y justicia constitucional", *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- ALEXY, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático" en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 8, Año 2000.
- ANSOLABEHERE, Karina. *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. 1a ed. México, FLACSO-Fontamara, 2007.
- ATTILI, Antonella y Salazar, Luis. *Justicia y Poder Judicial en México. Entrevista con José Ramón Cossío Díaz*. Posiciones, materiales para la discusión, número 3. Instituto de estudios para la transición democrática. A.C. México, D.F., 2000.
- BADINTER, Robert and Breyer, Stephen. *Judges in contemporary democracy. An international conversation*. New York, New York University Press, 2004.
- BAIRD, A. Vanessa. *Answering the call of the Court*. University of Virginia Press, 2007.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *La Política de las Políticas Públicas. Progreso económico y social en América Latina. Informe 2006*. David Rockefeller Center for Latin American Studies. Harvard University. Planeta, 2006.
- BARDACH, Eugene. *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas. Un manual para la práctica*. México, Porrúa-CIDE, 2008.
- BERLÍN, Francisco. *Derecho Parlamentario*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- BRAGUE CAMAZANO, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000.
- BURT, Robert. "Metodología y metáfora en derecho constitucional". Trad. Lorenia Trueba Almada, Isonomía, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México, núm. 6, abril 1997.

- CARPIZO, Jorge. *El Presidencialismo Mexicano*. Decimoctava edición. México, Siglo XXI editores, 2004
- CLAYTON, Cornell W. "The Supreme Court and political jurisprudence: new and old institutionalism", *The Supreme Court decision-making. New institutionalist approaches*. Chicago, University of Chicago Press 1999
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, 2da., reimpresión, México, Fontamara, 2008.
- *Constitución, Tribunales y Democracia*, México, THEMIS, 1998.
- "Ciencia y Derecho". México, D.F., Periódico *El Universal* Editoriales. 17 de mayo de 2011.
- *La controversia constitucional*, 1era edición, México, Porrúa, 2008.
- DHAL, A. Robert. *La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas*. Trad. María Luisa Piqué y María Victoria Ricciardi. *Revista de la Universidad de Palermo*. Palermo, núm. 8, septiembre 2007. pp. 82-98.
- DOMINGO, Pilar. "La judicialización de la política: el nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México", en Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena (comps). *Justicia, política y derechos en América Latina*. Buenos Aires, Argentina. Prometeo Libros, 2007.
- EPP, R. Charles. *The rights revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in comparative perspective*. London, University of Chicago Press, 1998.
- EPSTEIN, Lee and Knight, Jack. *The choices justices make*. United States of America. CQ Press, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. "Sobre los derechos fundamentales". *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006.
- FINKEL, Jodi. "Supreme Court decisions on electoral rules after Mexico's 1994 judicial reform: An empowered Court", *Journal of Latin American Studies*. Cambridge, University of London.
- FISS, M. Owen, "Las formas de la justicia", *El derecho como razón pública*, trad. de Esteban Restrepo, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- FIX FIERRO, Héctor "Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina," *Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, Serie G. Estudios Doctrinales, 179, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1995.
- *La reforma en México: entre la eficacia autoritaria y la incertidumbre democrática*, 2da ed., en Luis Pasará (comp.) *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2009.
- FULLER, L., Lon. *The morality of law*. Yale University Press, 1964.

