

La Reforma
Constitucional
en Derechos
Humanos:
Una década
transformadora



**DERECHOS
HUMANOS**



Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
Q600.113
R436r

La reforma constitucional en derechos humanos : una década transformadora / esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Aldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (xxxiv, 522 páginas : cuadros ; 23 cm.)

En la portada: 10 Años, Reforma Constitucional, Derechos Humanos y Amparo

Material disponible en PDF

Contenido: El nuevo marco de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional en México / Pablo González Domínguez -- La protección efectiva del testimonio infantil en los procesos administrativos y jurisdiccionales : avances y retos para su efectiva protección a la luz de la sentencia amparo directo en revisión 3797/2014 / Ricardo Alberto Ortega Soriano, Margarita Griesbach Guizar -- Garantías de participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales a raíz de la reforma en materia de derechos humanos / Yuli Andrea Pliego Pérez, Mariana Gil Bartomeu -- Diez años de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Ana María Ibarra Olguín, Nallely Navarrete -- El nuevo horizonte transformador del juicio de amparo de cara a las reformas constitucionales de junio de 2011 : análisis al amparo en revisión 1359/2015 / Carlos María Pelayo Moller -- Libertad de expresión y publicidad oficial : el amparo por omisión legislativa 1359/2015 : a 10 años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos / Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez, Ricardo Reyes Márquez -- Regulación de la publicidad gubernamental a la luz del derecho a la libertad de expresión en México (amparo en revisión 135/2015 de la Primera Sala de la SCJN) / Jorge F. Calderón Gamboa Santiago J. Vázquez Camacho -- La incorporación de la orientación sexual y la identidad de género como categoría sospechosa : un avance para el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI / María Elisa Franco Martín del Campo -- ¿Modificar las actas o modificar el sistema? La identidad de personas trans en la jurisprudencia de la Suprema Corte Mexicana / Daniel Antonio García Huerta -- En contra de la tiranía de las mayorías : la introducción del estándar de impacto desproporcionado en los casos de la colectividad LGTBI / David García Sarubbi -- El acceso a la justicia en asuntos ambientales y la protección del derecho a un medio ambiente sano : una década de jurisprudencia constitucional transformadora / Alejandra Rabasa Salinas -- El derecho humano a un medio ambiente sano a la luz de la sentencia del amparo en revisión 307/2016 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Úrsula Garzón Aragón, Anaid Paola Velasco Ramírez -- El juzgador frente al derecho humano al medio ambiente sano : principios medioambientales como herramienta indispensable / Natalia Reyes Heróles Scharrer

ISBN 978-607-552-194-7

1. Derechos Humanos – Reforma constitucional – Evolución – Ensayos – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Jurisprudencia – Análisis 3. Derecho internacional – Derecho interno – Armonización legislativa 4. Protección de menores – Prueba testimonial – Proceso 5. Derechos de los niños – Protección de los Derechos Humanos 6. Libertad de pensamiento y de expresión – Derecho a la información 7. Orientación sexual – Identidad sexual 8. Derecho a un medio ambiente adecuado – Derecho de acceso a la justicia 9. Derechos de los grupos en estado de vulnerabilidad I. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo II. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos LC KGF3003

Primera edición: mayo de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Reforma
Constitucional
en Derechos
Humanos:
Una década
transformadora



**DERECHOS
HUMANOS**



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Contenido

PRESENTACIÓN	XI
Ministro Arturo Zaldívar	
CAPÍTULO INTRODUCTORIO	
El nuevo marco de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional en México	XVII
Pablo González Domínguez	
La protección efectiva del testimonio infantil en los procesos administrativos y jurisdiccionales: Avances y retos para su efectiva protección a la luz de la sentencia Amparo Directo en Revisión 3797/2014	1
Ricardo Alberto Ortega Soriano	
Margarita Griesbach Guizar	
Introducción.....	1
I. Las problemáticas del caso que motivaron la sentencia	7
II. Problemas de constitucionalidad relacionados con el testimonio de niñas, niños y adolescentes que han sido víctimas de violencia sexual.....	14

III. El derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en procedimientos administrativos y judiciales	23
IV. Estándares para la toma y valoración del testimonio infantil	32
V. A manera de conclusión: Hacia la consolidación de los esquemas de protección integral de la testimonial infantil.....	54
Bibliografía	56

Garantías de participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales a raíz de la reforma en materia de Derechos Humanos **61**

Yuli Andrea Pliego Pérez
Mariana Gil Bartomeu

I. Evolución del reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes en México	61
II. La sentencia del Amparo Directo en Revisión 3797/2014 de la Primera Sala y la valoración del testimonio infantil...	67
III. Apartado conclusivo: retos que persisten	90
Bibliografía	93

Diez años de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación **101**

Ana María Ibarra Olguín
Nallely Navarrete

I. Interés Superior de la Niñez.....	102
II. Autonomía de los NNA.....	110
III. Responsabilidad parental	115
IV. Nueva parentalidad. Reconocimiento filial de la realidad social de los NNA	119
V. Otros desarrollos	125
VI. A modo de conclusión	129
Bibliografía	130

El nuevo horizonte transformador del juicio de amparo de cara a las reformas constitucionales de junio de 2011: Análisis al Amparo en Revisión 1359/2015.....	141
Carlos María Pelayo Moller	
I. Introducción al estudio del juicio de Amparo en Revisión 1359/2015.....	141
II. El juicio de amparo y su evolución reciente: entre el formalismo y la necesidad de transformarse	143
III. Libertad de expresión, derechos políticos y omisiones legislativas: una primera mirada a los debates del futuro...	158
IV. Reflexión final: Las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos y su potencial transformador	169
Bibliografía	170
Libertad de expresión y publicidad oficial: el amparo por omisión legislativa 1359/2015. A 10 años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos	175
Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez	
Ricardo Reyes Márquez	
I. La reforma constitucional de derechos humanos.....	175
II. Publicidad oficial, libertad de expresión y derecho a la información.....	191
III. El Amparo en Revisión 1359/2015 de la Primera Sala de la SCJN	211
IV. Contexto actual de la libertad de expresión y la publicidad oficial	232
V. Conclusión	235
Bibliografía	236
Regulación de la publicidad gubernamental a la luz del derecho a la libertad de expresión en México (amparo en revisión 1359/2015 de la Primera Sala de la SCJN)	245
Jorge F. Calderón Gamboa	
Santiago J. Vázquez Camacho	

I.	Introducción.....	245
II.	El caso	246
III.	La sentencia.....	248
IV.	Los votos de la Ministra y los Ministros.....	253
V.	Análisis de la sentencia	264
VI.	Conclusiones	288
	Bibliografía	290

La incorporación de la orientación sexual y la identidad de género como categoría sospechosa. Un avance para el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI 297

María Elisa Franco Martín del Campo

I.	Introducción.....	297
II.	La prohibición de discriminar por orientación sexual e identidad de género	299
III.	Una aproximación al desarrollo de los derechos humanos de las personas LGBTI en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	306
IV.	El Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala	311
V.	Conclusiones	313
	Bibliografía.....	314

¿Modificar las actas o modificar el sistema? La identidad de personas trans en la jurisprudencia de la Suprema Corte Mexicana 321

Daniel Antonio García Huerta

	Introducción.....	321
I.	La movilización de las personas trans en México: una historia en construcción.....	323
II.	Análisis del criterio emitido por la SCJN respecto al derecho al reconocimiento de la identidad de personas trans: Amparo en Revisión 1317/2017.....	334
III.	Conclusiones	347
	Bibliografía.....	348

En contra de la tiranía de las mayorías: la introducción del estándar de impacto desproporcionado en los casos de la colectividad LGTBI..... 353

David García Sarubbi

- I. La irrelevancia constitucional de las minorías en el siglo XX..... 354
- II. Reforma constitucional de 2001 y la constitucionalización de las minorías en la Novena Época..... 360
- III. La aparición y consolidación del estándar de impacto desproporcionado..... 370
- IV. Conclusiones..... 392
- Bibliografía..... 393

El acceso a la justicia en asuntos ambientales y la protección del derecho a un medio ambiente sano: una década de jurisprudencia constitucional transformadora 399

Alejandra Rabasa Salinas

- I. Los sistemas de acceso a la justicia frente a la crisis ambiental y climática global..... 399
- II. Diez años de jurisprudencia constitucional para la justiciabilidad del derecho humano a un medio ambiente sano y la protección de la naturaleza 408
- III. Conclusiones..... 447
- Bibliografía..... 450

El derecho humano a un medio ambiente sano a la luz de la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 457

Úrsula Garzón Aragón

Anaid Paola Velasco Ramírez

- I. La reforma constitucional de derechos humanos..... 457
- II. El derecho humano a un medio ambiente sano..... 464
- III. El derecho humano a un medio ambiente sano en la sentencia de Amparo en Revisión 307/2016 470

IV. Conclusiones	490
Bibliografía	492
El juzgador frente al derecho humano al medio ambiente sano: principios medioambientales como herramienta indispensable.....	495
Natalia Reyes Heróles Scharrer	
I. Principios rectores en materia medioambiental	498
II. El papel del juez frente al derecho humano al medio ambiente sano.....	515
III. Conclusión	518
Bibliografía	519

PRESENTACIÓN

En junio de este año conmemoramos 10 años de las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos, que integraron a nuestro sistema el derecho internacional de los derechos como parámetro de validez del orden jurídico y robustecieron los mecanismos para su garantía. Como máximo intérprete de nuestra Constitución, correspondía a la Suprema Corte definir los alcances de la reforma. Ninguna reforma constitucional, por sí sola, tiene la capacidad de transformar la realidad y alcanzar sus fines.

En 10 años de jurisprudencia, la Suprema Corte se comprometió con la reforma y la dotó plenamente de efectividad. No sólo definió sus pilares conceptuales y operativos, sino que dio vida a un nuevo paradigma constitucional al establecer un bloque de constitucionalidad que sirve como parámetro de regularidad de todo el orden jurídico. La Corte mexicana impulsó el desarrollo expansivo de una gran cantidad de derechos humanos, en asuntos que trascienden directamente en la vida de las personas, y respecto de los cuales no existían parámetros para su cumplimiento.

Así, la Corte le dio relevancia al debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de las víctimas a conocer la verdad; privilegió los derechos de las niñas, niños y adolescentes en las controversias familiares; dotó de contenido sustantivo el principio de igualdad entre el hombre y la mujer a través de la perspectiva de género y de la paridad en la vida democrática; desarrolló y defendió los derechos de las personas con discapacidad, las personas y comunidades indígenas, y las minorías sexuales; afianzó la libertad de expresión como piedra angular de la democracia constitucional; y tuteló la autonomía de las personas para elegir y materializar plenamente su proyecto de vida.

En 10 años de jurisprudencia, la labor de la Suprema Corte convirtió una reforma retórica en una reforma transformadora. El legado de este desarrollo sin precedentes es una jurisprudencia humana, sensible y con un impacto real en la vida de la gente.

Con todo, las repercusiones de este legado no se limitan al plano jurídico. En esta década, la Suprema Corte ha sido una fuerza constructiva en la consolidación de una nueva cultura constitucional. Sentencia tras sentencia, la Corte ha reconfigurado el discurso en diversos ámbitos de la vida social, transitando de preconcepciones añejas, obsoletas o idealizadas, a una cultura de la justificación pública basada en razones sólidas, en evidencia y conocimiento experto.

Por ejemplo, con su jurisprudencia, la Corte ha rechazado los estereotipos que desvalorizan a la mujer, visibilizando sus intereses y su presencia en ámbitos en los que han sido históricamente excluidas. El lenguaje de la paridad y de la perspectiva de género que ha generado la Corte rechazan contundentemente estos prejuicios, condenan las prácticas que reproducen la discriminación y empoderan a la mujer en su lucha por alcanzar una igualdad sustantiva plena.

Asimismo, la Corte ha dejado atrás una narrativa de familia "ideal", basada en el matrimonio de un hombre y una mujer, para transitar a una concepción de familia como *realidad social*, que extiende su protección

sobre familias nucleares compuestas por padres e hijos biológicos o adoptivos, matrimonios o uniones de hechos, familias monoparentales, extensas o consanguíneas, y familias homoparentales conformadas por padres del mismo sexo, con hijos adoptivos, biológicos o sin ellos, y cualquier configuración basada en relaciones de afecto y apoyo mutuo.

La Corte también ha puesto el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de las víctimas a conocer la verdad en el centro de los debates sobre nuestro sistema de justicia penal; ha posicionado los derechos humanos en el centro de las discusiones sobre política de drogas; ha subrayado que toda decisión del Estado debe privilegiar los derechos de las niñas, niños y adolescentes cuando se encuentren implicados —ya sea en la familia, en la escuela o en cualquier ámbito—; y ha generado un marco de referencia para reivindicar las causas de las personas con discapacidad, las personas y comunidades indígenas y las minorías sexuales.

El resultado es un lenguaje que se expresa en las sentencias, pero que resuena fuera de los muros de la Corte. Se trata de un discurso de derechos que puede ser apropiado por las personas, los movimientos sociales y las instituciones para reivindicar sus causas. Como legado, nos ofrece un lenguaje común para debatir y defender los derechos humanos; en definitiva: una cultura constitucional compartida.

La obra que tengo el placer de presentar reconoce el papel de la Suprema Corte como una fuerza constructiva y transformadora en estos 10 años de derechos, centrando su estudio en cuatro líneas jurisprudenciales de gran relevancia para cimentar cultura de derechos: los derechos de las niñas, niños y adolescentes; el derecho a libertad de expresión; los derechos de personas LGBTQ+; y el derecho al medio ambiente.

La obra comienza con un artículo introductorio que desarrolla la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional en México, así como su importancia para lograr una mayor efectividad de los derechos humanos. En particular, la obra inicia con una reflexión sobre el papel histórico de la contradicción de tesis 293/2011,

de la cual fui ponente, en la materialización de la reforma constitucional de 2011.

La contradicción de tesis 293/2011 reconoció plenamente la ampliación del catálogo de derechos humanos, al señalar que todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano gozan de rango constitucional; así como la vinculatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo aquella derivada de casos en los que el Estado mexicano no fue parte del litigio internacional, siempre que favorezca a la persona con una protección más amplia. Así, definió las pautas interpretativas para la implementación de la reforma constitucional y dotó de contenido el parámetro de regularidad constitucional aplicable a todo el orden jurídico nacional.

En los siguientes apartados de la obra se abordan: (i) los derechos de las niñas, niños y adolescentes; (ii) el derecho a la libertad de expresión; (iii) los derechos de personas LGTBIQ+; y (iv) el derecho al medio ambiente, a través del estudio de sentencias paradigmáticas de la Corte que contribuyeron a materializar estos derechos en la última década. El estudio incorpora diversas perspectivas al análisis de la doctrina constitucional: las miradas del activismo y la sociedad civil, de la academia, y de la labor jurisdiccional, enriquecen el trabajo. A lo largo de la obra, las autoras y los autores reflexionan desde sus áreas de experiencia sobre los alcances de los fallos, su impacto sobre la vida de las personas, y los retos que persisten hacia el futuro.

De esta manera, las reflexiones presentadas por la sociedad civil hacen patente el valor de los litigios para la protección de los derechos, la relevancia del acompañamiento de las personas y el impacto de las resoluciones en la vida diaria de la gente. Los textos que miran la doctrina de la Corte desde la academia incorporan perspectivas teóricas relevantes al análisis y, a través de ellas examinan los avances y retos en su desarrollo. Finalmente, quienes escriben desde la perspectiva jurisdiccional, aportan

una reflexión práctica vital para identificar las áreas de oportunidad en el desarrollo de los derechos.

A pesar de que las resoluciones que se analizan versan sobre diferentes problemáticas y derechos, en su conjunto son una muestra coherente de la forma en que se ha puesto a la persona en el centro de la justicia constitucional.

Así, en relación con los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se examinan diversos precedentes en los que la Suprema Corte ha resuelto a favor del interés superior de la infancia. Los textos abordan casos que reconocen su derecho a la educación y la prohibición del acoso escolar o *bullying*; y otros que establecen cómo debe realizarse la valoración de pruebas en los procesos en los que estén involucrados niñas, niños y adolescentes, particularmente sus testimonios, garantizando su protección efectiva; también se hace un análisis de la evolución del interés superior de la infancia a lo largo de la década, como un derecho de las y los infantes y principio interpretativo para todos los casos en los que resultan implicados.

En relación con el derecho a la libertad de expresión, se hace referencia a los alcances de la omisión legislativa en materia de publicidad oficial, así como a los efectos adversos de la falta de regulación sobre este derecho; paralelamente, se indaga en las implicaciones del interés legítimo para acudir al juicio de amparo y sus efectos expansivos de protección desarrollados por la línea jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por lo que hace a los derechos de las personas LGBTIQ+, se formulan reflexiones relacionadas con el reconocimiento de la identidad de género de personas trans y cómo la reforma permitió la recepción de estándares que deben observarse en el procedimiento para alcanzar la modificación de las actas de nacimiento; de igual forma, se muestra la fuerza transformadora de la reforma, a la luz de la incorporación del estándar de

impacto desproporcionado sobre esta colectividad, como una muestra del papel protector de la Suprema Corte.

Finalmente, en relación con la protección constitucional de los sistemas ambientales, la obra reconoce la fuerza y vitalidad que estos 10 años de jurisprudencia le han conferido a la justiciabilidad del derecho a un medio ambiente sano, con énfasis en la forma en que los distintos principios aplicables a la materia se interpretaron y aplicaron armónicamente, a fin de cimentar una protección robusta y efectiva de nuestros servicios ambientales.

* * *

Como se desprende de la lectura de esta obra, 10 años de derechos han generado un cambio muy significativo en diversas áreas de la vida social. Sus implicaciones no son meramente retóricas, sino que han tenido un impacto profundo y directo sobre la vida de la gente. Hoy las autoridades no pueden ignorar el marco constitucional que limita su actuación frente a las libertades de la persona. Hoy los tribunales no pueden aplicar la ley sin considerar los derechos implicados en el caso y sin las herramientas interpretativas y las metodologías de adjudicación que hacen realidad el principio pro persona. Hoy no se puede hablar de política pública sin hacerlo en clave de derechos humanos.

Sentencia tras sentencia, la Corte ha protegido los intereses más sensibles de las personas y comunidades de nuestra sociedad. Éste es el trabajo de 10 años de jurisprudencia; éste es el testimonio de una labor comprometida con la eficacia viva de una reforma histórica; ésta es la experiencia de *una década transformadora*.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de Judicatura Federal*

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

El nuevo marco de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional en México

Pablo González Domínguez*

La segunda mitad del siglo XX vio nacer el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) como un cuerpo normativo que regula aspectos otrora considerados como competencia exclusiva de los Estados. En palabras de Eduardo Jiménez de Aréchaga, "el derecho internacional deja de regir exclusivamente las relaciones entre Estados para regir cada vez más dentro de ellos" (Jiménez de Aréchaga, 1987-1989, p. 25). La naturaleza de las obligaciones emanadas del DIDH —sustentadas en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todas las personas (Carozza, 2013, p. 346)—¹ ha reconfigurado la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional. Esto es así pues los tratados de derechos humanos contienen cláusulas que establecen obligaciones de aplicación inmediata para las autoridades

* Doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame. Abogado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Panamericana. Las opiniones expuestas aquí son de mi propia autoría, y no necesariamente reflejan la posición oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ *Cfr.* Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, Preámbulo.

del Estado en relación con las personas sujetas a su jurisdicción, y reconocen la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades establecidos en dichos instrumentos.²

Los Estados de la región han respondido al fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos abriendo la puerta a la incorporación de las normas internacionales de derechos humanos como parte de su bloque de constitucionalidad, y aceptando la obligatoriedad —en diversos grados y con importantes matices— de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también, "Corte Interamericana" o "Corte IDH"), incluso más allá de los casos en que los Estados hayan sido condenados.³ Este fenómeno de apertura e integración normativa ha tenido un impacto diferenciado en distintos países y en distintos periodos, pero se puede considerar como una tendencia del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo (Uprimny, 2011, p. 1587).

México sostuvo históricamente una posición restrictiva respecto a la posibilidad de una amplia incorporación del DIDH en el derecho interno, y una cierta reticencia a estar sujeto a una supervisión internacional estricta en materia de derechos humanos (Heller, 2017, p. 155). Sin embargo, en las últimas tres décadas ha asumido progresivamente un mayor número de compromisos internacionales a través de la firma y ratificación de tratados en la materia, y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. También ha incorporado a su derecho constitucional diversos instrumentos jurídicos dirigidos a lograr una mayor efectividad de los derechos humanos (García Ramírez, 2017, p. 40). Estos

² Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, artículo 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, en vigor desde el 18 de julio de 1978, artículos 1 y 2; Observación General No. 31, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la índole de la obligación jurídica general impuesta, 80o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), párr. 4.

³ Cfr. Constitución Política de Argentina, 1 de mayo de 1853, artículo 75.22; Sentencia de la Corte Suprema de la Nación de Argentina, *Ekmekdjian c/Sofovic*, de 7 de julio de 1992, párr. 21; Sentencia C-010/00 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 7.

instrumentos han creado un nuevo marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional en México.

Destacan cinco elementos centrales que dieron lugar a este nuevo marco normativo: a) la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también, "la Convención Americana") y otros tratados de derechos humanos; b) la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana; c) las sentencias que condenaron al Estado mexicano, en especial el caso Radilla Pacheco vs. México (2009); d) la reforma constitucional de 2011; e) la adopción de la doctrina del control de convencionalidad en el Expediente Varios 912/2010 (en adelante "EV 912/2010") decidida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, "Suprema Corte"); y, f) la emisión de la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, también, "la Sentencia", "la Decisión", o la "CT 293/2011").⁴ Resulta pertinente hacer una breve referencia a cada uno de estos elementos.

La evolución de la política exterior de México en relación con los tratados de derechos humanos es el primer elemento para considerar (Heller, 2017, pp. 141-142). Desde la década de los años ochenta, México se adhirió a los principales tratados multilaterales de derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el regional.⁵ Esto implicó la aceptación de obligaciones internacionales para el Estado derivadas de los principales tratados negociados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, así como aquellos contenidos en tratados del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante, "Sistema

⁴ *Cfr.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, artículo 1; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013.

⁵ Por ejemplo, México ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 23 de marzo de 1981 y ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura el 2 de noviembre de 1987.

Interamericano"). La ratificación de la Convención Americana fue la más significativa de estas adhesiones, pues permitió una interacción normativa más cercana con los principales órganos de protección regional de derechos.⁶ En la práctica existió cierta reticencia del Estado mexicano hacia la aceptación de supervisión internacional sobre el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, sin embargo, esto cambió durante la década de los años noventa. Un ejemplo fue la visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1996, la cual fue realizada por invitación del gobierno mexicano (García Ramírez, 2016, p. 169).

El Estado mexicano aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana el 16 de diciembre de 1998, permitiendo así que las personas sujetas a su jurisdicción pudieran acudir ante una instancia judicial internacional para reclamar la violación a sus derechos reconocidos en la Convención Americana (Becerra Ramírez, 2009, p. 318).⁷ En consecuencia, en virtud de los artículos 62 y 68 de la Convención, el Estado mexicano se comprometió a aceptar "como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de [la] Convención" y a cumplir las decisiones en todo caso en que fuera parte.⁸ Se trató de un acto de política exterior por parte del Estado que permitía un mayor escrutinio internacional y la ampliación de las garantías de protección de derechos de las personas, lo que significó un refuerzo de la colaboración institucional entre México y el Sistema Interamericano en materia de derechos humanos (Heller, 2017, p. 154). Permitió también que la Corte Interamericana emitiera sentencias condenatorias en contra del Estado, algunas de las cuales han sido de gran trascendencia para los derechos humanos en México.⁹

⁶ El Estado mexicano ratificó la Convención Americana el 24 de marzo de 1981.

⁷ *Cfr.* Decreto por el que se aprueba la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de diciembre de 1998.

⁸ *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 62 y 68.

⁹ México ha sido condenado en 10 casos contenciosos: Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184; Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones

Las sentencias emitidas por la Corte IDH en contra del Estado mexicano desde el año 2004 les han permitido a las víctimas obtener justicia en el plano internacional, al tiempo que han visibilizado y abordado problemáticas estructurales del Estado en materia de derechos humanos. Estas sentencias han motivado la discusión y el cambio en el ámbito nacional en materias relacionadas con los derechos políticos, la violencia sexual contra la mujer, la jurisdicción militar o la participación del ejército en labores de seguridad ciudadana.¹⁰ El caso *Radilla Pacheco* resulta particularmente relevante en ese sentido. La Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado por la violación a los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco y sus familiares, así como por incumplir su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.¹¹ En virtud de ello, ordenó una serie de medidas de reparación que incluyeron la modificación legislativa del artículo 57 del Código de Justicia Militar y la obligación del Poder Judicial de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana.¹² El cumplimiento de la sentencia en el caso *Radilla Pacheco* por parte de la Suprema Corte abriría importantes caminos en la relación

y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209; Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220; Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273; Caso Trueba Arciniega y otros vs. México. Sentencia de 27 de noviembre de 2018. Serie C No. 369; Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370; Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.

¹⁰ Por ejemplo, en el caso de *Campo Algodonero* la Corte ordenó al Estado, como medida de reparación, adoptar una serie de medidas legislativas y de política pública dirigidas a evitar la repetición de actos de violencia como los que ocurrieron en el caso concreto. *Cfr.* Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, párrs. 493-543.

¹¹ *Cfr.* Caso Radilla Pacheco vs. México, Puntos Resolutivos 3-6.

¹² *Cfr.* Caso Radilla Pacheco vs. México, párrafos 339-342.

entre el derecho nacional y el internacional en México (Ramos Vázquez, 2016, p. 169).

Por otro lado, desde la perspectiva nacional, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 introdujo un nuevo paradigma en México, influyendo de manera fundamental las relaciones entre el ordenamiento mexicano con el internacional (Fix-Zamudio, 2016, pp. 155-157). Resulta relevante destacar el contenido del artículo 1o. de la Constitución reformado:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.¹³

¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1.

La reforma al artículo 1o. reconoce de manera expresa que los derechos humanos de fuente internacional poseen jerarquía constitucional, y establece herramientas hermenéuticas y procesales para favorecer su efectiva aplicación por parte de los operadores jurídicos nacionales. De esta forma, la Constitución establece de manera expresa que los conflictos entre normas que no involucren a la propia Carta Magna deban resolverse a favor de los derechos humanos sobre la base del principio *pro persona*, y que su contenido deba armonizarse con los derechos humanos de fuente internacional. Esta posición se ve fortalecida por lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Federal, relativo a la obligación de los jueces del Estado de cumplir con lo establecido en la Constitución, las leyes del Congreso y los tratados internacionales.¹⁴ La reforma también abrió la puerta para la procedencia del juicio de amparo contra violaciones a los derechos previstos en tratados internacionales, y la posibilidad de distinguir entre garantías internas y externas para las personas sujetas a la jurisdicción del Estado mexicano (Tinoco, 2011, pp. 44-46).

También es importante hacer referencia a la modificación del artículo 103, fracción I, del texto constitucional, el cual prevé la procedencia del amparo "por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte".¹⁵ El juicio de amparo es la institución fundamental de control constitucional y de protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano. Hasta antes de la reforma de 2011, se entendía que sólo se podía utilizar este mecanismo de protección contra "leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales".¹⁶ El texto vigente de la Constitución mexicana ha ampliado esta protección de forma tal que existe un "espacio lo suficientemente dúctil, grande y efectivo, para hacer valer cualquier posible

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 133.

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 103-I.

¹⁶ El término garantías individuales se refiere a los derechos fundamentales de fuente constitucional.

violación de Derechos Humanos" —incluidos, por supuesto, los derechos humanos de fuente internacional (Del Rosario y Gil Rendon, 2011). La nueva Ley de Amparo sigue la misma lógica, constituyéndose como un "juicio de derechos fundamentales" que protege derechos humanos constitucionalizados (Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, 2013, pp. 4-5).

En este contexto de importantes cambios constitucionales cabe hacer referencia a la decisión de la Suprema Corte en el EV 912/2010, en el cual se decidió el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*.¹⁷ Esta decisión permitió introducir el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, y estableció las pautas para la aplicación del principio *pro persona* (Cossío, 2012, p. 32). La SCJN realizó una interpretación sistémica de los artículos 1o. y 133 de la Constitución, dándole un alcance más amplio a las fuentes del DIDH en el nuevo sistema jurídico mexicano, y a la posibilidad de su aplicación por parte de los jueces en caso de que existieran disposiciones en contrario. Esta decisión incorporó la obligación a cargo de las autoridades del Estado —en particular de los jueces— de realizar un control de convencionalidad de acuerdo con el modelo general de control establecido constitucionalmente, en el cual se reconoce el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como criterio vinculante en casos en que el Estado mexicano haya sido parte, y como criterio orientador cuando el Estado mexicano no hubiera sido parte.¹⁸ En el ejercicio de esta labor los jueces deben realizar tres pasos: a) interpretación conforme en sentido amplio; b) interpretación conforme en sentido estricto, y c) inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no fueran posibles.¹⁹ En palabras de la SCJN:

¹⁷ Cfr. Expediente Varios 912/10, derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces Ministro Presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁸ Cfr. Expediente Varios 912/10, párr. 31.

¹⁹ Cfr. Expediente Varios 912/10, párr. 33.

A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

La CT 293/2011 debe ser entendida en relación con los cambios del ordenamiento jurídico nacional antes mencionados. En esta sentencia la Suprema Corte resolvió dos cuestiones jurídicas fundamentales en la interpretación de los alcances del artículo 1o. de la Constitución, y por tanto de la nueva relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional en México: 1) la relación jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos;²⁰ y 2) el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²¹ Por su importancia y trascendencia para el desarrollo jurisprudencial en

²⁰ *Cfr.* Contradicción de Tesis 293/2011, pp. 20-54.

²¹ *Cfr.* Contradicción de Tesis 293/2011, pp. 54-64.

materia de derechos humanos en la última década, resulta pertinente hacer un breve resumen del razonamiento sostenido por la Suprema Corte.

En relación con la primera cuestión, la SCJN sostuvo que de una simple lectura del artículo 1o. se desprende que el ordenamiento jurídico mexicano reconoce los derechos humanos provenientes de dos fuentes: la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. En ese sentido, realizó dos precisiones conceptuales: que la Constitución incluye dentro de su catálogo de protección las "normas de derechos humanos" reconocidas en tratados internacionales, y no el resto de normas comprendidas en dichos instrumentos. De ahí se desprende que las normas de derechos humanos que se encuentren contenidas en tratados de otra materia también se encuentran cubiertos por el artículo 1o. La reforma incorporó las normas de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales al catálogo reconocido constitucionalmente. De esta forma, la reforma irrelevante la fuente u origen del derecho humano para efectos de su protección constitucional. Esto significa que la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no puede ser estudiada en términos de jerarquía, pues el sentido de la reforma es que las posibles antinomias sean resueltas a partir de criterios hermenéuticos.²²

La Suprema Corte consideró pertinente replantear el concepto de supremacía constitucional a la luz del nuevo parámetro de regularidad constitucional que surgió de las reformas constitucionales de 2011.²³ Señaló que el principio de supremacía constitucional reconoce a la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes a la misma tanto en sentido material como formal. Dicho principio no ha cambiado a partir de la reforma constitucional, sino que ha evo-

²² *Cfr.* Contradicción de Tesis 293/2011, pp. 24-30.

²³ *Cfr.* Contradicción de Tesis 293/2011, pp. 47.

lucionado en lo que respecta a las normas que reconoce dicha supremacía. Se trata de una ampliación del catálogo de derechos previsto en la Constitución, por lo que la defensa de los derechos humanos reconocidos por el artículo 1o. es una defensa de la Constitución. En consecuencia, una vez que un tratado internacional es incorporado al ordenamiento jurídico, las normas de derechos humanos que contenga se integran al catálogo de derechos protegidos constitucionalmente. De esta forma, sostuvo que la relación entre las normas constitucionales e internacionales que regulen una misma materia deben ser resueltas a partir de la aplicación de los principios de interpretación conforme y el principio *pro persona*.²⁴

La interpretación antes mencionada contempló los alcances del último párrafo del artículo 1o., entendiendo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá preferir la aplicación de la norma constitucional.²⁵

En relación con la segunda cuestión, la Suprema Corte abordó la pregunta respecto a si los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana son orientadores u obligatorios para los jueces nacionales.²⁶ Destacó el criterio de la resolución dictada en el EV 912/2010, en el sentido que las sentencias emitidas en casos en que el Estado mexicano ha sido parte son vinculantes —tanto en su parte resolutive como los criterios interpretativos contenidos en las mismas—. Sin embargo, la SCJN valoró que la jurisprudencia de la Corte Interamericana integra un sistema de precedentes, motivo por el cual todos los criterios interpretativos emitidos en asuntos de naturaleza contenciosa gozan de fuerza vinculante, incluidos aquellos en que el Estado mexicano no haya sido parte. Los pronunciamientos de la Corte IDH integran la doctrina jurisprudencial interamericana, cuya fuerza vinculante debe

²⁴ Cfr. Contradicción de Tesis 293/2011, pp. 47-51.

²⁵ Cfr. Contradicción de Tesis 293/2011, pp. 52.

²⁶ Cfr. Contradicción de Tesis 293/2011, pp. 54.

entenderse en clave de progresividad, constituyendo el estándar mínimo que debe ser recibido por los Estados parte de la Convención. En consecuencia, la SCJN valoró que las sentencias de la Corte IDH constituyen una extensión de la Convención Americana.²⁷

La sentencia señala que las relaciones entre la Suprema Corte y la Corte Interamericana deben ser entendidas en términos de colaboración y cooperación, de modo que la jurisprudencia de la Corte IDH no debe sustituir a la nacional. Los pronunciamientos que impliquen una diferencia de criterio deben ser resueltos sobre la base del principio *pro persona*, tal como lo marca el artículo 1o. constitucional. Es decir, las interpretaciones en materia de derechos humanos que deben primar son aquellas cuyo resultado produzca una mayor protección de éstos. Se desprende de este criterio que la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana depende de que esta sea más favorable para la persona, en relación con los criterios pronunciados en el derecho interno. Adicionalmente, señaló que la aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana dependerá del cumplimiento de ciertas condiciones, para lo cual se debe verificar que el contexto normativo y fáctico sea análogo e idóneo. El operador jurídico debe analizar si las razones que motivaron el pronunciamiento en el ámbito internacional son las mismas para el caso que se encuentra bajo estudio.²⁸

En respuesta a las preguntas planteadas, la SCJN concluyó que surgen los siguientes criterios obligatorios:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO

²⁷ Cfr. Contradicción de Tesis 293/2011, pp. 54-57.

²⁸ Cfr. Contradicción de Tesis 293/2011, p. 60.

DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.²⁹

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS

²⁹ Tesis [J.]: P/J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 202. Reg. Digital 2006224.

FAVORABLE PARA LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.³⁰

La resolución de la controversia planteada por la CT 293/2011 consolidó la lógica de apertura constitucional que se encuentra reflejada en el artículo 1o. constitucional. El parámetro de regularidad constitucional está conformado por las normas de derechos humanos contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales, las cuales deberán ser interpretadas sobre la base de los principios de interpretación conforme y el principio *pro persona*. En lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en casos en que el Estado no haya sido parte, la SCJN interpretó el valor normativo de sus sentencias como vinculantes siempre que se cumplan ciertos requisitos. De esta forma, la sentencia constituyó un

³⁰ Tesis [J.]: P/J. 21/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 204. Reg. Digital 2006225.

importante paso para lograr una mayor eficacia en el ámbito nacional de los estándares desarrollados en general en el DIDH, y en particular en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Los capítulos contenidos en este libro permiten vislumbrar la manera en que el nuevo marco de la relación entre el DIDH y el derecho nacional en México ha impactado en el desarrollo de criterios y líneas jurisprudenciales por parte de la Suprema Corte en materia de derechos humanos. Esta publicación retoma algunos ejemplos representativos de un universo de precedentes situados dentro de cuatro temáticas: i) niñas, niños y adolescentes; ii) libertad de expresión; iii) personas LGTBIQ+, y iv) derecho al medio ambiente. Estos temas han sido abordados desde tres diferentes visiones: el activismo y la sociedad civil, la academia y desde el ámbito jurisdiccional. Las sentencias y reflexiones reflejadas en este libro dan cuenta de la aplicación del principio *pro persona* como criterio de decisión en materia de derechos humanos en México, impulsando así, a través de distintos ámbitos, el respeto y la garantía de los derechos humanos de todas las personas.

Bibliografía

BECERRA RAMÍREZ, M. (2009), "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en BECERRA RAMÍREZ, M. (Coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM.

CAROZZA, P. (2013), "Human Dignity", en Shelton, D., *The Oxford Handbook on International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press.

COSSÍO, J. (2012), "Primeras implicaciones del caso Radilla Pacheco", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre.

DEL ROSARIO, M. Y GIL RENDÓN, R., "El juicio de amparo a la luz de la reforma constitucional de 2011", en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

FERRER MAC-GREGOR, E. Y SÁNCHEZ GIL, R. (2013), *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa.

FIX ZAMUDIO, H. (2016), "Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en GONZÁLEZ PÉREZ, L. y VALADEZ, D. (coords.), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2017), "Un giro histórico: la irrupción del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento mexicano", en SÁNCHEZ CORDERO, J. (ed.), *Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones desde el Derecho Internacional Público*, México, UNAM.

HELLER, C. (2017), "México y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en SÁNCHEZ CORDERO, J. (ed.), *Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones desde el Derecho Internacional Público*, México, UNAM.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. (1987), "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno", *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, núms. 69-71.

RAMOS VÁZQUEZ, E. (2016), "La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano: particularidades del caso mexicano", en FLORES SALDAÑA, A., *Control de convencionalidad y decisiones judiciales* (coord.), México, Tirant Lo Blanch.

TINOCO, J. (2011), "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en CARBONELL, Miguel, y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM.

UPRIMNY, R. (2010-2011), "The Recent Transformations of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges," *Texas Law Review*, 89.

SENTENCIAS

Contradicción de Tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013.

Expediente Varios 912/10. Derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010.

Corte Constitucional de Colombia (2000), sentencia C-010/00, emitida el 23 de febrero de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la S. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90).

Corte Suprema de la Nación de Argentina, Ekmekdjian c/Sofovic, sentencia de 7 de Julio de 1992

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia emitida el 21 de julio de 2006 (Expediente No. 2730-2006-PA/TC).

CONSTITUCIONES, LEYES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Constitución Política de Argentina, 1 de mayo de 1853.

Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917.

Decreto por el que se aprueba la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de diciembre de 1998

TESIS DE PLENO Y SALAS DE LA SCJN

Tesis [J.]: P/J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 202. Reg. Digital 2006224.

Tesis [J.]: P/J. 21/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 204. Reg. Digital 2006225.

RESEÑA

Pablo González Domínguez es Doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame, Maestro en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown y Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana. Trabaja como Abogado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Panamericana. Previamente se desempeñó como Consultor del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), como Asistente de Investigación en la Universidad de Notre Dame y en la Universidad de Georgetown y como Profesor Visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Es autor del libro *The Doctrine of Conventionality Control. Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System*" (Intersentia, 2018).

La protección efectiva del testimonio infantil en los procesos administrativos y jurisdiccionales: Avances y retos para su efectiva protección a la luz de la sentencia Amparo Directo en Revisión 3797/2014

Ricardo Alberto Ortega Soriano*

Margarita Griesbach Guizar**

SUMARIO: Introducción. I. Las problemáticas del caso que motivaron la sentencia. II. Problemas de constitucionalidad relacionados con el testimonio de niñas, niños y adolescentes que han sido víctimas de violencia sexual. III. El derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en procedimientos administrativos y judiciales. IV. Los retos para la toma y valoración del testimonio infantil V. A manera de conclusión: Hacia la consolidación de los esquemas de protección integral de la testimonial infantil.

Introducción

Acudir a un tribunal suele ser una cuestión que genera una enorme angustia en las personas, particularmente cuando no se tiene un contacto habitual con el sistema de justicia. Por tanto, si para una persona adulta el tránsito por las instituciones del Estado, ya sean autoridades o tribunales, suele constituir una tarea difícil, la situación se vuelve aún más crítica cuando quien tiene que acudir ante tales instituciones es una niña, niño o adolescente.

* Es egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctor y Maestro en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Tiene estudios avanzados en Unión Europea y Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares en España. Actualmente es académico investigador de tiempo completo del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. El Sistema Nacional de Investigadores (SNI) le reconoce como Investigador Nacional Nivel 1.

** Margarita Griesbach Guizar es Licenciada en educación especial de la Universidad de Austin Texas y Maestra en Pedagogía por la Universidad Iberoamericana. Trabajó más de diez años con la infancia callejera en la Ciudad de México. Posteriormente fundó la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C. en el 2003 organización dedicada primordialmente a la defensa jurídica de los derechos humanos. A través de los años ha desarrollado diversas investigaciones, publicaciones y consultorías tanto en el sector público como privado.

Esta situación es relevante no sólo porque da constancia de que los sistemas de justicia suelen ser sitios poco "amigables" en lo general para las personas que deben utilizarlos, sino porque también refleja otro aspecto que debe tenerse en cuenta: los procesos judiciales, por lo general, fueron elaborados por personas adultas que se encuentran en cierta posición económica, política y social que no suelen considerar las necesidades particulares de quienes los utilizarán. En otras palabras, el propio diseño de las instituciones y procedimientos del Estado suele establecer una perspectiva excluyente hacia diferentes grupos de personas que muchas veces no estuvieron en la mira de quienes diseñaron tales sistemas.