- GILLMAN, Howard. "The Courts as an idea, not a building (or a game): Interpretive Institutionalism and the Analysis of Supreme Court decision-making", *Supreme Court decision-making. New institutionalist approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.
- GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: Constitutional Courts in asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- GUSTINI, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trad., de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid, Trotta, 2008.
- HAMILTON, Alexander. *et al., El Federalista*. México, FCE, 2001.
- HARO, Ricardo. "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- HERRERA GARCÍA, José Alfonso. "Algunas propuestas de reforma a la controversia constitucional en el contexto de la función de jurisdicción constitucional en México", en Cienfuegos Salgado David y López Olvera, Alejandro (coords.) *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruíz. Derecho Procesal*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- LAHERA, P. Eugenio. *Política y políticas públicas*. Naciones Unidas, Santiago de Chile- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2004.
- LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid, Marcialpons, 2008.
- KLABBERS, Jan and Lefeber, René. *Essays on the law of treaties: a collection of essays in honour of Bert Vierdag*. Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- KINGDON, John. *Agendas, alternatives and public policy*. Boston, Little Brown, 1984.
- LANGFORD, Malcom. "Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico". *Revista internacional de derechos humanos*. Centro de derechos económicos y sociales, núm. 11, 2008.
- LASSWELL, Harold D. "The Policy Orientation." In *The Policy Sciences: Recent Developments in Scope and Method*. Lerner, Daniel and Lasswell, Harold D. (eds.) Stanford, Stanford University Press.
- LINDBLOM, Charles. "Todavía tratando de salir del paso" en Aguilar Villanueva, Luis (comp.) *La hechura de las políticas*. 3ª ed. México, Porrúa, 2000.
- MCCANN, Michael. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago, Chicago University Press, 1994.
- MERINO, Mauricio, *et al. Problemas, decisiones y soluciones. Enfoques de política pública*. México, FCE-CIDE, 2010.
- NINO, Carlos. "Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad", *Cuadernos y debates*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, núm. 29, julio-diciembre, 1991,

- NORTH, Douglas. *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*. México, FCE, 1994.
- OACNUDH, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos et al. *Políticas Públicas y Presupuestos con Perspectiva de Derechos Humanos. Manual operativo para servidoras y servidores públicos*, 1° edición, México, 2010.
- O'DONNELL, Guillermo. "Hacia un Estado de y para la democracia", en *Democracia- Estado-Ciudadanía. Hacia un estado de y para la democracia en América Latina*. Lima, Mirza Editores e Impresores, 2008.
- OSZLAK, Oscar. "El Estado democrático en América Latina. Hacia el desarrollo de líneas de investigación". *Revista Nueva Sociedad*, núm. 210, julio-agosto de 2007.
- PARSONS, Wayne. *Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas.*, trad. de Atenea Acevedo. México, FLACSO, 2007.
- QUINZIO Figueiredo, Jorge Mario. "Justicia constitucional en Chile". 1ª. ed., *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm.38, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- RESTREPO, Esteban. "Constitutional Reform and Social Progress: The Constitutionalization of Daily Life in Colombia".
- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope Can Courts Bring About Social Change?* Second Edition, Chicago: University of Chicago Press, 2008.
- ROSENFELD, Michel. "Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts", *International Journal of Constitutional Law*, New York: New York University Press, vol. 2, núm. 4, octubre 2004.
- SEGAL, Jeffrey and Spaeth, Harold. *The Supreme Court. The Attitudinal Model Revisited*. United Kingdom, Cambridge University Press, 2002.
- STEIN, Ernesto y Tommasi, Mariano. "La política de las políticas públicas". *Revista política y gobierno*. México, vol. XIII. núm. 2, Segundo semestre de 2006.
- SUBIRATS, Joan. *et al., Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona, Ariel, ciencia política, 2008.
- SUNSTEIN, R. Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism at the Supreme Court*, 2a. ed. Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- *Radicals in Robes: Why extreme Right- Wing are wrong for América*. United States for América, Basic books, 2002.
- Behavioral, law and economics, Unit Kingdom, Cambridge University Press, 2000.
- TAPIA, Paulina. *Suprema Corte y sistema político mexicano: ejercicio de las controversias y acciones de inconstitucionalidad 1995-2003*, México, CIDE, 2004.
- UPRIMNY, Rodrigo. *et al., Reparaciones en Colombia: análisis y propuestas*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

----- *Principios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Mínima Trotta, 2008.

SENTENCIAS

Eldridge c. British Columbia, 1997, 3 R.C.S. 624.

Viceconte, Mariela vs. Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986, 1998.

People's Union for Civil Liberties vs. Union of India, 2004.

Sentencia T-025/04, Abel Antonio Jaramillo y otros vs. Red de Solidaridad Social.

Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

Controversia constitucional 54/2009.

Amparo directo en revisión 1472/2007.