En este punto, no pretendemos analizar la multiplicidad de condiciones de exclusión que generan los sistemas de justicia en lo general, y el sistema mexicano de justicia en lo particular: exclusiones derivadas de la pobreza, edad, discapacidad, género, nacionalidad y un largo etcétera (Birgin y Gherardi, 2012).¹ Para ello, sería necesario elaborar un estudio amplio que, desde luego, no es el propósito que se pretende alcanzar aquí. Simplemente es importante dar cuenta, como una idea de referencia que, cuando hablamos de la participación de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos o judiciales, de antemano, partimos de la base de la existencia de sistemas de justicia que estructuralmente tienen elementos excluyentes hacia determinados colectivos (Comité de los Derechos del Niño, 2009).²

¹ Tales exclusiones, se encuentra vinculadas con la configuración de los sistemas de justicia, por lo que para ser superadas resulta necesario tener presente algunas de las dimensiones sobre lo que implica acceder a la justicia: "En primer lugar, el acceso propiamente dicho, es decir llegar al sistema judicial. En segundo lugar, la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir que se asegure no sólo acceder al sistema, sino que éste brinde un pronunciamiento justo en un tiempo prudencial". Birgin, H. y Natalia Gherardi. (2012), "Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: La agenda pendiente", en Birgin, H. y Gherardi, N. (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: Aportes empíricos y conceptuales*, Colección "Género, Derecho y Justicia", núm. 6, México, Fontamara, p. 170.

² Por ello, el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación general No. 12 estableció con claridad que: "no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno es intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños". Comité sobre los Derechos de los Niños, "Observación General No. 12. El derecho

En el caso de niñas, niños y adolescentes, la exclusión de los sistemas de justicia se ha dado por múltiples factores, entre los que podríamos visualizar aquellos que son consecuencia del propio enfoque o perspectiva que se ha tenido de la infancia a lo largo de la historia. Debemos recordar que, hasta no hace mucho tiempo, las personas menores de edad eran reconocidas más como objetos que debían ser protegidos por el derecho, más que como auténticos sujetos de derechos (Espejo, 2020, pp. 571-574).³ Esta circunstancia ha tenido importantes repercusiones que han impedido comprender las características particulares de niñas, niños y adolescentes y ha generado una serie de consecuencias en la forma en que el derecho se relaciona con ellas y ellos, entre las que podríamos señalar que: a) se les ha restado relevancia como agentes que deben ser tratados con consideración y respeto; b) sus problemáticas suelen ser minimizadas o vistas como accesorios de aquellas que enfrentan las personas adultas; c) se suele pensar en la situación de niñas, niños y adolescentes en función de sus carencias, y teniendo como prototipo de lo deseable, las capacidades y características de las personas adultas; d) se cuestiona la posibilidad de que puedan tener una participación autónoma y expresar un punto de vista propio; e) se suele tener desconfianza de origen hacia sus expresiones o manifestaciones, entre otros aspectos.

A pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en teoría, implicó la aparición de un nuevo paradigma que reconocería a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, a partir de una serie de principios que reconocerían la valoración de su autonomía; el reconocimiento de su interés superior, así como la importancia de evitar tratos discriminatorios hacia su persona, lo cierto es que en la práctica, la aplicación de tales principios en la práctica, dista mucho de ser una constante en los sistemas de justicia. De alguna manera, muchos de los

del niño a ser escuchado", CRC/C/GC/12. Disponible en: [«https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf»](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf).

³ Para una caracterización de la doctrina de la situación irregular frente al enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes.

obstáculos en el acceso a la justicia que experimentan niñas, niños y adolescentes podrían reducirse, si el sistema jurídico y las instituciones del Estado incorporaran los postulados y estándares del modelo de protección integral de derechos antes expuesto.

Lo anterior es así ya que, asumir que niñas, niños y adolescentes son sujetos de derechos, más allá del reconocimiento simbólico que ello implica, tendría ir acompañado del cumplimiento de una serie de obligaciones a cargo del Estado, que tendrían que impactar las condiciones básicas relacionadas con el acceso a la justicia. Estas obligaciones deberían, por tanto, tener impactos no sólo en las condiciones procesales que regulan la participación de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos y judiciales, sino en las condiciones materiales e institucionales en que esta situación tiene lugar (Liefwaard, 2016, pp. 905-906).⁴ Dicho de otra manera, el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes requiere que las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia lleven a cabo adaptaciones (adecuaciones procesales) con impacto tanto en lo normativo, material o institucional que faciliten su participación en todos aquellos asuntos que les afectan (FRA European Union Agency for Fundamental Rights, 2017, p. 15).⁵

Es relevante señalar aquí que, el conjunto de adaptaciones que deben ser realizadas por los sistemas de justicia para eliminar los obstáculos que de *iure* o de *facto* impiden a niñas, niños y adolescentes participar de manera

⁴ Se ha hablado, por ejemplo, de establecer una justicia adaptada o justicia amigable con la infancia (child-friendly justice). Esta concepción del modelo de justicia requeriría sistemas de justicia más enfocados en los derechos de niñas, niños y adolescentes, más atenta a los intereses de ellas y ellos, y más sensible con las condiciones para la participación infantil. Liefwaard, T. (2016), "Child-Friendly Justice: Protection and participation of children in the Justice System", *Temple Law Review*, vol. 88, núm. 4, Summer, pp. 905-906.

⁵ Un ejemplo interesante sobre los elementos que deberían ser considerados a nivel físico, procesal e institucional lo podemos encontrar en el más reciente informe de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) sobre justicia adaptada. FRA European Union Agency for Fundamental Rights. (2017), "Child-Friendly justice. Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States", (Establishing procedural safeguards to ensure child protection) FRA- Opinion 22, Luxembourg, p. 15.

adecuada y sin discriminación en los procedimientos en los que sus derechos se ven implicados encuentran su justificación en el cumplimiento de los postulados más amplios del principio de igualdad sustancial que requiere que las diferencias que poseen las personas y las desventajas a las que circunstancial o históricamente se ven sujetas no generen afectaciones en sus derechos (el impacto diferenciado en las afectaciones a los derechos humanos de niñas y niños: una categoría de análisis propia desde una perspectiva de infancia, 2013, pp. 103-105).⁶ Si pensamos en la situación particular que caracteriza a niñas, niños y adolescentes, en lo general, nos daremos cuenta, que ellas y ellos se encuentran en una situación particular marcada por un proceso de desarrollo cognitivo y emocional, que les diferencian particularmente de las características que definen tanto al pensamiento como a la manera en que se procesan o controlan las emociones en el caso de las personas adultas. Nos encontramos, que la edad de las personas constituye un elemento que establece ciertas características particulares en niñas, niños y adolescentes que no deberían traducirse en impedimentos, limitaciones o la imposibilidad de plano, para ejercer sus derechos. Por el contrario, esta condición diferenciada requerirá de la adopción de medidas reforzadas y distintas a las que se exigen para la participación de las personas adultas a fin de evitar mantener una condición de exclusión (Corte IDH, 2018, párr. 156).⁷

Si se pone en el centro las características particulares (emocionales y cognitivas) que acompañan a las personas menores de edad a lo largo de su vida, podremos suponer que las mismas no se encuentran en el campo

⁶ Para una revisión del principio de igualdad sustancial en el contexto de un enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes. González Placencia, L. y Ortega Soriano, R. (2013), "El impacto diferenciado en las afectaciones a los derechos humanos de niñas y niños: una categoría de análisis propia desde una perspectiva de infancia", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 9, pp. 103-105.

⁷ De acuerdo con la Corte Interamericana, "las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además será determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez". Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf».

de la elección o la voluntad, sino que están asociadas a los procesos biológicos y psicológicos propios del desarrollo humano. Por tanto, exigir que niñas, niños y adolescentes sean quienes "se adapten" a las exigencias de un sistema de justicia constituye una concepción desproporcionada que afecta de manera muy importante el ejercicio de sus derechos y hace materialmente imposible su ejercicio.

No obstante todo lo anterior, las condiciones de exclusión que experimentan niñas, niños y adolescentes, en función de la ausencia de reconocimiento a sus características particulares, como hemos ya señalado, pueden verse aún más agravadas cuando a esos elementos diferenciados se suman contextos que tienen un impacto directo en la generación de desventajas para las personas. Es aquí donde los contextos de vulnerabilidad, entendidos como todos aquellos elementos históricos o circunstanciales que ubican a ciertos grupos en una peor posición que otros grupos suelen acentuar las condiciones de marginación que enfrentan las personas (Saba, 2012).⁸ Aspectos como la pobreza, la pertenencia a poblaciones indígenas, la violencia por razones de género, los obstáculos que enfrentan personas con discapacidad, suelen sumarse a las condiciones de exclusión generadas por la incomprensión de la situación y características particulares de la infancia, ocasionando el incremento de las condiciones de injusticia a las que se ven expuestas las personas menores de edad (Corte IDH, 2015).⁹

Consideramos que es relevante tener presente todos los elementos que se han expuesto con anterioridad al momento de aproximarnos al testi-

⁸ Sobre una revisión del concepto de desigualdad estructural que se traduce en una peor situación de ciertos grupos de personas sobre otros, en el contexto de procesos históricos. Saba, R. (2012), "(Des)igualdad estructural", en Alegre M. y Roberto G. (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

⁹ En relación con el impacto de diversas categorías en los procesos de discriminación en contra de niñas, niños y adolescentes puede verse con más detalle el contenido de la sentencia del caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*. Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf>.

monio infantil en los procedimientos administrativos y judiciales a fin de identificar los principales retos y avances que se han desarrollado en los últimos años de cara a mejorar su protección y condiciones de desarrollo. Precisamente, en función de este panorama, el presente artículo reflexionará sobre los aspectos relacionados con la toma y valoración del testimonio infantil en el marco de los procedimientos administrativos y judiciales, así como los estándares de prueba aplicables, a partir de un análisis sobre los principales avances desarrollados por la sentencia del amparo directo en revisión 3797/2014 resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Debe puntualizarse que, si bien, la sentencia del tribunal constitucional mexicano constituye el eje de análisis del presente estudio, las reflexiones que aquí se presentan buscarán contrastar y desarrollar una aproximación crítica a dicho texto, en el marco de las reflexiones y desarrollos que a nivel internacional se han desarrollado sobre el tema. De la misma manera, y si bien el análisis de la sentencia que se utiliza como base del presente análisis se refiere al caso individual de una niña víctima de abuso sexual, la problemática que se refleja en la sentencia, por desgracia, se encuentra relacionada con una cuestión de carácter estructural para los sistemas de justicia en el mundo contemporáneo. En esa medida, el presente texto, intentará dar cuenta, de manera muy general, sobre la existencia de una problemática que ha sido documentada y que, por tanto, debe ser atendida de manera amplia.

I. Las problemáticas del caso que motivaron la sentencia

Se ha señalado en diferentes ocasiones que: "el abuso sexual, la violencia física y psicológica y el acoso sexual son formas de violencia que tienen lugar en todos los entornos" (Pinheiro, 2010, p. 7). Aunque se trata de un fenómeno de una enorme gravedad, lo cierto es que en muchos países como México, "los datos sobre violencia contra niñas, niños y adolescentes son escasos, incompletos o se encuentran fragmentados entre las distintas instituciones encargadas de recogerlos" (Panorama estadístico de

la violencia contra niñas, niños y adolescentes en México, 2018, p. 8).¹⁰ Esta situación contribuye a que un fenómeno de tal gravedad, en alguna medida, no pueda ser percibido en la magnitud y dimensión que tiene. En términos generales, puede decirse que la violencia sexual tiene un mayor impacto en las mujeres y niñas (UNICEF, 2017, p.6).¹¹

Tan sólo en México, se ha estimado que al año "se cometen al menos 600 mil delitos sexuales", y que de cada 10 delitos de este tipo que se cometen, 4 afectan a personas menores de edad (Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, 2016, p. 6).¹² Es importante tener presente, que de acuerdo con algunos datos que se encuentran disponibles, un porcentaje importante de las personas agresoras en el caso de los delitos sexuales (60%) son conocidas por la víctima, entre las que se sitúan algunos parientes de ésta (como serían padre, madre, hijo, hija, madrastra o padrastro) (CEAV, 2016, p. 15). Adicionalmente, debe resaltarse que muchos de los casos que involucran violencia sexual en lo general, y en particular cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes se realizan en condiciones de ocultamiento, situación que genera en muchas ocasiones que no se cuenten con más elementos de prueba, que aquellos que se relacionan con el testimonio de las propias víctimas (La evaluación del abuso sexual infantil, 2004, p. 14).¹³ Lo anterior, precisamente refleja de manera

¹⁰ Se ha señalado que: "los casos de violencia contra niñas, niños y adolescentes son difícilmente denunciados, ya sea por temor al agresor, a la exposición pública, a la estigmatización, por desconfianza en las autoridades, por desconocimiento de los derechos o bien por la ausencia de mecanismos disponibles y accesibles para reportar y pedir ayuda" (Panorama estadístico de la violencia contra niñas, niños y adolescentes en México, 2018, p. 8).

¹¹ Por ejemplo: "En todo el mundo, alrededor de 15 millones de mujeres adolescentes de 15 a 19 años han sido víctimas de relaciones sexuales forzadas en algún momento de sus vidas". UNICEF (2017), "Una situación habitual. La violencia en la vida de los niños y los adolescentes. Datos fundamentales", México, UNICEF, p. 6.

¹² De acuerdo con una estimación realizada en función de los datos proporcionados por 15 organismos de procuración de justicia estatales, así como por la entonces Procuraduría General de la República, y que fueron contrastados con la estimación de "un porcentaje asignado a la "cifra negra" relacionada con delitos no denunciados, establecido por la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2014. Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. (2016), "Diagnóstico sobre la atención de la violencia sexual en México", México, Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, p. 6.

¹³ Por ejemplo, se ha sostenido que existen "una serie de características del abuso sexual infantil que hace que su confirmación – des confirmación extremadamente difícil. No suele haber testigos

general el contexto en donde se desarrolla el caso que fue analizado en el amparo directo en revisión 3797/2014, el cual se relaciona con un caso de abuso sexual infantil, y que, de alguna manera, presenta muchos de los elementos característicos de esta forma de violencia en contra de niñas, niños y adolescentes.

1. Dimensión penal del asunto

En el mes de abril del año 2010, la madre de una niña de 4 años acudió ante la Fiscalía Central de Investigación para Delitos Sexuales en el entonces Distrito Federal (hoy Ciudad de México) para denunciar que el padre de la niña había cometido una serie de hechos que eran constitutivos de abuso sexual (SCJN, 2015, p. 1).

Uno de los aspectos más interesantes del presente caso, tiene que ver con una circunstancia que, por desgracia, se presenta de manera constante en muchos casos de este tipo. La deficiencia en las investigaciones e integración de las carpetas de investigación de este tipo de delitos suele ocasionar que muchos casos no logren llegar a juicio, y que los hechos denunciados queden en completa impunidad. En el caso que aquí analizamos, puede decirse que, pese a que fue recibida la denuncia y el agente del Ministerio Público consignó el caso ante el Juez Vigésimo Cuarto de lo Penal en el Distrito Federal, y que este último libró una orden de aprehensión en contra del padre de la niña, al momento en que dicho juez tuvo que dictar el auto de plazo constitucional decretó la inmediata libertad del imputado por falta de elementos para procesar (SCJN, 2015, p. 2).

visuales, el culpable no confiesa, en ocasiones los padres niegan el abuso, los procedimientos policiales o los empleados por los servicios sociales son insuficientes, los indicadores conductuales tienen un valor diagnóstico irrelevante, a menudo no hay evidencias físicas del abuso, cuando las hay desaparecen en breve, algunas parecen ser poco específicas y además, la evidencia médica raras veces permite identificar a un agresor específico". Por ello: "estas limitaciones dejan pocas alternativas. La víctima es la única fuente de información restante". Garrido, E. y Masip, J. (2004), "La evaluación del abuso sexual infantil", Universidad de Salamanca, ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red. Disponible en: «<http://www.copmadrid.org/congresoredforense/>».

A pesar de que el agente del Ministerio Público se inconformó respecto a tal determinación, la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, confirmaría dicha liberación y la ausencia de elementos para seguir adelante con el procesamiento del caso (SCJN, 2015, p. 2).

Puede decirse que, en este caso, la búsqueda de justicia a través de la vía penal fue infructuosa, y que, como sucede en otros asuntos similares, los elementos que son utilizados para no inculpar a una persona en el proceso penal —como veremos más adelante— suelen tener un impacto negativo cuando se busca a partir de otras vías para generar alguna resolución que proteja a las niñas, niños y adolescentes.

2. Dimensión familiar del caso

De manera prácticamente simultánea a las acciones relacionadas con el ámbito penal, la madre de la niña víctima acudió el 27 de abril de 2010 ante un juzgado en materia familiar para solicitar, entre otros aspectos, la pérdida de la patria potestad por parte del padre de la niña, así como que se decretara la guardia y custodia provisional, y en su momento definitiva a favor de ella (SCJN, 2015, p. 2).

El proceso en materia civil tuvo diferentes vaivenes a lo largo de su desarrollo. En un primer momento, el Juez Trigésimo Quinto en Materia de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México resolvió darle la razón al padre de la niña, absolviéndole de perder la patria potestad. Frente a esta decisión se presentaron una serie de recursos, los cuales terminarían con una sentencia de amparo indirecto dictada por un tribunal colegiado de circuito, la cual ocasionaría que la Segunda Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia modificara su sentencia dando la razón a la madre de la niña y condenando al padre de la niña a la pérdida de la patria potestad.

Así, en contra de la sentencia definitiva emitida por la Segunda Sala de lo Familiar, el padre de la niña promovería una demanda de amparo directo la cual sería resuelta por el Primer Tribunal Colegiado en Materia

Civil del Primer Circuito, emitiendo una sentencia mediante la cual daría la razón al padre de la niña, a partir de una serie de razonamientos que, como señalaremos más adelante, afectan profundamente los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Llegados aquí, es necesario puntualizar un par de cosas. Resulta sumamente grave que un tribunal colegiado emita una sentencia violatoria de derechos humanos. Lo anterior, debido a que, en el sistema jurídico mexicano, el mecanismo para controvertir sentencias definitivas en segunda instancia es el amparo directo. Esta modalidad del juicio de amparo se conoce como "amparo uni-instancial" debido a que, una sentencia definitiva es revisada, en términos generales, sólo por el tribunal colegiado que conozca del asunto. Esta situación otorga la última palabra a los tribunales colegiados (por delegación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) para definir el resultado final de los asuntos. Por esta razón, la determinación que hace un tribunal colegiado sobre un asunto en particular, puede ser la última oportunidad para que una persona pueda acceder a una justicia adecuada y eficaz.

Adicionalmente y, como expondremos enseguida, en el caso que nos ocupa, el tribunal colegiado emitió una sentencia que afecta de manera muy grave los derechos de una niña víctima de abuso sexual ya que estableció una serie de afirmaciones orientadas a: i) negar el valor del testimonio de la niña; ii) asumir que el dicho de la niña se debía a un aleccionamiento por parte de su madre, aspecto que es justificado a partir de la reproducción de una serie de prejuicios sobre el testimonio infantil; y iii) quizá una de las cosas más graves que se presentan en el asunto tiene que ver con el empleo distorsionado de una serie de elementos teóricos que la psicología ha establecido sobre el desarrollo infantil que tenían como propósito desacreditar el testimonio de la niña.

De hecho, puede decirse que la emisión de la sentencia antes señalada afectaba gravemente la vida e integridad de una niña víctima de abuso sexual y le colocó en un grado muy importante de riesgo frente a la posibilidad de que la misma se tradujera en que la niña, se viese obligada a

mantener contacto con su agresor. Esta situación puso en una circunstancia muy complicada a la niña y a su madre, quienes tuvieron la fortuna de buscar opiniones entre diferentes grupos de abogadas y abogados a fin de que le pudieran orientar sobre la posibilidad de controvertir esta decisión. Puede decirse que, este caso tuvo la fortuna de poder ser revisado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, oportunidad que muchas otras víctimas quizá puedan no tener. El aspecto quizá más favorable de todo esto, es que, el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este tipo de asuntos suele generar criterios que impactan la situación que enfrentan otros casos similares que son conocidos por los tribunales nacionales.

Finalmente, la vía que se estableció para defender los derechos de la niña se abrió a partir de un mecanismo excepcional que existe en el amparo directo, que es el amparo directo en revisión. Este mecanismo permite que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda conocer de un asunto: cuando existan o subsistan problemas de constitucionalidad (es decir, cuando las sentencias de amparo directo resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieran sido planteadas en la demanda de amparo); pero que además de este tipo de problemas (de constitucionalidad) exista una cuestión relevante y trascendente (entendida fundamentalmente como la posibilidad de "dar lugar a un pronunciamiento 'novedoso' o de 'relevancia para el orden jurídico nacional'", o "cuando lo decidido en la sentencia recurrida pueda implicar el 'desconocimiento de un criterio' sostenido por la Suprema Corte en relación con alguna cuestión propiamente constitucional (SCJN, 2015, p. 36).

Por tanto, frente a la presentación del escrito de demanda de amparo directo en revisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que, este caso cumplía con todos estos requisitos. El Máximo Tribunal del país afirmó que subsistía un problema de constitucionalidad en la

sentencia debido a que "el Tribunal Colegiado realizó un pronunciamiento sobre distintas disposiciones de rango constitucional". En este punto, la Corte reconocería que el tema de constitucionalidad implicaba disposiciones constitucionales de fuente internacional contenidas en tratados ratificados por México.¹⁴

La propia Suprema Corte también afirmaría que el requisito de importancia y trascendencia se encontraba cumplido, ya que el caso planteaba la posibilidad de fijar criterios de relevancia "relacionados con: a) la incidencia del interés superior del niño en la forma de realizar entrevistas" que tienen como objeto obtener las declaraciones de niñas, niños y adolescentes "que se cree que han sufrido alguna clase de abuso sexual"; b) "los criterios para valorar la credibilidad de esas declaraciones"; y c) "el estándar de prueba para declarar probada la existencia de conductas que involucran alguna clase de abusos sexuales en juicios por pérdida de patria potestad" (SCJN, 2015, p. 36). Todo esto en el marco del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en procedimientos administrativos y judiciales.

Como puede verse, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que el presente, implicaría una enorme oportunidad para desarrollar un pronunciamiento que desarrollara los estándares relacionados con el testimonio de niñas, niños y adolescentes. Precisamente por ello, resulta de gran importancia analizar las preguntas constitucionales que se presentaron a partir de la sentencia del tribunal colegiado de circuito, que fue controvertida ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por la

¹⁴ Entre otros aspectos, la Suprema Corte de Justicia estableció que la sentencia del Tribunal Colegiado había interpretado el alcance de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes previstos en los artículos 8, 9 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; así como 19 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 4º de la Constitución Federal. Este planteamiento es interesante, ya que la Suprema Corte de Justicia reconoce como parte de los temas de constitucionalidad, la interpretación de normas constitucionales de fuente internacional, aspecto que da cuenta de uno de los efectos más destacados de la Reforma Constitucional de Derechos Humanos del año 2011.

madre de la niña con el acompañamiento de la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia.

II. Problemas de constitucionalidad relacionados con el testimonio de niñas, niños y adolescentes que han sido víctimas de violencia sexual

Uno de los principales obstáculos que se presentaron en este caso tiene que ver con, justamente, identificar cuáles eran los temas constitucionales que se encontraban en juego, ya que el propio Tribunal Constitucional mexicano había establecido que los temas relativos a la apreciación de las pruebas deberían considerarse como temas de mera "legalidad". En este punto quizá sea importante recordar que en materia de amparo, es posible que los tribunales examinen "cuestiones de legalidad" (cuando por ejemplo, una persona solicita por vía del juicio de amparo que se anule algún acto de la autoridad ya que la ley establecía una serie de requisitos, y alguno de ello no se cumplía, o bien se exigían más elementos que los que establece la ley que fuese aplicable); o bien temas de constitucionalidad (cuando lo que se reclama, es que algún acto o disposición legal es contraria a los principios constitucionales. Pues bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una serie de precedentes relevantes (SCJN, 2011 y SCJN, 2013, p. 296) había establecido que los temas de valoración de la prueba relacionados con niñas, niños y adolescentes debían considerarse como temas de "legalidad", ya que los aspectos relacionados con la prueba en un determinado asunto, generalmente tienen que ver con "las premisas fácticas (es decir los hechos del caso), más que con la determinación de un aspecto constitucional como podría ser la determinación de lo que es mejor para una niña o niño en un asunto (principio de interés superior) que si sería un tema de constitucionalidad" (SCJN, 2015, p. 37).

No obstante lo anterior, en diversos precedentes vinculados con la valoración de la prueba, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación había determinado que si bien los temas de "apreciación de las pruebas"

debían considerarse como temas de legalidad, abrió una excepción al señalar que "de manera extraordinaria" en aquellos "supuestos en donde para la apreciación de los hechos sea relevante el carácter de menor del sujeto sobre el que recae la prueba" esto se considerará relacionado con el interés superior del niño, y "será pertinente un análisis de constitucionalidad para establecer los parámetros que deben regir dicha valoración" (SCJN, 2015, p. 38).

Lo anterior, permitiría, por tanto, delimitar las preguntas de constitucionalidad que fueron planteadas por la madre de la niña, y que tenían como propósito que la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijara un criterio al respecto. A continuación, se presentan las preguntas de constitucionalidad que fueron planteadas por la representación jurídica de la niña y su madre a la Suprema Corte. Para asegurar una mejor comprensión de la relevancia de los temas que se presentaron a la Suprema Corte, en el presente artículo vincularemos tales preguntas de constitucionalidad con los argumentos vertidos por el Tribunal Colegiado, que dieron lugar a las mismas, aspecto que evidencia la relevancia de éstas.

1. ¿Cuáles son las condiciones y requisitos bajo los cuáles deben tomarse y valorarse los testimonios de las niñas, niños y adolescentes que son víctimas de violencia sexual desde la perspectiva de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado en la materia?

Esta pregunta surge debido a una serie de condiciones expuestas por el Tribunal Colegiado que estuvieron orientadas a desacreditar el valor de los diversos testimonios que fueron rendidos por la niña a lo largo de los procesos penal y familiar en el presente asunto. Si bien es cierto, el Tribunal Colegiado atinó a reconocer que la declaración de una niña, niño o adolescente "es una prueba fundamental para detectar el presunto abuso sexual" y reconoce que una parte importante de los procesos de victimización de personas menores de edad "ocurren en el ámbito privado", aspecto que ocasiona una imposibilidad para incorporar información proveniente

de testigos, y que en muchas ocasiones es difícil incluso poder recabar evidencias físicas debido a que existen algunos tipos de agresión física y sexual que no dejan huellas (Griesbach, 2005; y SCJN, 2015, p. 14),¹⁵ lo que también es cierto, es que justo estas consideraciones obligaban al propio tribunal a proteger de manera adecuada el testimonio de la víctima en el caso.

Es particularmente llamativo que la sentencia del Tribunal Colegiado recuperara una enorme cantidad de estándares internacionales aplicables al testimonio infantil, algunos otros relacionados con la relevancia del testimonio de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual extraídos de fuentes nacionales e internacionales importantes, los cuales a pesar de encontrarse en la sentencia, son dejados de lado al momento de realizar el análisis particular del caso. En este sentido, si se revisa la sentencia del Tribunal Colegiado podrá observarse como, luego de una amplísima recapitulación de los estándares que protegen la participación de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito, en un solo párrafo, al momento de "valorar" las declaraciones de la niña, dicho órgano llega a una conclusión demoledora que determinará los razonamientos de toda la sentencia: "Estas declaraciones (las de la niña víctima del caso) son insuficientes para tener por acreditado el abuso sexual que refirió la actora porque de las mismas se advierte que la menor fue dirigida o aleccionada" (SCJN, 2015, p. 17).

El Tribunal Colegiado justifica la tesis central de un supuesto aleccionamiento de la madre sobre la niña (por cierto, cuestión desgraciadamente muy frecuente en la conciencia de muchas y muchos operadores jurídicos) a partir de algunos argumentos centrales que suelen presentarse en muchas ocasiones para desacreditar o restar validez al testimonio

¹⁵ Estos elementos relacionados con las particularidades en que se desarrollan los delitos relacionados con la violencia sexual que sufren niñas, niños y adolescentes fueron extraídos por el tribunal colegiado de circuito.

de niñas, niños y adolescentes.¹⁶ Nos parece importante ilustrar los argumentos mediante los cuales el Tribunal Colegiado descalificó el testimonio de la niña en el presente caso, argumentando aleccionamiento, falsedad o confusión por parte de ella:

- a) Para el Tribunal Colegiado, el vínculo de confianza entre la niña y su madre es suficiente para sostener que la niña fue dirigida por su madre (por ejemplo, en su sentencia refirió que: cuando el juez de lo familiar le preguntó: ¿a qué había ido a ese lugar?, la niña respondió: "mi mamá me dijo que tenía que contarle algunas cosas al juez"). La niña brinda una serie de respuestas que son interpretadas por el órgano jurisdiccional como aleccionamiento, sin mayor justificación. En otras palabras, no puede entenderse la conclusión del Tribunal Colegiado, sino a partir del prejuicio de que un vínculo de confianza es evidencia, sin más de aleccionamiento;
- b) La falta de precisión de la niña para señalar las condiciones en que había sido víctima de abuso sexual inmediatamente sugiere al tribunal que hubo aleccionamiento (la niña no logra expresar con claridad en diversas actuaciones la parte del cuerpo del padre con la que le había agredido, y finalmente en una de las diligencias logra explicar que se refiere a los dedos del padre);
- c) La imposibilidad de la niña para referir de manera específica cuantas veces fue agredida por el padre fue interpretada como algo "confuso y contradictorio".
- d) Durante una de las diligencias frente al juez de lo familiar la niña modificó la identidad del agresor (en vez del padre, señala que fue el chofer del autobús). Es importante señalar que, durante esa diligencia, el propio Tribunal Colegiado reconoce que, durante la entrevista en cuestión, la niña veía directamente al padre (quien es el agresor en el caso) a través del cristal del cubículo en donde se

¹⁶ Más adelante se expone con más amplitud, algunos de los prejuicios que suelen reproducirse de manera frecuente en el ámbito de la procuración e impartición de justicia.

llevaba a cabo la diligencia (SCJN, 2015, p. 18). En realidad, es paradójico en este punto el razonamiento del Tribunal Colegiado. Dicho órgano jurisdiccional consideró, por una parte, que la presencia del presunto agresor no implica un factor de intimidación, y por el contrario, razona que cabía la "posibilidad de que ante la presencia de su padre" la niña se viera libre de influencia de su madre (SCJN, 2015, p. 18). En general, incluso el propio Tribunal Colegiado reconocería que la niña expresó al juez "que no quería ver a su padre, porque él le había hecho daño" y cuando se le cuestionó el significado "de hacer daño", sólo refirió que "es cuando alguien te hace algo malo". Sin embargo, la afirmación anterior es interpretada por el Tribunal como aleccionamiento, y refirió al respecto que la afirmación de la niña "significa que ya no tuvo conciencia sobre los hechos que inicialmente narró y que sólo se quedó con la versión de los adultos" (SCJN, 2015, pp. 18-19).

Es muy importante observar cómo este conjunto de argumentos conducirá al Tribunal a desacreditar de manera absoluta el testimonio de la niña. Para el Tribunal "todas las situaciones destacadas crean incertidumbre sobre la veracidad del abuso sexual", ya que, de acuerdo con dicho órgano jurisdiccional, las mismas "no guardan consistencia y coherencia, además de que nunca incluyen detalles que pudieran dar credibilidad al testimonio" (SCJN, 2015, p. 19). Es particularmente extraño que, el propio Tribunal advirtió que, durante las ocasiones en que la niña rindió su testimonio refirió una serie de detalles y circunstancias en las que se había generado el abuso, las cuales el Tribunal fue descalificando de manera sistemática argumentando, como ya vimos, inconsistencias, incoherencia, falta de claridad por parte ella y, finalmente, concluir que "sus narraciones no guardan consistencia y coherencia, además de que nunca incluyen detalles que puedan dar credibilidad al testimonio". Finalmente agregó que: "en ninguna de sus declaraciones se aprecia que hubiera referido circunstancias o acontecimientos específicos que se relacionaran con la acusación y que hicieran convincente lo que afirma" (SCJN, 2015, p. 19), y culmina afirmando que, en realidad, lo expuesto por la niña "se

trata de un recuerdo implantado en la mente de un menor de edad por una tercera persona" (SCJN, 2015, p. 19). A pesar de que la niña, durante el desarrollo de las diferentes declaraciones a las que fue sometida (tanto en los procesos penal como familiar) expresó una serie de elementos específicos (desde luego, con las particularidades de su edad, y que en ocasiones para una persona adulta podrían no ser claros, o incluso contradictorios o inconsistentes), el tribunal colegiado afirmó que la niña: "nunca refiere esas circunstancias que puedan dar credibilidad a su dicho, antes bien se aprecia una frase insertada en su memoria que ni siquiera comprende a cabalidad y que ha ido transformando con el transcurso del tiempo al igual que la percepción que tenía de la figura paterna." (SCJN, 2015, p. 20).

Otro aspecto que valdría la pena destacar, es que la sentencia en cuestión también llevó a cabo una desacreditación sistemática de los peritajes que se presentaron en el caso. Para el tribunal, a pesar de que las especialistas en psicología hubiesen concluido que "la pequeña presentaba alteraciones que son compatibles con aquellas que los especialistas han detectado en menores de edad que han sido abusados sexualmente" sostiene que tal sintomatología no fue constatada personalmente, sino que fue recibida a partir del testimonio de la madre (SCJN, 2015, p. 20). Esta situación posteriormente es contradicha por el propio Tribunal ya que, refirió que, incluso una psicóloga (adscrita a la Procuraduría General de Justicia del entonces Distrito Federal (hoy Ciudad de México) había señalado que la niña "si mostraba rasgos y síntomas propios de los menores que han sido víctimas de abuso sexual", y que su conclusión la había rendido, entre otros aspectos, a partir de "una sola declaración" de la niña (SCJN, 2015, p. 22). Más adelante, y frente a un señalamiento que de manera clara expresaría la niña a otra perita en relación con el abuso sufrido (en donde ella describe la conducta realizada por el padre), el tribunal descalificaría tal afirmación señalando que "no pudo obtener más datos de la menor que confirmaran el abuso, a pesar de ser especialista" (SCJN, 2015, p. 22). En pocas palabras, y sin acudir a un criterio especializado que le permitiera al tribunal determinar la validez de las declaraciones de la niña,

dicho órgano jurisdiccional simplemente resto cualquier valor probatorio a las intervenciones en psicología que le fueron practicadas a la niña.

Debe señalarse aquí, que otro aspecto que utilizó el Tribunal Colegiado para descalificar el testimonio de la niña tiene que ver con una práctica muy extendida en muchos tribunales e instituciones que consiste en someter a niñas, niños y adolescentes a una reiteración de intervenciones sobre los mismos hechos. En este sentido, debe decirse que, si bien es cierto que someter a niñas, niños y adolescentes a interrogatorios constantes con técnicas inadecuadas (como sería la práctica de interrogatorios a preguntas cerradas) afecta no sólo la integridad de niñas, niños y adolescentes sino que también repercute en la calidad del testimonio mismo, lo que no debería suceder en un proceso judicial es que, además de someter a una persona menor de edad a procesos de revictimización derivados de interrogatorios múltiples y mal practicados, eso sea utilizado posteriormente por los juzgados para descalificar de manera absoluta el testimonio de las niñas, niños y adolescentes.

Finalmente, el Tribunal Colegiado descalificaría el testimonio de la madre de la niña a partir de las siguientes premisas: a) Asume que hubo un aleccionamiento por parte de ella, derivado del conflicto de pareja que tenía con el padre de la niña; b) El tribunal infiere que los síntomas relacionados con el abuso de la niña fueron una invención de la madre, sin dar mayor justificación a tales afirmaciones, y c) Advierte que la madre no fue testigo presencial de los hechos y, advierte que no existió una prueba ginecológica que demostrara la existencia de lesiones o datos clínicos de enfermedad sexual, no obstante que muchos casos de violencia sexual, pueden no presentar estos datos clínicos y que este tipo de delitos es de realización oculta, razón por la cual suele no existir testigos de los hechos más allá de las propias víctimas.

Como puede observarse, esta pregunta de constitucionalidad constituye el eje más relevante de la sentencia, y se relaciona con dos aspectos que se analizarán más adelante. Por un lado, el derecho de niñas, niños y

adolescentes a participar en procedimientos administrativos y judiciales, y por el otro, las condiciones en que debería producirse y evaluarse el testimonio infantil.

2. ¿Cuál es el estándar de prueba que debería aplicarse a casos en materia familiar en donde se plantea la existencia de un caso de abuso sexual en contra de niñas, niños y adolescentes?

El segundo aspecto que la representación jurídica de la niña y su madre pusieron sobre la mesa tiene que ver con el llamado estándar de prueba que se exige para determinar que un determinado hecho se encuentra probado. Es conocido que, en el derecho penal, como apunta la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, el estándar de prueba que se exige para considerar que una persona es penalmente responsable, y por tanto, debe ser sancionada, es considerablemente alto o exigente (SCJN, 2015, p. 91). En otras palabras, en el derecho penal se exige que un órgano jurisdiccional tenga por cierto algo, "más allá de toda duda razonable" para condenar a una persona, ya que, si existiera "una duda razonable" sobre un determinado hecho o que la persona cometió un delito, resultaría inadecuado condenar a una persona.

En otras palabras, parecería ser que el Tribunal Colegiado no sólo restaría valor probatorio y credibilidad a los testimonios de la niña, participación de especialistas en psicología, sino que además, y a partir de una serie de expresiones contenidas en la sentencia, se infiere que el Tribunal Colegiado estaría planteando un estándar de prueba exigente para decretar la pérdida de la patria potestad al padre de la niña. Lo anterior es así, ya que para dicho órgano jurisdiccional las pruebas y elementos con los que contaba no eran "convincientes ni categóricos" para tener por probada la existencia del abuso sexual, aspecto que revela, que si bien, podría llegar a tener algunas dudas sobre lo ocurrido, el Tribunal requeriría tener una mayor certeza para tomar una determinación al respecto.

La representación jurídica de la niña y su madre consideraron que el nivel de exigencia que estableció el Tribunal Colegiado en el caso constituían una exigencia desproporcionada para aquellos casos que se planteaban en el ámbito familiar, y cuyo propósito tendría que ser la determinación de medidas de protección para niñas, niños y adolescentes, a diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, en donde la finalidad se coloca en evitar consecuencias desproporcionadas a quien aparece como persona inculpada. Dicho de otra manera, en el ámbito familiar bastaría la existencia de una duda sobre la existencia de un caso de abuso sexual, para que los tribunales adoptaran todas las medidas de protección a favor que evitaran que niñas, niños y adolescentes fuesen expuestos a algún riesgo.

Esta segunda pregunta, resulta de gran relevancia, ya que se encuentra asociada el grado de certeza que los tribunales requieren para tomar acciones adecuadas a fin de garantizar una protección adecuada de niñas, niños y adolescentes. Debido a que este constituye un tema de gran relevancia que requeriría un abordaje amplio, el estudio en particular de esta pregunta no será abordado en el presente artículo. Sirva simplemente señalar, que en el caso que aquí analizamos, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia dio la razón a la madre de la niña y determinó que, en los casos en que se presentan temas vinculados con los derechos de niñas, niños y adolescentes y su protección, como sucede en el presente caso (ello particularmente cuando se comprende que figuras como la patria potestad constituyen derechos de niñas, niños y adolescentes a contar con un mecanismo de representación y apoyo, y no como un derecho de personas adultas), entonces el estándar de prueba tiene que reducirse, con lo cual se pretende reducir los costos que una mala decisión puede ocasionar en perjuicio de niñas, niños y adolescentes. La Corte denominó a este nivel de exigencia como "estándar de la probabilidad prevalente" y tiene como implicación que la existencia de un nivel razonable de dudas sobre un evento que pone en riesgo la integridad o derechos de una niña, niño o adolescente, justificaría una decisión que proteja tales derechos (SCJN, 2015, pp. 96-97).

III. El derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en procedimientos administrativos y judiciales

Las personas tienen derecho a participar en los procedimientos administrativos y judiciales en los que sus intereses se ven afectados. Esta cuestión, que parece obvia, en realidad, durante mucho tiempo no ha estado al alcance de las personas menores de edad. Como dijimos al inicio del presente estudio, las condiciones y reglas de los sistemas de justicia suelen generar condiciones de exclusión hacia diferentes grupos de personas, entre los que se encuentran niñas, niños y adolescentes.

Para la resolución del caso que analizamos en este artículo (amparo directo en revisión 3797/2014) la Suprema Corte de Justicia de la Nación llevó a cabo un repaso muy importante sobre las implicaciones del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en aquellos asuntos que les afecten (SCJN, 2012).¹⁷ En este punto, nos interesa, en un primer momento mostrar, algunos elementos que determinan el alcance y la orientación que debería asegurarse al derecho de participación de niñas, niños y adolescentes en procesos administrativos y judiciales, para posteriormente mostrar dos de las principales dimensiones en las que este derecho se materializa en el marco de los procesos relacionados con el testimonio infantil: a) La participación vinculada con el testimonio; y b) El derecho de niñas niños y adolescentes para expresar sus opiniones en los asuntos que les afectan.

Por tanto, y como una cuestión preliminar es necesario referirnos al conjunto de obstáculos que suelen presentarse en los sistemas de justicia

¹⁷ En este punto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación refirió que el derecho de participación de niñas, niños y adolescentes "representa un caso especial dentro de los llamados derechos 'instrumentales' o 'procedimentales', ya que este tipo de derechos posee una importancia dual, ya que, por un lado, debe reconocerse como un derecho autónomo, y por el otro, se erige 'como garantía de otros derechos fundamentales'" Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 24 de octubre de 2012.

para que las personas puedan participar en los casos que afectan sus derechos. En el caso de niñas, niños y adolescentes, como expusimos anteriormente, los sistemas de justicia suelen estar pensados en función de las características y necesidades de las personas adultas, razón por la cual en términos generales, deberíamos asumir que la configuración de origen de tales sistemas suele generar importantes barreras que afectan las posibilidades y condiciones para que las personas menores de edad puedan ejercer sus derechos. Por esta razón, es muy importante no perder de vista que, el derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en procedimientos administrativos y judiciales supone la necesidad de que los sistemas de justicia lleven a cabo importantes adaptaciones (adecuaciones) a fin de tener presente que niñas, niños y adolescentes poseen características particulares de carácter cognitivo y emocional, así como algunas otras vinculadas con su proceso de desarrollo (Corte IDH, 2018, p. 158).¹⁸

Este conjunto de adaptaciones (adecuaciones procesales) se encuentran vinculadas con dos propósitos fundamentales: a) El primero, reconocer a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos que deben participar en condiciones de igualdad sustancial (pero incluso, como sujetos de derechos, asumir que debe protegerse su integridad y derechos), y b) El segundo, permitir que las y los juzgadores puedan allegarse de aquellos elementos que son necesarios para resolver un asunto que requiera la participación infantil (SCJN, 2012, p. 30).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha reconocido, en sintonía con otros precedentes de derecho comparado¹⁹ que existen

¹⁸ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los impactos específicos que sufren las personas menores de edad se traducen en el deber estatal de organizar el sistema de justicia, de manera tal que el actuar de las autoridades conforme a la debida diligencia implique la adopción de una serie de medidas y el desarrollo de un proceso adaptado a las niñas, niños y adolescente. Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Disponible en: [«https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf»](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf).

¹⁹ Para los propósitos de esta sección, fundamentalmente realizaremos un proceso de comparación y complementación de los estándares que se desarrollaron recientemente por la Corte Interamericana

diferentes aspectos (o lineamientos) que deberían ser considerados por las instancias de justicia para permitir el pleno acceso de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos o judiciales, entre los que destacan:

- a. **Todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar en condiciones de igualdad.** La edad biológica de niñas, niños y adolescentes no debería ser un criterio determinante para su participación (SCJN, 2012). En este punto, la Suprema Corte considera que el grado de madurez de una niña, niño o adolescentes sí podría ser un aspecto que afecte el derecho de participación.²⁰ Nosotros diferimos de este criterio, ya que consideramos que el Estado debe adoptar todas las medidas especializadas necesarias para asegurar la participación de niñas, niños y adolescentes independientemente de su edad, y que otra cosa distinta sería el valor que se otorga a la opinión de las personas menores de edad, en función de una evaluación que tome en consideración la garantía integral de sus derechos, en el marco de su interés superior.
- b. **La participación no debería generar afectaciones a las niñas, niños y adolescentes.** Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la participación de niñas, niños y adolescentes "no debería redundar en perjuicio de su interés genuino" (Corte IDH, 2018, p. 159). La Suprema Corte de Justicia de México afirmará

a propósito del Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, en donde se fijaron estándares para la participación infantil en procesos penales. Es importante no perder de vista, que las condiciones para la participación infantil deberían reunir las mismas características independientemente del tipo de proceso administrativo o judicial que se instrumente. De tal manera, resulta relevante recordar que el Amparo Directo en Revisión 3797/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México analizó un caso en sede familiar, aplicando estándares muy similares a los utilizados por la Corte Interamericana a propósito del caso en materia penal sobre el que conoció contra Nicaragua.

²⁰ Incluso, se ha reconocido la importancia de asegurar que: "Los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral". Consejo Económico y Social (2005), Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. E/2005/INF/2/Add.1. Sección V.10. Disponible en: «https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf».

en este mismo sentido que debería evitarse la práctica desconsiderada del ejercicio de este derecho (SCJN, 2015, p. 41).²¹

- c. **Debe garantizarse en todo momento la privacidad y confidencialidad de la información.** De acuerdo con la Suprema Corte de México, es importante que se consulte a niñas, niños y adolescentes "sobre la confidencialidad de sus declaraciones..." "para evitarles un conflicto que pueda afectar su salud mental o, en general, su bienestar. Por su parte el Tribunal Interamericano ha reconocido que, "las autoridades estatales deberán respetar en todo momento" la intimidad de las víctimas, así como la confidencialidad de la información, evitando "su exposición al público, adoptando las medidas que sean necesarias para evitar sufrimiento durante el proceso y causarle ulteriores daños" (Corte IDH, 2018, p. 167).
- d. **Debe evitarse entrevistar en más ocasiones que las necesarias a niñas, niños y adolescentes.** Debería evitarse entrevistar a niñas, niños y adolescentes "en más ocasiones que las necesarias" (SCJN, 2015, p. 41). Es importante resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido que en aquellos casos en que se considere que la participación de niñas, niños y adolescentes "resulte necesaria y puede contribuir con la recolección del material probatorio, debe evitarse en todo momento la revictimización", y que su participación se deberá limitar a las "diligencias y actuaciones en donde su participación se estime estrictamente necesaria y se evitará la presencia e interacción" de niñas, niños y adolescentes con sus agresores (Corte IDH, 2018; y Consejo Económico y Social, 2005).²²

²¹ Véase también: Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 24 de octubre de 2012.

²² Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos esta situación es fundamental "ya que las niñas, niños y adolescentes víctimas, en particular de violencia sexual, pueden experimentar graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales causadas por el hecho violatorio de sus derechos, así como una nueva victimización a manos de los órganos del Estado a través de su participación en un proceso penal.". Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Disponible en:

- e. **Obligación de informar a niñas, niños y adolescentes el sentido y propósito de su participación en un lenguaje accesible.** De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, es necesario que las niñas, niños y adolescentes que intervendrán en un proceso judicial "sean informados en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento y su derecho a participar" (SCJN, 2015, p. 41; y Consejo Económico y Social, 2005). La Corte Interamericana, por su parte, ha reconocido que, por una parte, "niñas, niños y adolescentes deben ser tratados a lo largo del proceso penal "con tacto y sensibilidad", y que resulta fundamental que se les explique "la razón y utilidad de las diligencias a llevarse a cabo" (Corte IDH, 2018, p. 166).
- f. **Es necesario garantizar un acompañamiento especializado y multidisciplinario en todas las fases de los procedimientos.** De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, es necesario preparar la entrevista en la que participarán, aspecto que según el tribunal mexicano requeriría que sean informados "en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento", garantizando que "su participación es voluntaria" (SCJN, 2015, p. 41). La Corte Interamericana establece un estándar más amplio que incluiría y complementaría los elementos referidos por el tribunal mexicano. En este punto, para el tribunal interamericano es importante que los Estados no sólo eviten la revictimización de niñas, niños y adolescentes, sino que deben generar todo un conjunto de "condiciones adecuadas" para que las personas menores de edad "puedan participar de forma efectiva". Esta actuación por parte del Estado no sólo se limitaría a la preparación de la entrevista con una niña, niño o adolescente, o que las y los juzgadores se reúnan con especialistas "previamente", sino que el tribunal

«https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf». Véase también: Consejo Económico y Social (2005), Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. E/2005/INF/2/Add.1. Sección V.10. Disponible en: «https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf».

interamericano afirmará que "la actuación estatal deberá estar encaminada a la protección reforzada de sus derechos, a través de la actuación multidisciplinaria y coordinada de las agencias estatales de protección y apoyo psicosocial, investigación y juzgamiento" (Corte IDH, 2018, p. 165). Para la Corte Interamericana, en la medida de lo posible debería buscarse que sea la misma persona (especialista) quien pueda acompañar a una niña, niños o adolescente a lo largo de un proceso penal (Corte IDH, 2018, p. 165).

- g. La entrevista debe ser llevada por un especialista en testimonio infantil, utilizando técnicas adecuadas.** Dentro de los requisitos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera, deben estar presentes en cualquier entrevista en donde participe una niña, niño o adolescente en el marco de un procedimiento administrativo o judicial, el tribunal mexicano estima que, durante la diligencia debe comparecer el especialista en temas de niñez que (previamente) se haya reunido con la o el juzgador (SCJN, 2015, p. 42). La Corte Interamericana refiere en particular que "la entrevista deberá llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en este tipo de declaraciones" (Corte IDH, 2018, p. 168).
- h. El entorno de participación debería ser adecuado.** Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, otro aspecto que debería enmarcar la participación de niñas, niños y adolescentes tiene que ver con la necesidad de que el lugar en donde se lleva a cabo la entrevista no debería representar "un ambiente hostil para los intereses del niño" y que en el mismo "pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones" (SCJN, 2015, p. 42). Para la Corte Interamericana, y de la mano con diversos pronunciamientos a nivel internacional, los Estados deben garantizar que los procesos en donde intervengan niñas, niños o adolescentes se desarrollen en un "entorno que no sea hostil, insensible o inadecuado" de modo que las personas menores de edad se sientan respetadas, y seguras al momento de expresar su opinión "en un

- entorno físico, psíquico y emocional adecuado" (Corte IDH, 2018, p. 166).
- i. **Obligación de registrar el testimonio a través de medios electrónicos.** El testimonio o declaración de niñas, niños y adolescentes debería ser registrado a través de medios tecnológicos. De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación el registro íntegro de la declaración o testimonio de niñas, niños y adolescentes debería realizarse "mediante una transcripción de toda la diligencia o con los medios electrónicos al alcance del juzgado o tribunal que permitan el registro del audio" (SCJN, 2015, p. 42).
 - j. **Habilitación de dispositivos especiales para seguir el desarrollo de una declaración.** En este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que distintos países han adoptado como buenas prácticas, "el uso de dispositivos especiales como la Cámara de Gessell o Circuitos cerrados de televisión (CCTV)" los cuales tienen la virtud de permitir "a las autoridades y a las partes" el desarrollo "de la declaración de la niña, niño o adolescentes desde el exterior, a fin de minimizar cualquier efecto revictimizante" (Corte IDH, 2018, p. 168).
 - k. **Los órganos jurisdiccionales deberían abstenerse de entrevistar directamente a niñas, niños y adolescentes.** Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta de enorme importancia evitar que los órganos jurisdiccionales o las partes en un proceso judicial lleven a cabo directamente las entrevistas (Corte IDH, 2018, p. 168). Lo anterior es así, debido a que, como se ha señalado previamente las características de niñas, niños y adolescentes, y particularmente aquellos aspectos vinculados con su desarrollo cognitivo y emocional, requieren que las entrevistas sean conducidas por especialistas en el ámbito del testimonio infantil, que puedan aplicar las técnicas adecuadas para ello.

Como se puede ver, el derecho de participación de niñas, niños y adolescentes debe cumplir con una gran cantidad de condiciones que permitan

superar los obstáculos en el acceso a la justicia que suelen enfrentar debido a las condiciones tan adversas a las que los sistemas de justicia les someten, justo cuando no tienen en cuenta sus características y elementos específicos que les distinguen.

1. Distinción entre el testimonio infantil y el derecho a expresar su opinión sobre un asunto que le afecta

Una vez que se han expuesto algunos elementos que deberían orientar el derecho de participación, nos gustaría poner sobre la mesa otro aspecto relevante para la protección efectiva de niñas, niños y adolescentes en procedimientos administrativos y judiciales. Este aspecto, como habíamos anunciado previamente, tiene que ver con las dos dimensiones en que se materializa el derecho de participación de las personas menores de edad. En este punto, vale la pena tener en cuenta dos ámbitos en donde este derecho se proyecta. El primero de ellos, relacionado con aquellas circunstancias en las que se solicita a niñas, niños y adolescentes que describan una circunstancia vivida, es decir, hechos que han presenciado, y en donde deberán presentar su testimonio ante los órganos jurisdiccionales. Por otra parte, la segunda dimensión en que se proyecta el ejercicio de este derecho tiene que ver con el derecho a opinar sobre las circunstancias que les aquejan, en otras palabras, el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar su punto de vista en aquellos asuntos que les aquejan, derecho que responde al reconocimiento de su autonomía personal.

Debe destacarse que, sobre este último aspecto (el derecho a opinar) la Suprema Corte de Justicia de México cuenta con un amplio desarrollo jurisprudencial. El tribunal mexicano ha sostenido, por ejemplo, que el derecho a expresar su opinión debería ser valorado, y las y los juzgadores deberían "ser especialmente cuidadoso[s]" al valorar dicha opinión junto con "el resto del material probatorio, de manera que se vea adecuadamente porque sus derechos sean debidamente protegidos", y que en la medida que "el niño o la niña madura sus opiniones deberán tener

cada vez más peso en la evaluación de su interés superior (SCJN, 2015b).²³ De la misma manera, se ha reconocido que la opinión de niñas, niños y adolescentes constituye un elemento más, dentro del conjunto de derechos que deben ser analizados de manera integral para determinar el interés superior de las personas menores de edad. Por ello, es posible que, dadas las circunstancias de un caso, y la evaluación integral de derechos que podrían ser afectados con una decisión, un órgano jurisdiccional no asigne un peso determinante a la opinión de niñas y niños frente a otros derechos que, en un determinado caso, orienten la decisión judicial. Para la Suprema Corte de Justicia de México, niñas, niños y adolescentes deberían poder manifestar o expresar su opinión en un caso, con independencia de que, a juicio del propio órgano jurisdiccional, la persona menor de edad en cuestión no se encuentre preparada para manifestarse en relación con el tema consultado (SCJN, 2015b).²⁴

En suma, una vertiente importante del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en procedimientos administrativos y judiciales se relaciona con la posibilidad de expresar "lo que deseen sobre un tema particular", por ejemplo, un juez familiar requeriría que una niña, niño o adolescente le exprese en un juicio sobre custodia en dónde preferiría vivir, o que aspectos de la vida preferiría evitar, etc. (Procedimiento único para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito a través de su testimonial protegida y especializada, 2018). Es importante distinguir el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar opiniones o necesidades, de otros espacios de participación en donde su presencia es relevante para poder conocer ciertos hechos que han vivido, y en donde se les pide que participen a través del recuerdo (que muchas veces envuelve situaciones dolorosas) y rindan testimonio sobre ello. Precisamente esta segunda dimensión del derecho a participar en proce-

²³ Véase también: Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre de 2015, p. 43.

²⁴ *Ibidem*, p. 44.

dimientos administrativos y judiciales será analizada en la siguiente sección de este artículo, ya que constituye uno de los principales aspectos analizados en la sentencia que se estudia en el presente artículo.

IV. Estándares para la toma y valoración del testimonio infantil

Con el propósito de analizar las peculiaridades y exigencias que se plantean en relación con el tema de la toma y valoración de las declaraciones infantiles, que forma parte, como hemos visto del derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en procedimientos administrativos o judiciales, a continuación, expondremos algunas de sus implicaciones más relevantes, a partir de comprender las características más importantes que se presentan en el marco del desarrollo cognitivo y emocional de las personas menores de edad, y que determinan por tanto las condiciones en que ellas y ellos acceden a la justicia.

Las personas menores de edad, como ya hemos sostenido aquí, no cuentan con la posibilidad de satisfacer las exigencias requeridas para participar en un proceso de justicia tradicional, debido a que, entre otros aspectos, carecen de la capacidad para actuar y promover su interés frente a las formalidades y complejidad de los procesos judiciales. Puede afirmarse que, debido a las condiciones estructurales que se presentan en los sistemas de justicia, niñas, niños y adolescentes enfrentan enormes obstáculos para participar de manera directa en la producción de su testimonio ante los tribunales.

Por una parte, debemos tener presente que las características neurológicas de las niñas, niños y adolescentes les diferencian significativamente de las personas adultas. De acuerdo con algunos estudios psicológicos, parece ser que no es sino después de los veinte años, que el cerebro humano crea las sinapsis clave que son necesarias para el ejercicio de las funciones mentales más complejas (McCain y Mustard, 2002, pp. 32 y 37). Es sabido que el pensamiento abstracto y empático (que implica la posibilidad de analizar variables y ponerse en el lugar de otra persona)

permite a las personas comprender procedimientos complejos como sucede generalmente en los procesos de justicia, así como poder expresar con claridad las vivencias propias de manera que otras personas puedan entender aquellos que se explica. En términos generales, puede decirse que niñas, niños y adolescentes carecen de la capacidad neuronal para realizar estas funciones más complejas (Castañer, 2018).²⁵

Adicionalmente, debemos recordar que los primeros dieciocho años de la vida de una persona se caracterizan, de mayor a menor medida, por un pensamiento concreto y egocéntrico (Piaget, 1991; y Esquivel, F.; Heredia, M.C.; Lucio, E, 2007). Aunado a ello, en las personas menores de edad predomina la incapacidad para gobernar las emociones propias y, en casos de angustia aguda, la aparición de mecanismos de defensa (Freudian Defense Mechanisms and Empirical Findings in Modern Social Psychology, 1998).²⁶ Además de las características estructurales propias del desarrollo humano, en la infancia y la adolescencia se presentan otros aspectos, como la escasa experiencia personal y conocimiento general. En su conjunto, las niñas, niños y adolescentes enfrentan enormes obstáculos y retos al participar en los procesos de justicia y, en particular, para que su testimonio sea tomado en cuenta (Rozanski, 2003).²⁷

²⁵ Se ha sostenido, por ejemplo, que "existen estudios que afirman que la mayoría de las personas no accede a la capacidad de pensamiento hipotético deductivo aplicable de manera práctica sino después de los 22 años" Castañer, A. (2018), "Características de la Infancia y su Impacto frente a la Justicia", Anexo 2, en Griesbach Guizar, M., Pliego Pérez, y Gil Bartomeu, M. (coords.), *Procedimiento único para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito a través de su testimonial protegida y especializada*, México, SAPCOV.

²⁶ Para una revisión más amplia del papel de los mecanismos de defensa en la protección de la persona. Baumeister, R.F, Dale, K., y Sommer, K. (1998) "Freudian Defense Mechanisms and Empirical Findings in Modern Social Psychology: Reaction Formation, Projection, Displacement, Undoing, Isolation, Sublimation, and Denial", *Journal of Personality*, Volumen 66, Tema 6, diciembre, pp. 1081-1083.

²⁷ Carlos Rozansky, por ejemplo, refiere un conjunto de aspectos que afectan la participación de niñas, niños y adolescentes que han sido víctimas de abuso sexual. Entre estos elementos se encuentran: "la edad, la cronicidad del abuso, la figura del victimario, entre otros aspectos". Todos estos elementos sumados a las dificultades propias para verbalizar hechos tan graves como un abuso sexual son elementos que, sin duda, ocasionan importantes obstáculos en el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. Rozanski, C.A. (2003), "Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar?", Buenos Aires, Ediciones B, pp. 156-160.

Algunos de los retos frecuentes a los que se enfrentan niñas, niños y adolescentes cuando rinden un testimonio en los procesos de justicia son:

- Que no comprenden el proceso de justicia y su potencial protector. Sostienen temores infundados como que, por ejemplo, la autoridad le regañará o castigará. Estos temores se exacerban por la culpa comúnmente vivida debido a su condición de víctima de algún acto de violencia (Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles, 2005, pp. 24, 39 y 40).
- No entienden las razones por las cuales se le hacen preguntas y tienden a interpretar las preguntas como indicación de que no son creídos. Cuando las preguntas son repetitivas o se les pide narrar lo mismo en diversas ocasiones, la sensación de descreimiento crece y genera impactos emocionales negativos (Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles, 2005, p. 68).
- Narran de manera desordenada y fragmentada su propia vivencia. Refieren únicamente los aspectos que le son subjetivamente importantes sin considerar la capacidad de comprensión de quien escucha. Las preguntas suelen desviar su atención de aquello que estaba narrando, sin que tengan la capacidad de retomar, por sí mismos, el hilo narrativo que antecedió a la interrogación (Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles, 2005, p. 37).
- La angustia generada por el contacto con las autoridades puede incrementarse de manera incontrolable, debido a la existencia de preguntas que no comprenden, y simplemente debido a que los cuestionamientos se vinculan con una experiencia asociada con un evento traumático. La incapacidad de niñas, niños y adolescentes para gobernar las propias emociones les lleva a emitir respuestas cortas, complacientes o a silenciarse por completo (Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles, 2005, p. 43).

Frente a los aspectos anteriormente señalados, los sistemas de justicia enfrentan un reto enorme. Por un lado, niñas, niños y adolescentes tienen

derecho a exponer y denunciar lo que han vivido, pero, por otra parte, su testimonio constituye un insumo indispensable para el esclarecimiento de lo sucedido y la impartición de justicia. Por ello, el Estado se encuentra obligado a eliminar los obstáculos en el acceso a la justicia que enfrentan las personas menores de edad. En particular, debe garantizar la adecuada producción (toma) y valoración del testimonio infantil.

Consideramos importante destacar aquí, algunas consideraciones que el amparo directo en revisión recupera en relación con el testimonio infantil que, de alguna manera, permiten llenar los vacíos existentes en los sistemas de justicia que han sido narrados anteriormente. Para ello, dividiremos las aportaciones de la sentencia del tribunal constitucional mexicano en los siguientes apartados: a) Relevancia de la narrativa libre como fundamento de las intervenciones con niñas, niños y adolescentes; b) Importancia de la inmediatez para la obtención del testimonio infantil; c) El elemento de especialización en la producción del testimonio en niñas, niños y adolescentes; y d) La necesidad de confrontar y superar los prejuicios vinculados con el testimonio infantil.

1. Relevancia de la narrativa libre como fundamento de las intervenciones con niñas, niños y adolescentes

En primer término, en el amparo directo en revisión que se analiza en el presente artículo, la Suprema Corte de Justicia razonó que la testimonial infantil debería obtenerse a través de una entrevista investigativa o cognitiva (SCJN, 2015, p. 55). En este punto, resulta de particular relevancia advertir el contraste de este tipo de técnicas con el formato de interrogatorio que tradicionalmente ha sido utilizado en los contextos de justicia. Por múltiples razones, llevar a cabo un interrogatorio basado en preguntas, de acuerdo con el esquema tradicional, resulta nocivo para las niñas, niños y adolescentes, pero también perjudicial para la

calidad y validez del testimonio (Guía para la Evaluación del Abuso Sexual Infantil, 2008).²⁸

Un aspecto que hemos encontrado de manera constante en la interacción con operadoras y operadores de justicia tiene que ver con la preocupación sobre el efecto inductivo o sugestivo de las preguntas en el dicho infantil. En este punto, nos interesa poner de relieve las preguntas, más que crear recuerdos o vivencias falsas en la mente de niñas, niños o adolescentes, suelen provocar respuestas complacientes por parte de ellas y ellos (UNICEF, 2010).²⁹ Lo anterior es así, debido a que las personas adultas suelen generar en niñas, niños y adolescentes una suerte de autoridad moral, lo cual ocasiona una tendencia de las personas menores de edad para buscar complacerles. Esta situación tiene como consecuencia que, en muchos momentos niñas y niños respondan afirmativamente preguntas cerradas, incluso cuando la premisa de la pregunta se incorrecta. Lo anterior no significa que una niña o niño crea que la premisa sea cierta, o que sea su derecho engañar a quien le entrevista, sino más bien que la reacción que tendrán ante dicha interrogante consistirá en tratar de brindar la respuesta que espera sea "correcta" para la persona adulta.

Un efecto similar ocurre cuando a una persona menor de edad se le formulan preguntas que utilizan conceptos que, debido a su proceso de desarrollo cognitivo, no puede manejar. En la primera infancia, por ejemplo, es sabido que las personas carecen de la capacidad para mane-

²⁸ Así, por ejemplo, se ha sostenido que: "El adulto que lo interroga [a una niña, niño o adolescente] puede desempeñar un papel facilitador del recurso del niño o bien convertirse en un factor de interferencia, incluso contaminante, si utiliza preguntas sugerentes". Cantón Duarte, J. y Cortés Arboleda, M. del R. (2008), "Guía para la Evaluación del Abuso Sexual Infantil", Madrid, Pirámide, p. 127.

²⁹ Se ha sostenido por ejemplo que: "En específico, las investigaciones han demostrado que es durante la etapa de relato libre cuando se consigue información más valiosa, y que tanto la utilización de preguntas inapropiadas o realizadas fuera de tiempo como la falta de preguntas adecuadas, no sólo generan límites y restricciones en las respuestas de los NNyA, sino que también pueden confundirla y afectar negativamente la precisión y completitud de su relato". UNICEF (2010), "Guía de buenas prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos y obtención de pruebas válidas para el proceso", Buenos Aires, p. 44.

jar conceptos abstractos, como sucedería, por ejemplo, con las fechas-calendario u otras nociones que son producto de una convención social, es decir, que se trate de objetos que no son tangibles (Piaget, 1991). Por ello, la respuesta de una niña o niño frente a las preguntas formuladas por la autoridad de una persona adulta, le llevarán a proveer una respuesta, aun cuando el significado de ésta sea subjetiva y distinta a la socialmente convenida, aspecto que genera en las personas que escuchan aquello, una enorme confusión. Así, por ejemplo, ante la pregunta de cuándo sucedió un determinado evento, una niña o niño pequeño podrá responder nombrando un mes o un día cualquiera simplemente para cumplir con el deber que se ha autoimpuesto de contestar.

Por otra parte, queremos mencionar que, en el esquema del interrogatorio convencional (que se aplica en la justicia con personas adultas), incluso cuando a las niñas, niños y adolescentes les son formuladas preguntas adecuadas a su edad y grado de desarrollo, estas desvían la narrativa infantil (la sentencia en el caso que aquí se analiza, reconoce la necesidad de utilizar "distintas técnicas con el objetivo de obtener del menor "datos no contaminados sobre el evento de abuso sexual") (SCJN, 2015, p. 55). Lo anterior es así, ya que debemos recordar que las personas menores de edad narran a golpe de recuerdos utilizando un hilo subjetivo (Guía para la Evaluación del Abuso Sexual Infantil, 2008, p. 127).³⁰ La interrupción de esa narración por la realización de una pregunta suele desviar el hilo propio de la narrativa de las personas menores de edad.³¹ A diferencia de

³⁰ Se ha sostenido por ejemplo que: "El hilo narrativo que sigue no es aquel que puede entenderse desde fuera, por un interlocutor, sino el que su subjetividad dicta, regido invariablemente por lo que experimentó. La narración de todo niño, niña o adolescente es subjetiva y egocéntrica", Castañer, A. (2018), "Características de la Infancia y su Impacto frente a la Justicia", Anexo 2, en Griesbach Guizar, M., Pliego Pérez, y Gil Bartomeu, M. (coords.), *Procedimiento único para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito a través de su testimonial protegida y especializada*, México, SAPCOV.

³¹ Debemos recordar que incluso se ha reconocido que los Estados deben velar "porque los niños víctimas y testigos de delitos puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia, sus preocupaciones acerca de su seguridad en relación con el acusado, la manera en que prefieren prestar testimonio y sus sentimientos acerca de las conclusiones del proceso. Consejo Económico y Social (2005), Directrices sobre la justicia en

lo que sucede con personas adultas, una niña, niño o adolescente no cuenta con la capacidad de interrumpir su propia narrativa, para poder retomarla después en el punto que la había dejado. Lo anterior es sumamente grave, ya que una intervención inadecuada ocasionará que se pierda aquella información relevante que se hubiera aportado, de no existir interrupciones. Además, la narración egocéntrica, característica del pensamiento en niñas, niños y adolescentes, no contextualiza aquello que dice. Debe recordarse que la narrativa infantil se presenta de manera revuelta y fragmentada, por lo que la realización de preguntas genera el riesgo de que la respuesta a éstas se relacione con un momento o evento distinto al que se presume por parte de la persona adulta que entrevista.

Por otra parte, el pensamiento concreto y egocéntrico dificulta que una niña o niño y la persona adulta que entrevista, asignen el mismo sentido a una pregunta (Castañer, 2018).³² Así, en la práctica de diversos casos que hemos acompañado hemos podido observar, por ejemplo, que si una autoridad pregunta a un niño pequeño ¿por qué estaban solos X y tú?, es probable que la niña o niño pueda responder "porque sólo estábamos él y yo". En este caso, es evidente que la persona adulta estaría tratando de indagar sobre las razones por las que la niña o niño se encontraba a solas con el agresor, pero la persona menor de edad simplemente responde aportando una descripción de la situación.

De manera general, las preguntas generan en niñas, niños y adolescentes angustia, así como la sensación de que, en realidad, no se les cree. El formato de interrogatorio tiene el efecto de exacerbar la angustia en vez de ayudar a una niña, niño o adolescente que participa en un procedimiento administrativo o judicial a calmarse. La creciente angustia genera perjui-

asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. E/2005/INF/2/Add.1. Sección V.10. Disponible en: «https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf».

³² "Como regla general, es importante no "dar por sentado" que el niño, niña o adolescente está "entendiendo lo que uno entiende", y viceversa. Castañer, A. (2018), "Características de la Infancia y su Impacto frente a la Justicia" Anexo 2, en Griesbach Guizar, M., Pliego Pérez, y Gil Bartomeu, M. (coords.), *Procedimiento único para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito a través de su testimonial protegida y especializada*, México, SAPCOV.

cio emocional en él o ella, además de provocar la aparición de mecanismos de defensa o silenciarle (Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles, 2005, p. 44).

Ahora bien, en la sentencia que analizamos en el presente estudio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México refirió que la entrevista investigativa utiliza diversas técnicas para obtener datos no contaminados (SCJN, 2015). A nuestro juicio, dicha tarea implicaría el tratar de recuperar en la mayor medida de lo posible todo aquello que una niña, niño o adolescentes pueda aportar sobre una vivencia de manera libre.³³ No obstante lo anterior, esta tarea se enfrenta a una tendencia natural de las personas menores de edad consistente en evitar hablar de temas desagradables, así como a mencionar en su relato únicamente aquello que para ellas y ellos (subjetivamente) es relevante y, como referimos anteriormente, a narrar lo vivido de manera desordenada y fragmentada. Por todos estos aspectos, resulta fundamental llevar a cabo una intervención que pueda estimular la expresión libre de niñas, niños y adolescentes, al tiempo que facilite la obtención de información contextualizada que pueda ser comprendida con mayor facilidad y precisión.

La narrativa libre tiene enorme validez y es clave en la testimonial infantil.³⁴ La propia Suprema Corte de Justicia en la sentencia que aquí se

³³ Por ejemplo, diversos estudios dan cuenta del impacto positivo que desempeña la narrativa libre realizada a través de la intervención especializada de profesionales encargados de evaluar el abuso sexual infantil. Por ejemplo, "Lamb, Hershkowitz, Sternberg, Esplin y colegas (1996) examinaron 22 entrevistas a niños entre 5 y 11 años, hallando que las preguntas abiertas y las invitaciones a hablar produjeron respuestas aproximadamente el triple de largas, y hasta tres veces más ricas que las que se daban en respuesta a preguntas directas, directivas y sugerentes. Sternberg, Lamb y Hershkowitz, Esplin, Redlich y Sunshine (1996) examinaron 45 entrevistas hechas por investigadores policiales estadounidenses a niños de entre 4 y 12 años. Las invitaciones [a expresar una narrativa libre] daban lugar a respuestas que eran cuatro veces más largas y contenían el triple de detalles que las respuestas a intervenciones directas, directivas o sugerentes". Por referir sólo un par de ejemplos. Garrido, E. y Masip J. (2004), "La evaluación del abuso sexual infantil", Universidad de Salamanca. Ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red, p. 22. Disponible en: «<http://www.copmadrid.org/congresoredforense/>».

³⁴ Incluso la propia Suprema Corte reconoce que: "estudios recientes señalan que el recuerdo libre de niños muy pequeños (por ejemplo, de cuatro años) puede llegar a ser tan exacto como el de los adultos, aunque sustancialmente más pobre". Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión

analiza refirió que: "debe procurarse que en una primera fase de la entrevista el niño realice un relato libre de lo ocurrido, y sólo hasta que éste haya concluido, introducir preguntas aclaratorias, focalizadas y específicas para expandir y clarificar detalles de la información proporcionada por el niño" (SCJN, 2015).

Por ello, debemos concluir que, el pensamiento egocéntrico y concreto genera grandes problemas cuando se relaciona con la manera en que las personas adultas se expresan y preguntan. Sin embargo, cuando se utilizan formas especializadas para la producción (toma) y valoración del testimonio infantil, serán las mismas características del pensamiento infantil las que nos permitirán reconocer la validez particular del propio testimonio.

Este punto es de particular importancia para la función judicial, ya que en muchas ocasiones, juzgadoras y juzgadores suelen tener una enorme preocupación por las condiciones de manipulación del dicho infantil. Por lo anterior, nos interesa mucho destacar que, las características del pensamiento que hemos mencionado antes ocasionan precisamente que una niña, niño o adolescente presente enormes dificultades para describir cosas que no ha vivido. Para comprender mejor lo anterior, debemos tener presente que, una persona adulta tiene la posibilidad de deducir una serie de sensaciones y percepciones a partir de una premisa o vivencia falsa debido a que cuenta con las capacidades derivadas del pensamiento abstracto, la experiencia y el conocimiento. Por el contrario, una niña, niño o adolescente no podría realizar este ejercicio, aun y cuando se propusiera mentir. En conclusión: le será difícil, si no es que imposible, poder *describir* una vivencia a partir de meras suposiciones.

Dadas las condiciones que se han expuesto hasta ahora, la posibilidad de obtener la valiosa información que una niña, niño o adolescente puede

3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre de 2015, p. 68.

aportar sobre un evento vivido, implicará, por tanto, la necesidad de que el sistema de justicia genere las condiciones adecuadas para que las personas menores de edad puedan desarrollar una narrativa libre, sin que existan circunstancias que les atemoricen o afecten su dicho. Además, esto requiere que las autoridades impulsen metodologías adecuadas para la entrevista, basadas en solicitar que niñas, niños y adolescentes, al rendir su testimonio, describan aquello que han vivido, y que eviten, por el contrario, pedirles que expliquen alguna situación o circunstancia (Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles, 2005, pp. 19-20). Por ello, es necesario que las autoridades establezcan metodologías y técnicas basadas en la narrativa libre e ininterrumpida de la niña o niño.

En estas condiciones, cuando una o un operador de justicia se presenta con dudas sobre la capacidad de una niña, niño o adolescente para entender lo vivido o de que existe de origen una susceptibilidad de ésta o éste a ser engañado, se genera una grave equivocación, ya que se coloca la atención sobre aspectos ante los cuales una persona de edad es vulnerable, en vez de centrarse en aquellos elementos que implican una fortaleza en ellas y ello: la dificultad cognitiva de niñas, niños y adolescentes para describir eventos que no ha vivido.

Lo expuesto hasta aquí, resulta sumamente relevante a la luz de la sentencia del caso que aquí analizamos. En este sentido, puede decirse que la Suprema Corte de Justicia en su fallo resalta un importante reto del testimonio infantil, y según el cual afirma que una niña, niño o adolescente podrá variar su relato en función de la manera en que define la vivencia sufrida de acuerdo con su etapa de desarrollo. De esta manera, si una niña o niño sufre un evento violento que le causa malestar en edad preescolar, no será sino hasta que llegue a la pubertad, en donde seguramente tendrá la capacidad cognitiva para comprender, por ejemplo, la naturaleza sexual de la violencia sufrida. Desde esta perspectiva, esta característica natural, propia del desarrollo infantil, representará un

problema para la presentación del testimonio infantil sólo, si se piensa en dicha declaración desde una perspectiva adulta, es decir, si la autoridad pide a esa niña o niño que "explique lo vivido", ya que el testimonio puede sufrir importantes variaciones dado, la naturaleza cambiante de la interpretación que una niña o niño pueda realizar conforme va creciendo y desarrollándose.³⁵ Sin embargo, la situación será diferente, si las autoridades adoptan un enfoque especializado para la toma del testimonio, y a través de la intervención de una persona especialista, la recuperación del testimonio se basa en solicitar a esa niña o niño que "describa lo vivido", ya que ello no cambiará y es independiente de la comprensión y significación que la persona menor de edad asigne a ese hecho. En este caso, será tarea de las autoridades calificar los hechos según corresponda.

Quisiéramos destacar en este punto que, no obstante, la existencia de una serie de consideraciones vinculadas con las denominadas entrevistas investigativas, consideramos que, de manera afortunada, la Suprema Corte de Justicia, reconoce la relevancia de la narrativa libre como el elemento central para la toma de un testimonio infantil válido.

2. Importancia de la inmediatez para la obtención del testimonio infantil

La sentencia que aquí analizamos aborda un tema de gran relevancia para el desarrollo adecuado del testimonio infantil: la memoria. En este punto, nos gustaría resaltar que, en el caso de las personas adultas, los

³⁵ Parece ser que esta es la preocupación que refleja la sentencia del caso que aquí se analiza cuando sostiene que, "además de la fragilidad de su memoria, el problema es que los niños perciben e interpretan los episodios que viven de acuerdo con una base de conocimientos que es muy cambiante en edades tempranas, de tal manera que cuando tiempo después de un evento se le pide a un niño que relate o ocurrido, la tarea de 'recordar' un episodio que inicialmente fue interpretado de acuerdo con otros conocimientos resulta muy complicada, al punto que puede generar un recurso distorsionado o traducirse en un ejercicio inútil". Consideramos que la preocupación establecida en la sentencia, justo se logra superar con el mecanismo, que la propia sentencia refiere sobre el papel de la narrativa libre como base de la prueba testimonial. Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre de 2015, p. 56.

recuerdos incluyen una combinación de información que se ha registrado con otros elementos que se han reconstruido. De esta manera, cuando una persona adulta pretende recordar algo, puede utilizar de manera complementaria elementos de su experiencia, conocimiento, e incluso, del contexto para hacerlo. Niñas, niños y adolescentes presentan una imposibilidad cognitiva para realizar tales operaciones y, cuando pretenden recordar, sólo podrán acceder a aquellos aspectos que, por decirlo de algún modo, se encuentran "frescos en su memoria".

Todas las personas, independientemente de su edad, recuerdan aquello que es relevante. Sin embargo, las personas adultas tienen muchas más herramientas que niñas y niños para dotar de relevancia aquello que han vivido. Por referir un ejemplo, una persona adulta podría recordar la hora de un robo, simplemente porque sabe que esa información será útil para la investigación del hecho, en caso de que lo denuncie. En este caso, la relevancia del recuerdo se origina de la capacidad que tienen las personas adultas para considerar aquello que podría ser relevante en el futuro para quien deba investigar el delito (pensamiento abstracto y empático). Adicionalmente, las personas adultas suelen tener, información sobre el contexto que hace que un detalle determinado resulte relevante. Si seguimos con el ejemplo: podríamos decir que, una persona adulta podría notar que una prenda de la ropa del asaltante es valiosa, y al llamar este detalle su atención, podría en caso de que se le requiriera describir esta situación.

Una persona adulta sin embargo tiene muchas herramientas más para dotar de relevancia aquello vivido.³⁶ Por ejemplo, un adulto podrá recordar la hora de un robo simplemente porque sabe que esa información

³⁶ Se ha sostenido que niñas y niños más pequeños realizan una narración más incompleta de lo sucedido, debido a que "tienen y emplean menos estrategias de recuperación y éstas son menos eficaces para acceder a los detalles. Además, tienen un conocimiento del suceso menos desarrollado que guía los procesos de atención, recuperación y retención. Los niños pequeños no incluyen de modo espontáneo en sus descripciones narrativas el quién, qué, cuándo, dónde, cómo y por qué". Cantón Duarte, J. y Cortés Arboleda, M. del R. (2008), "Guía para la Evaluación del Abuso Sexual Infantil", Madrid, Pirámide, pp. 123-130.

será útil para la investigación del hecho. Lo significativo del dato parte de la capacidad del adulto de considerar lo que en un próximo futuro será importante para quien investigue el delito (pensamiento abstracto y empático). De igual manera, una persona adulta tiene mucha más información sobre el contexto que hace que un detalle resulte importante. Por ejemplo, puede notar que una prenda de ropa del asaltante es valiosa, y esto llamar su atención, y por tanto, podría describir posteriormente lo que traía puesto el asaltante.

Todo este conjunto de elementos cognitivos, de experiencia y conocimiento permiten que una persona adulta tenga mucho más éxito que una niña, niño o adolescente al momento de responder sobre un recuerdo. En este punto podríamos decir que, existen ciertos detalles que resultan esenciales para poder esclarecer un suceso, los cuales se pueden perder rápidamente ya que una niña, niño o adolescente será incapaz de recuperar información relevante con el paso del tiempo. Mientras más pequeña sea una niña o niño, menor será el tiempo de retención. Por ello, una vez que se pierden los recuerdos de lo observado, escuchado y sentido, lo único que quedará es la narrativa o la historia de lo que sucedió. De esta manera, una niña, niño o adolescente podrá contar sobre aquello que sabe que sucedió, pero con el paso del tiempo se perderá el elemento de mayor validez en el testimonio de una persona menor de edad, que es la capacidad para describir lo que ha vivido.

Además de la vulnerabilidad de la memoria, existen muchos otros factores por los que el paso del tiempo puede afectar el testimonio de una niña, niño o adolescente. Entre ellos, podríamos resaltar que es común que una niña, niño o adolescente sienta culpa o arrepentimiento por haber hablado. Además, la tristeza que naturalmente suele rodear la develación de una agresión en contra de una niña, niño o adolescente, así como las condiciones y dificultades que aparecen cuando alguien acude ante un proceso de justicia pueden generar o incrementar la sensación de culpa que experimenta una niña o niño por haber generado un problema. Tales sensaciones podrían generar que una persona menor de edad se retracte

de lo declarado, o incluso que no quiera volver a hablar sobre el acontecimiento.³⁷

Como puede observarse, existen diversas condiciones que ocasionan que el paso del tiempo afecte de manera grave el testimonio infantil, razón que justifica la necesidad e importancia para que el mismo sea obtenido con prontitud. De alguna manera, puede decirse que éste es un dato de prueba "percedero". Esta circunstancia es particularmente problemática ya que la premura con la que se requiere actuar para obtener el testimonio de una niña, niño o adolescente, muchas veces no se encuentra en sintonía con los tiempos procesales propios de muchos sistemas de justicia, ya que en condiciones habituales podrían transcurrir meses, incluso años, antes de que un asunto sea juzgado, y por tanto aparezca la oportunidad para recabar el testimonio. Precisamente por ello, y con el propósito de que no se pierdan elementos fundamentales para la evidencia en un juicio, en los casos en donde participen niñas, niños o adolescentes rindiendo un testimonio, existiría un imperativo orientado a la preservación de la prueba, para evitar que el paso del tiempo empobrezca o incluso, desvanezca la calidad del testimonio, situación que exige adicionalmente, que la misma sea recabada en las mejores condiciones de especialización, pero que también sea adecuadamente preservada, asegurando los mayores estándares de validez para que pueda ser utilizada cuando ello resulte factible.

3. El elemento de especialización en la producción del testimonio en niñas, niños y adolescentes

La sentencia que estudiamos en el presente artículo aborda un tercer aspecto de gran relevancia para la testimonial infantil. En este punto, en la sentencia de mérito se reconoce que la toma y valoración del testimonio

³⁷ Para un análisis más amplio sobre las condiciones de retractación infantil: Katz, C. (2014), "Please believe me, I am the biggest liar that exists: Characterizing children's recantations during forensic investigations", *Children and Youth Services Review*, Vol. 43, pp. 160-166.

infantil constituye una tarea especializada, por lo que adquiere una enorme relevancia la capacitación del personal encargado de su facilitación, así como posteriormente, de su evaluación. Como un elemento clave, la Suprema Corte de Justicia en la sentencia que se analiza, distingue la práctica de una testimonial infantil, en el marco de un proceso judicial, de una entrevista clínica (SCJN, 2015). Si bien es cierto que, en ambos ejercicios se requiere la participación de personal en psicología para realizar esas tareas, el propósito que se persigue en ambas es distinto. Por ello, el proceso relacionado con la obtención del testimonio de una niña, niño o adolescente no tiene un objetivo terapéutico. Si bien, este ejercicio debe buscar resguardar la integridad emocional de una niña, niño o adolescente, el objetivo primordial al que se dirige no es la búsqueda de un beneficio psico-emocional, como sí podría suceder, en cambio con un proceso clínico, por ejemplo.

La facilitación del testimonio infantil tampoco debería tener un objetivo de investigación. Lo anterior es así, debido a que no constituye una tarea a cargo de la o el especialista en psicología concluir o esclarecer lo sucedido, ya que ésta será una tarea exclusiva de las partes en un proceso que proponen ciertas hipótesis, así como de la autoridad jurisdiccional que debe tomar la última determinación sobre el asunto.

Otro elemento que debe recalcar sobre la práctica del testimonio infantil tiene que ver con reconocer que la o el especialista en psicología no funge como un intérprete. En otras palabras, debe recordarse que el papel de la o el especialista no consiste en interpretar aquello que quiso decir una niña, niño o adolescente, ya que su tarea más bien consiste en evitar cualquier sesgo o tergiversación del testimonio. Por ello, la tarea de la o el especialista consiste en facilitar, a través de una intervención neutral, la libre expresión de una niña, niño o adolescente al máximo.

Las y los especialistas en testimonio infantil deben eliminar aquellos obstáculos que afecten la narrativa libre de una niña, niño o adolescente. Estos obstáculos pueden ser: temores, incremento en los niveles de

ansiedad que pueda experimentar una persona menor de edad, o incluso, preguntas que desvíen o interrumpan la narrativa, tal y como lo apuntamos anteriormente. Por tanto, las intervenciones que se realicen por parte de especialistas deberían, en la mayor medida de lo posible, motivar a niñas, niños y adolescentes a narrar lo vivido, y desde luego, evitando procesos de revictimización, aún y cuando ello pueda ser complejo debido a la existencia de sucesos dolorosos sobre los que no se quiera, en principio, hablar. Esta motivación se encuentra relacionada directamente con el encuadre de la entrevista o, dicho de otro modo, con la pregunta "para qué hablar" que se construye de manera previa con una niña, niño o adolescente en el marco de un proceso integral de atención especializada. Otra tarea fundamental de las y los especialistas en testimonio infantil consiste en ayudar a las personas menores de edad a ordenar y detallar su testimonio. Aquí se trata de que, a partir de lo que ya es narrado por la propia niña, niño o adolescente, se puedan identificar eventos o elementos sobre los cuáles sea posible obtener mayores detalles

Finalmente, nos gustaría recalcar que se esperaría que quien lleve a cabo el proceso de facilitación tenga una formación profesional en el campo de la psicología. No obstante ello, una formación en psicología no implica de manera necesaria la especialización necesaria para poder llevar a cabo una intervención con niñas, niños, adolescentes. Desde luego, una formación en psicología aporta elementos útiles en este tipo de tareas, pero es necesario que además de ello se cuente con una formación especializada para atender casos relacionados con el testimonio infantil. Por tanto, será tarea del Estado (en este caso, de los sistemas de justicia) formar y preparar a las y los especialistas que sean necesarios, de quienes dependerá en gran medida, el éxito para la obtención testimonios que cuenten con la validez necesaria, a través de metodologías basadas en la narrativa libre.³⁸

³⁸ Como parte del reconocimiento de las obligaciones del Estado para asegurar justicia accesible para niñas, niños y adolescentes, el Consejo de Europa emitió las directrices sobre Justicia Adaptada,

4. La necesidad de confrontar y superar los prejuicios vinculados con el testimonio infantil.

Existe un tema que particularmente no preocupa cuando se abordan los elementos del testimonio de niñas, niños y adolescentes: Se trata de una serie de ideas arraigadas o incluso de prejuicios que están presentes en muchas y muchos operadores de justicia quienes parten de una presunción de falsedad cuando se enfrentan al testimonio de personas menores de edad. En términos generales, podemos considerar que este prejuicio emana de una larga tradición social que durante muchos años ha concebido a niñas, niños como objetos pasivos, y no como sujetos de derechos (Espejo, 2020, pp. 571-574).

Una gran parte de la discusión se ha dedicado a explorar y a estimar la capacidad de niñas, niños y adolescentes para declarar con honestidad y sin influencias ajenas. Desafortunadamente, tales discusiones se han centrado en una suerte de valoración de "la persona", y no en los procesos de valoración del testimonio en sí mismo, así como de las condiciones para su producción.

Consideramos que, un enfoque de derechos, por supuesto, no debe ignorar la evidente vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes frente al mundo de las personas adultas. Sin embargo, pensamos que las aproximaciones de este tipo deben partir fundamentalmente del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchadas y escuchados, y a que este derecho no puede ser anulado o restringido de manera desproporcionada frente a la posibilidad de que ellas o ellos rindan un testimonio que pue-

en donde se reconoce la obligación del Estado para formar profesionales, y especifica que: "14. Todos los profesionales que trabajen con y para niños y niñas deben recibir la formación interdisciplinaria necesaria sobre derechos y necesidades de los niños y las niñas de diferentes grupos de edad y sobre procedimientos adaptados a ellas y ellos. 15. Los profesionales que tengan contacto directo con niños y niñas deben estar formados para comunicarse con ellos a cualquier edad, estado evolutivo, y con niños y niñas en una situación de particular vulnerabilidad", (2011), "Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños" Adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de ministros. Directrices 14 y 15.

da calificarse como falso o equivocado. En estos términos un enfoque de derechos debería concentrarse en la comprensión de las condiciones necesarias para llevar a cabo la producción (toma) y valoración del testimonio infantil en consideración a su edad y grado de desarrollo.

A continuación, nos gustaría exponer algunos de los principales prejuicios que suelen presentarse sobre el testimonio de niñas, niños y adolescentes:

- i) Suele reconocerse que niñas, niños y adolescentes presentan altos niveles de ignorancia sobre el mundo, las interacciones con otras personas, así como en relación con sus vivencias propias, por lo que esta ignorancia les haría más vulnerables frente al engaño. Sin duda, tales afirmaciones son ciertas. No obstante ello, y tal como se ha desarrollado anteriormente en este artículo, la calidad de la descripción de aquellos eventos que una niña, niño o adolescente ha vivido, no dependen de aquello que pueda "creer" que sucedió una persona menor de edad. Por ejemplo: una niña podría ser engañada habiendo escuchado en repetidas ocasiones que cierta persona le causó algún daño. Sin embargo, también es cierto que, dicho engaño no tendrá el potencial de generar en ella, sobre todo a temprana edad, la capacidad de describir percepciones o vivencias falsas. Por ello, a pesar de que puedan existir posibles engaños, una intervención especializada, llevada a cabo de manera adecuada, y basada en la recuperación de su narrativa libre la que permitirá dotar al testimonio de un niña, niño o adolescente de validez, y desde luego, eliminar cualquier duda que pueda existir sobre la validez y veracidad de éste.
- ii) Otra preocupación que suele existir en la conciencia de juzgadoras y juzgadores tiene que ver con la idea según la cual niñas, niños y adolescentes son más proclives a creer afirmaciones sin razonar sobre su veracidad (credulidad). Tal circunstancia parece que también es indiscutible. Como vimos anteriormente, niñas y niños cuentan con una serie de condiciones relacionadas con aspectos

neuronales, o procesos cognitivos que les impiden ponderar una multiplicidad de variables de manera simultánea y así, poder evaluar la veracidad de una afirmación falsa. Sin embargo, y pese a la existencia de tales características, una intervención para la obtención del testimonio basado en la obtención de una narrativa libre, más que en las simples afirmaciones de una niña, niño o adolescente sobre aquello que se ha vivido, permitirá contar con información útil sobre los sucesos que se requieren conocer. Para ejemplificar lo anterior, podríamos señalar un caso que fue atendido por la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C. en el cual un grupo de agresores aparentemente engañaban a un grupo de niñas y niños pequeños que eran víctimas de explotación sexual videograbada. En ese caso, una niña afirmó que cuando sucedió el abuso, sus padres se encontraban presentes en la casa a la que fue llevada. Esta extraña afirmación se esclarecería, al identificar que diversas niñas y niños víctimas afirmaron que sus padres estaban presentes, porque así se los dijo uno de los agresores. Desde luego, ninguna de las niñas o niños víctimas describieron en su testimonio ver o escuchar a sus padres en esa casa, por lo que en este ejemplo, niñas y niños creen en la afirmación del agresor. No obstante ello, al momento de recibirse la declaración a través de un ejercicio de narrativa libre, la descripción que se produce no revela la presencia ni participación de los padres en el lugar de los hechos. Nuevamente se resalta la relevancia de una intervención adecuada para enfrentar cualquier tipo de sesgo que pueda afectar el testimonio de niñas, niños y adolescentes.

- iii) A menudo, hemos escuchado algunas inquietudes relacionadas con la capacidad de niñas y niños para distinguir entre aquello que fue realmente vivido en relación con aquello que corresponde al ámbito de las fantasías. Sobre este punto, nos gustaría que pudiéramos distinguir entre dos aspectos. Una cosa es la capacidad de creer en elementos fantasiosos, pero otra cosa es la incapacidad de una persona para poder discernir entre una fantasía y la experien-

- cia real. Por ejemplo: una niña o niño puede jugar a ser Superman y a volar. Esa niña o niño puede creer que Superman existe y que realmente vuela, pero también sabe que el mismo jugó a volar y no cree que realmente voló durante el juego. Es claro que niñas, niños y adolescentes si pueden distinguir entre el ámbito de lo vivido y aquello que corresponde al mundo de las fantasías.
- iv) Finalmente, un aspecto que, de manera frecuente genera dudas, se relaciona con la lealtad que muestran niñas, niños y adolescentes frente al conflicto parental. En relación con este punto, debemos recordar que, la dependencia emocional que tienen niñas, niños y adolescentes frente a sus personas adultas significativas es una cuestión que implica su propia supervivencia emocional (López citado en Griesbach, 2005).³⁹ Así, la importancia de las relaciones vinculares que se desarrollan en la primera infancia con las personas adultas que le son significativas ocasiona que niñas y niños se encuentren atrapados en el conflicto de sus padres, aún y cuando estos hagan enormes esfuerzos por mantenerlos ajenos a su propia disputa. En consecuencia, las necesidades emocionales en esta etapa de la vida generan la creación de alianzas por parte de niñas y niños, como parte de una estrategia de supervivencia emocional. La necesidad de sentir que se cumple con obligaciones autoimpuestas de lealtad hacia un adulto significativo permite que niñas y niños sean vulnerables ante la manipulación dolosa. Sin embargo, nuevamente, aún y cuando un niño o niña quiera profundamente complacer a una persona adulta que le pide que afirme una u otra cosa, este deseo no logrará vencer la incapacidad cognitiva que presentan niñas, niños y adolescentes que les impide describir vivencias falsas.

³⁹ El vínculo, la dependencia y el apego entre un niño y un adulto es una relación asimétrica y complementaria. El niño es completamente vulnerable, depende del sistema de cuidados y aceptación incondicional del adulto. Griesbach Guizar, M. (coord.) (2005), "El niño víctima del delito frente al proceso penal", Tomo II, México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C., México, p. 55.

Frente a todas las problemáticas que aquí se han expuesto, y que claramente reflejan motivos de desconfianza sobre el testimonio de niñas, niños y adolescentes, los cuales como hemos visto muchas veces se deben a la presencia de características comunes en el pensamiento infantil, es fundamental recalcar que la validez y confiabilidad de dicho testimonio se encuentra en las características del testimonio mismo, y no en una valoración de la persona.⁴⁰ Además, estos problemas si bien se acentúan en las características de niñas, niños y adolescentes no son exclusivos de ellas y ellos. Muchas personas adultas podrían ser vulnerables al engaño por cuestiones relacionadas con la ignorancia, creer cosas irracionales, mantener ideas equivocadas sobre lo sucedido, e incluso sostener explicaciones fantasiosas sobre los hechos. Incluso, también las personas adultas pueden ser víctimas de una manipulación o mentir de manera dolosa. No obstante que esas situaciones puedan acontecer (tanto en el caso de niñas y niños como de personas adultas) no existe justificación alguna para prejuzgar un testimonio como falso. Por tanto, la valoración del testimonio y las condiciones en las cuales fue obtenido serán la vía idónea que permita obtener información relevante para esclarecer lo ocurrido en un caso.

Por todo ello, prejuzgar sobre la veracidad de un testimonio en el caso de cualquier persona (incluyendo niñas, niños y adolescentes) resulta francamente insostenible desde una perspectiva de derechos. La existencia de prejuicios sobre el testimonio infantil, por ejemplo, puede llevar a las y los operadores de justicia a llevar a cabo estrategias inadecuadas

⁴⁰ Se ha sostenido la necesidad, por ejemplo, la necesidad de ahuyentar al fantasma de la sugestionabilidad infantil. Por ejemplo, después de presentar algunas características que presentan niñas, niños y adolescentes, los autores del texto revelan que: "Lo que parece desprenderse de las páginas anteriores es que los niños son testigos extremadamente incompetentes y sugestionables. No es esta la idea que deseamos transmitir, porque se aleja de la realidad. En todos los estudios revisados en este apartado, los niños del grupo control (que fueron entrevistados adecuadamente, recordaron los acontecimientos de forma correcta. Las investigaciones que han tratado la validez de algunas técnicas de entrevista han demostrado, también, que los niños, correctamente interrogados, hacen declaraciones precisas. Garrido, E. y Masip, J. (2004), "La evaluación del abuso sexual infantil", Universidad de Salamanca. Ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red, pp. 25 y 26. Disponible en: «<http://www.copmadrid.org/congresoredforense/>».

e infundadas como valorar el testimonio de una persona menor de edad, en función de las acciones de terceras personas (recordemos que en la sentencia que se analiza, buena parte de la descalificación que realizó el tribunal colegiado sobre el testimonio de la niña, se basaba en lo que la mamá de la niña había hecho o dejado de hacer). Por ello, resulta lamentable la práctica común consistente en que el testimonio de niñas, niños y adolescentes se valore utilizando como parámetro la apreciación sobre las motivaciones o el estado emocional de la madre o el padre, por ejemplo. Si bien, los progenitores son personas significativas e influyentes en una niña, niño o adolescente, su condición no puede ser fundamento para considerar el testimonio de una niña o niño como válido o inválido. Dicho sea de paso, el conflicto parental constituye un indicador muy poco útil en la valoración del testimonio infantil. Debemos recordar que no existe denuncia de violencia familiar sin la existencia de un conflicto parental. En este caso, por un lado, si el supuesto de la acusación de violencia (por ejemplo de abuso sexual) es infundada existirá un conflicto parental, pero también en el supuesto de que tal acusación sea veraz existirá un conflicto parental. Podemos afirmar, que por ello, entre otras razones, el estado emocional de uno o ambos progenitores no resulta útil para determinar la presencia o no de violencia. En este sentido, tanto las personas con altos grados de estabilidad emocional pueden ser víctimas de violencia familiar como aquellas otras que enfrentan problemas psicológicos o psiquiátricos. Precisamente por ello, las circunstancias o condiciones que experimentan las personas adultas no deberían ser usadas para limitar o condicionar la validez del testimonio de niñas, niños y adolescentes, como por desgracia sucede en diversos entornos judiciales. Por ello, es importante insistir que, será la calidad misma del testimonio de una niña, niño o adolescentes, en consideración a su edad, así como de las condiciones en las que se produjo el testimonio en donde se puedan determinar los elementos de validez de éste.

No podemos olvidar que, en países como el nuestro, existe una larga tradición que sostiene y reproduce una multiplicidad de prejuicios (como los que hemos observado anteriormente) en relación con la validez del

testimonio infantil. Tales prejuicios han ocasionado un entorno más complejo debido a las deficiencias de los sistemas de justicia, para escuchar de manera especializada y adecuada a niñas, niños y adolescentes. Tales condiciones inadecuadas para la obtención del testimonio infantil han producido en la práctica testimonios cortos, superficiales y afectados por el temor que enfrentan niñas, niños y adolescentes que son expuestos a tales condiciones y obstáculos. La pobreza de aquellos testimonios obtenidos de manera inadecuada suele reforzar los prejuicios sobre la validez de éste, cuando en realidad de lo que se trata es de carencia en los mecanismos de producción de las pruebas, en este caso, las condiciones de especialización requeridas.

Consideramos que, en la medida en que se desarrollen y fortalezcan las capacidades para la producción del testimonio infantil en condiciones protegidas y especializadas se podrá valorar de manera adecuada el testimonio de niñas, niños y adolescentes. La valoración de tal testimonio, como hemos apuntado de manera reiterada, debería basarse en el testimonio mismo, y no en la valoración o descalificación de la persona. Esto nos lleva a la necesidad de generar condiciones en los sistemas de justicia que garanticen la posibilidad de contar con la narrativa libre de las personas menores de edad, que puedan expresarse sin temor alguno.

V. A manera de conclusión: Hacia la consolidación de los esquemas de protección integral de la testimonial infantil

Como se ha podido constatar en el marco del presente estudio, la garantía de las condiciones de participación de niñas, niños y adolescentes, particularmente a través de su testimonio, constituye un aspecto de enorme relevancia para los sistemas de justicia, y sin duda plantea una innumerable cantidad de retos. A lo largo de estas páginas, hemos intentado dar cuenta de la relevancia que una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como sucede con el amparo directo en revisión 3797/2014 puede tener para el desarrollo y transformación de los obstáculos en el acceso a la justicia que experimentan niñas, niños y adolescentes.

Debe decirse que, aunque la sentencia analizada constituye un gran paso en la dirección correcta, la misma no deja de tener algunos elementos que deberán ser materia de una discusión más profunda, así como de aproximaciones críticas que sean capaces de visibilizar algunos de los principales desafíos que aún subsisten para el testimonio infantil.

En el marco del análisis que hemos presentado, hemos podido observar la manera en que el criterio de la Suprema Corte de Justicia puede enlazarse con otras fuentes tanto de derecho nacional como de derecho internacional para fortalecer sus contenidos, aspecto que hemos intentado destacar en las páginas que aquí se presentan. Desde luego, que su implementación en la práctica sigue presentándose como un gran reto para el sistema de justicia. Como una cuestión anecdótica del caso que analizamos aquí, podríamos decir que, una vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el fallo aquí estudiado, la ejecución e implementación de la sentencia implicó un enorme esfuerzo debido a las limitaciones y carencias que el propio fallo refleja del mismo sistema. No obstante ello, la exigencia del tribunal constitucional del país de estándares básicos para asegurar la participación de niñas, niños y adolescentes a todas las autoridades constituye un incentivo que eventualmente movilizará al conjunto de autoridades del Estado.

Adicionalmente a lo anterior, también es importante apreciar que, existen sin duda diversas formas en las que se pueden materializar las condiciones adecuadas para la protección del testimonio infantil. Por ejemplo, una experiencia destacada que se encuentra en curso en México se ha desarrollado en el Estado de Chihuahua. A partir del interés del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua, se reunieron los esfuerzos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Oficina en México de UNICEF y la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C. para diseñar e implementar un modelo para la testimonial infantil especializada y protegida (Procedimiento Único para Evitar la Revictimización de Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas del Delito a través de su Testimonial Protegida y Especializada, 2019). El modelo denominado SAPCOV

(Sala de Audiencias para Personas en Condición de Vulnerabilidad) reúne los elementos indispensables para garantizar las condiciones del testimonio infantil que hemos descrito en el presente artículo. El modelo anteriormente referido se basa en el modelo de la narrativa libre como fundamento de las intervenciones, enfatiza la importancia de evitar una reiteración inadecuada de intervenciones de niñas, niños y adolescentes, reconoce la relevancia de contar con especialistas que permitan la facilitación del testimonio infantil, al tiempo de reconocer la importancia de recabar el testimonio con prontitud, pero garantizando las condiciones esenciales del debido proceso legal. Este modelo de actuación reconoce de la misma manera, la importancia de contar con espacios físicos e infraestructura adecuada para la práctica de diligencias que se relacionan con el testimonio de niñas, niños y adolescentes. En pocas palabras, consideramos que el desarrollo de buenas prácticas en México y en diversos países, como la que ahora se reseña, mejorará de manera paulatina las interacciones entre el sistema de justicia y el ejercicio pleno de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Bibliografía

- ÁLVAREZ GUTIÉRREZ, M. y CASTILLO KOSCHNICK, J. (2018), "Panorama estadístico de la violencia contra niñas, niños y adolescentes en México", México, UNICEF, p. 8.
- BAUMEISTER, R.F., DALE, K., y SOMMER, K. (1998), "Freudian Defense Mechanisms and Empirical Findings in Modern Social Psychology: Reaction Formation, Projection, Displacement, Undoing, Isolation, Sublimation, and Denial", *Journal of Personality*, Volumen 66, Tema 6, diciembre, pp. 1081-1083.
- BIRGIN, H. y NATALIA Gherardi. (2012), "Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: La agenda pendiente", en BIRGIN, H. y GHERARDI, N. (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: Aportes*

- empíricos y conceptuales*, Colección "Género, Derecho y Justicia", núm. 6. México, Fontamara, p. 170.
- CANTÓN DUARTE, J. y CORTÉS Arboleda, M. del R. (2008), "Guía para la Evaluación del Abuso Sexual Infantil", Madrid, Pirámide, p. 127.
- CASTAÑER, A. (2018), "Características de la Infancia y su Impacto frente a la Justicia", Anexo 2 en GRIESBACH GUIZAR, M., PLIEGO PÉREZ, Y. y GIL BARTOMEU, M. (2018), "Procedimiento único para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito a través de su testimonial protegida y especializada", México, SAPCOV.
- CASTAÑER, A. y GRIESBACH, M. (2005), "Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles", México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, pp. 24, 37, 39, 40, 43 y 68.
- Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. (2016), "Diagnóstico sobre la atención de la violencia sexual en México", México, Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, pp. 6 y 15.
- Comité sobre los Derechos de los Niños, "Observación General No. 12. El derecho del niño a ser escuchado", CRC/C/GC/12. Disponible en: «<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>».
- Consejo Económico y Social (2005), Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. E/2005/INF/2/Add.1. Sección V.10. Disponible en: «https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf».
- Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre

de 2015. Serie C No. 298. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf».

Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf».

"Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños" (2011), Adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de ministros. Directrices 14 y 15.

ESPEJO, N. (2020), "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en CONTRERAS P. y SALGADO C. (coords.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 571-574.

ESQUIVEL, F., HEREDIA, M.C. y LUCIO, E. (2007), "Psicodiagnóstico del niño", México D.F., Manual Moderno, pp. 8-15.

FRA European Union Agency for Fundamental Rights. (2017), "Child-Friendly justice. Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States", (Establishing procedural safeguards to ensure child protection) FRA-Opinion 22, Luxembourg, p.15.

GARRIDO, E. y MASIP J. (2004), "La evaluación del abuso sexual infantil, Universidad de Salamanca", Ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red", pp. 22, 25 y 26. Disponible en: «<http://www.copmadrid.org/congresoredforense/>».

GONZÁLEZ PLACENCIA, L. y ORTEGA SORIANO R. (2013), "El impacto diferenciado en las afectaciones a los derechos humanos de niñas y niños: una categoría de análisis propia desde una perspectiva de infancia", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 9, pp. 103-105.

- GRIESBACH GUIZAR, M. (coord.) (2005), "El niño víctima del delito frente al proceso penal", Tomo II, México. Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C, México, p. 55.
- GRIESBACH GUIZAR, M., PLIEGO PÉREZ, Y. y GIL BARTOMEU, M. (2018), "Procedimiento único para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes víctimas del delito a través de su testimonial protegida y especializada", México, SAPCOV, p. 14.
- KATZ, C. (2014), "Please believe me, I am the biggest liar that exists: Characterizing children's recantations during forensic investigations", *Children and Youth Services Review*, Vol. 43, pp. 160-166.
- LIEFAARD, T. (Sin fecha), "Child-Friendly Justice: Protection and participation of children in the Justice System", *Temple Law Review*, Vol. 88, No. 4, Summer, pp. 905-906.
- McCAIN, M., y MUSTARD, J.F (2002), "The Early Years Study Three Years Later, The Canadian Institute For Advanced Research To The Ontario Government", Toronto, Ontario, pp. 32 y 37.
- PIAGET, J. (1991), "Seis estudios de Psicología", Barcelona, Editorial Labor, pp. 28-42, y 97-106.
- PINHEIRO, P. (2010), "Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas", UNICEF- España, p. 7.
- ROZANSKI, C.A. (2003), "Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar?", Buenos Aires, Ediciones B, pp. 156-160.
- SABA, R. (2012), "(Des)igualdad estructural", en ALEGRE M. y GARGARELLA, R. (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 24 de octubre de 2012.

Sentencia recaída en el Amparo Directo en revisión 2539/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de enero de 2011.

Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2548/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 21 de enero de 2015b.

Tesis [J.]: 1a. LXXII/2013 (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, s.t., agosto de 2013, p. 296, Reg. digital 2004253.

UNICEF (2010), "Guía de buenas prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos y obtención de pruebas válidas para el proceso", Buenos Aires, p. 44.

UNICEF (2017), "Una situación habitual. La violencia en la vida de los niños y los adolescentes. Datos fundamentales", México, UNICEF, p. 6.

Garantías de participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales a raíz de la reforma en materia de Derechos Humanos

Yuli Andrea Pliego Pérez*

Mariana Gil Bartomeu**

SUMARIO: I. Evolución del reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes en México; II. La sentencia del Amparo Directo en Revisión 3797/2014 de la Primera Sala y la valoración del testimonio infantil; III. Apartado conclusivo: retos que persisten.

I. Evolución del reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes en México

La Convención de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 representó un cambio de paradigma respecto a la forma en que los Estados y sus autoridades percibían a las niñas, niños y adolescentes. El cambio de la doctrina de la situación irregular al paradigma de protección integral de derechos implicó el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos titulares de derechos —ya no como objetos de protección— y, en esa medida, el reconocimiento de sus derechos como derechos subjetivos plenamente exigibles y no como meras orientaciones de asistencia. De esa forma, se buscó transitar de la perspectiva asistencialista o tutelar a una perspectiva de derechos que deje de percibir a

* Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Abogada postulante en la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C.

** Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogada postulante en la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C.

niños y niñas como personas "inferiores" o "menores" en el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales (Morlachetti, 2018, pp. 8-10).

México, al igual que más de 190 países,¹ suscribió y ratificó la Convención de los Derechos del Niño el 19 de junio de 1990,² sin embargo, a pesar del amplio consenso y respaldo internacional de dicha convención, en nuestro país no existía claridad respecto a la forma en que resultaban aplicables en el ámbito interno los derechos y obligaciones ahí previstos, tal como ocurría con el resto de los tratados internacionales suscritos por el país previamente a la Reforma en materia de Derechos Humanos.³ Resultaba extraño encontrar en el trabajo de las personas operadoras jurídicas, referencias al contenido de los instrumentos internacionales y más aún, que fueran utilizados como fuente de derecho al resolver los asuntos que eran sometidos a decisión judicial.

Fue con motivo de la reforma de 2011 en materia de Derechos Humanos y de la jurisprudencia emitida por el Supremo Tribunal de nuestro país, que la posición de dichos instrumentos cobró claridad e importancia en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente por lo que hace a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como es la Convención sobre los Derechos del Niño. A ello se sumó la reforma

¹ La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado de derechos humanos más amplio y rápidamente ratificado de toda la historia.

² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de julio de 1990.

³ Hasta antes de la reforma en materia de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había emitido diversos criterios sobre la posición que guardaban los tratados internacionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente en dos vertientes: 1) la que señalaba que los tratados internacionales mantenían igual jerarquía que las leyes federales, y 2) la que sostenía que los tratados internacionales eran jerárquicamente superiores a las leyes generales y federales. Cfr. "SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL." Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [A]; P. VIII/2007 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; Tomo XXV, abril de 2007; Pág. 6., Reg. digital 172667. y "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [A]; P. LXXVII/99 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; Tomo X, noviembre de 1999; Pág. 46., Reg. digital 192867.

constitucional del artículo 4o., en el mismo 2011,⁴ que incorporó el principio de interés superior de la niñez y la obligación de garantizar plenamente los derechos de niñas, niños y adolescentes. En materia de infancia, ello puede traducirse como la incorporación constitucional del cambio de paradigma de la "situación irregular" al de "protección integral de derechos" de las niñas, niños y adolescentes; el cual terminó de consolidarse legislativamente, con la expedición de la Ley General de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes,⁵ la cual reglamenta la forma en que deben garantizarse los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como las obligaciones de las autoridades de distintos órdenes y niveles de gobierno, estableciendo el Sistema Nacional de Protección a Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) y las instituciones de las Procuradurías de Protección Federal y Estatales encargadas de la representación de niñas, niños y adolescentes y de la coordinación de las acciones necesarias para su protección.

A pesar de que las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, ya se encontraban desarrollando criterios sobre los principios y derechos especiales aplicables a la infancia⁶ —los cuales se fortalecieron a partir de las reformas constitucionales de 2011— lo cierto es que ni dichos criterios, ni la reforma constitucional, implicaron que se generara un efecto inmediato de reconocimiento, respeto y garantía de los derechos de niñas y niños por parte de otros órganos jurisdiccionales en el país, en su lugar, se ha requerido de un tiempo de maduración de los nuevos paradigmas de derechos humanos y sobre los derechos especiales de la infancia; aun en la actualidad, existe una gran distancia entre los estándares de derechos

⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de octubre de 2011.

⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2014, última reforma aplicada el 17 de octubre de 2019.

⁶ Como ejemplo de lo anterior encontramos la tesis: "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL". Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [A] 1a. XLVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, abril de 2011, Pág. 310., Reg. digital 162354.

reconocidos a las niñas, niños y adolescentes por organismos internacionales y aquéllos aplicados por los órganos jurisdiccionales internos.

La labor interpretativa de la Suprema Corte —incluso, la previa a las reformas en materia de Derechos Humanos e Infancia— ha sido muy importante y ha tenido una particular incidencia en la adopción y aceptación por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios de mejores prácticas que garanticen el respeto a los derechos de niñas, niños y adolescentes y que superen la perspectiva tutelar que aún impera en nuestro sistema.⁷

Una línea jurisdiccional importante que ha sostenido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene que ver con el reconocimiento pleno de derechos a niños y a niñas y la existencia de intereses propios cuya defensa no deben encontrarse sujeta a la "autorización" o "convalidación" de parte de quienes ejercen la patria potestad o tutela, sino que exigen que siempre deba evaluarse el interés superior del niño o niña involucrado en el caso concreto:

- En junio de 2018, la Primera Sala emitió la sentencia del Amparo Indirecto 39/2015 en la cual se sostiene la imposibilidad de que los padres de un adolescente en conflicto con la ley consientan la renuncia al goce de su derecho a no ser objeto de estigmatización, el cual debe considerarse un derecho irrenunciable.
- En octubre de 2015, al resolver el Amparo Directo en Revisión 4416/2013, la Primera Sala estimó que el perdón otorgado por la

⁷ Si bien, este desarrollo positivo para los derechos de la infancia es lo más importante a destacar de la labor interpretativa de la Suprema Corte, no debe pasarse por alto que también se registran precedentes que reiteran una visión de la infancia basada en la doctrina de la situación irregular, es decir, llegando incluso a percibir a las personas menores de edad como posesiones de los adultos y a las figuras relacionadas con su cuidado —como la guarda y custodia o la patria potestas— como derechos de los responsables parentales y no como figuras para su protección. *Cfr.* Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 96/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 10 de octubre de 2012; Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3788/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 10 de junio de 2015.

madre del niño no podía convalidarse de manera absoluta, sino que previo a ello debería garantizarse su interés superior y su participación.

A partir del año 2005, la misma Primera Sala comenzó a desarrollar estándares de participación de niñas, niños y adolescentes en los procedimientos jurisdiccionales en los que se ven involucrados sus derechos o intereses, señalándolo como una modalidad de la garantía de audiencia y sosteniendo como un eje de actuación la autonomía progresiva de las personas menores de edad.⁸ Algunos de los puntos más importantes en este desarrollo señalan que:

- La edad no puede ser considerada un criterio determinante para desahogar o no la participación de una niña, niño o adolescente en un procedimiento jurisdiccional, sino que debe considerarse, además, su madurez, estado emocional y otras condiciones que permitan evaluar la capacidad de la niña, niño o adolescente para formarse una opinión propia.
- La participación de las personas menores de edad no debe ser vista como una regla irrestricta a cumplir, sino que debe ser valoradora por el órgano jurisdiccional o administrativo en cada caso concreto.
- La recaudación de la participación de niñas, niños y adolescentes requiere de medidas especiales que atiendan a sus características

⁸ Cfr. Sentencia recaída en el Amparo Directo 30/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 11 de marzo de 2009; Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 70/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 15 de agosto de 2012; Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3759/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 27 de febrero de 2013; Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 386/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 4 de diciembre de 2013; Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2618/2914, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 9 de abril de 2014; Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1072/2014 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 17 de junio de 2015.

de desarrollo (duración del menor tiempo posible; consideración de sus características de desarrollo; permitir la narrativa libre; esclarecimiento de lo narrado; adecuado manejo de materiales de apoyo; y detección y manejo de tensión, estrés y mecanismos de defensa).⁹

- El derecho a participar en los procedimientos jurisdiccionales en los que se ven involucrados implica el derecho a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta en función de su edad y madurez.¹⁰
- Su participación en los procedimientos jurídicos —ya sea para efectos de dar su opinión, su testimonio o participar en un análisis pericial— constituye un acto de imposible reparación.¹¹

Además de ello, el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos titulares de derechos dio lugar al desarrollo de ciertos derechos y figuras en específico que se alejan de los criterios que se sostenían en épocas previas; por ejemplo, la figura de la patria potestad pasó de ser vista como un derecho de los ascendientes a ser interpretada como una figura de protección para los niños, niñas y adolescentes;¹² se incorporó el reconocimiento de la realidad social familiar, como una forma válida y distinta de la conformación familiar biológica¹³ que predominaba anteriormente; y, de igual forma, se desarrolló una teoría del riesgo que sos-

⁹ Sentencia recaída en el Amparo Directo 903/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de julio de 2014

¹⁰ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 24 de octubre de 2012.

¹¹ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 130/2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 16 de noviembre de 2005.

¹² Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1236/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 28 de octubre de 2015, Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2994/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 18 de noviembre de 2015.

¹³ *Cfr.* Sentencia recaída en el Amparo Directo 34/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 16 de mayo de 2018; Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 4481/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 17 de mayo de 2017.

tiene que en la evaluación de las medidas cautelares en casos de niñas, niños y adolescentes, no es necesaria la acreditación de un daño, sino que basta con la existencia de un riesgo.¹⁴

Este esbozo del desarrollo jurisprudencial nos permite apreciar claramente un cambio de perspectiva sobre los derechos de la infancia que se ha visto reflejado en los criterios, tanto del Poder Judicial de la Federación como de los órganos de jurisdicción ordinaria. No obstante, es importante reconocer los retos que aún enfrenta nuestro sistema de administración de justicia en materia de infancia que, a pesar de reconocer en algunas ocasiones, y para algunos derechos, los mejores estándares de protección, no ocurre con todos los derechos y se reduce a una minoría de los casos, y su aplicación se encuentra vinculada, casi siempre, a la buena voluntad de los órganos jurisdiccionales.

II. La sentencia del Amparo Directo en Revisión 3797/2014 de la Primera Sala y la valoración del testimonio infantil

A pesar del cambio de paradigma y el claro reconocimiento de los derechos especiales que les asisten a niñas, niños y adolescentes en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que en los tribunales aún se dan importantes batallas para que las instancias encargadas de la protección y salvaguarda de sus derechos no sean las mismas que los vulneran. Las instancias en las que principalmente se conoce de las controversias que involucran a niñas y niños corresponden a la materia civil o penal —con menor frecuencia las vías jurisdiccionales administrativas— y su involucramiento se da, generalmente, en contextos que implican ambientes hostiles, violentos o de desavenencias familiares. Este aspecto es fundamental al considerar los ajustes procesales necesarios y la valoración de sus participaciones.

¹⁴ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 6141/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de agosto de 2015.

Al resolver el Amparo Directo en Revisión 3797/2014 el 14 de octubre de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de analizar y resolver un caso que involucraba la participación de una niña tanto en el ámbito civil, como en el penal —aunque la sentencia de revisión solo resuelve la vía civil—, derivado de una acusación por abuso sexual cometido en su agravio por parte de su padre. Además de pronunciarse sobre algunas condiciones de participación de niñas y niños víctimas de abuso sexual y su valoración por parte de los órganos jurisdiccionales, dicha sentencia evidenció otros problemas de la intervención de niños y niñas en los procedimientos judiciales en los que debe resolverse sobre sus derechos o intereses, especialmente cuando resultan víctimas o testigos de eventos violentos o traumáticos, como el abuso sexual infantil.¹⁵

El caso resuelto deriva de un juicio civil de pérdida de patria potestad solicitado con fundamento en la fracción III, del artículo 444, del Código Civil para el Distrito Federal.¹⁶ La sentencia de Amparo Directo de ese caso, fue resuelta a favor de las pretensiones de la parte demandada, es decir, negando la pérdida de patria potestad, en atención a que, a consideración del Tribunal Colegiado, no se encontraba comprobado el abuso sexual cometido en agravio de la niña por su padre de manera suficiente y que llevara a determinar la pérdida de patria potestad por violencia familiar, principalmente, al advertirse inconsistencias (contradicciones y retractaciones) en las declaraciones de la niña. Las consideraciones del Tribunal Colegiado se basaron en:

- La existencia de un cambio de narrativa de la niña a lo largo de 4 entrevistas y 4 periciales, lo que —según expuso el tribunal— demostró que su narrativa fue dirigida o aleccionada.

¹⁵ A lo largo del presente documento se hace referencia al abuso sexual infantil en su connotación más amplia, es decir, no haciendo referencia de manera específica a la conducta que regula el tipo penal de abuso sexual, sino a cualquier forma de actividad sexual forzada (por fuerza física, violencia moral, engaño o cualquier otra forma de coacción) cometida en contra de personas menores de edad.

¹⁶ "Artículo 444.- La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos: [...]

III.- En los casos de violencia familiar en contra del menor"

- La falta de consistencia y coherencia en las narraciones de la niña, aunado a que no incluyeron detalles que pudieran dar credibilidad a su testimonio.
- El hecho de que la niña hubiera visto a su padre a través del cristal del cubículo en el que le fue tomada su declaración, —a consideración del Tribunal— no trascendía sobre la retractación de la niña plasmada en esa participación, pues "el especialista no asentó que la niña se hubiera incomodado o atemorizado al ver a su padre tras el cristal".

Resulta interesante destacar que, antes de llegar a dichas conclusiones, tratados internacionales e interpretaciones de los órganos legitimados para ello, específicamente, en materia de infancia. Esto es relevante porque demuestra que, en muchas ocasiones, la utilización de las normas de derechos humanos de fuente internacional no es garantía de la protección de los derechos de las personas. Como ocurrió en este caso, en muchas ocasiones ocurre que son afirmadas tesis contrarias a los estándares de protección, con base en estos mismos, incurriendo en el denominado por Francisca Pou como "formalismo mágico" (2014, p.127).

Las razones apuntadas resultan relevantes, no sólo para entender el análisis que posteriormente realizó la Primera Sala y que relacionó con las características de la psicología del testimonio de niños y niñas víctimas de abuso sexual, sino también porque representan una manifestación de los actos de discriminación de los que las niñas y los niños, cuyos derechos o intereses se ven inmersos en los procesos judiciales o administrativos, son destinatarios, en atención a su edad y a la falta de conocimiento de las características de las distintas etapas de desarrollo en las que se encuentran, siendo exigidas a sus narrativas los mismos elementos que le serían exigidas a una narración adulta.

Estas situaciones, a pesar de ser sumamente comunes, resultan de la vivencia de un proceso completamente indeseable para cualquier niño, niña o adolescente víctima de algún tipo de agresión sexual. En ese sentido, si

bien la sentencia señalada establece un importante estándar para la valoración del dicho infantil, lo cierto es que proporciona una herramienta que se desea innecesaria para futuros casos. Es decir, que el cumplimiento a los estándares de participación de niños y niñas debería evitar, en principio, la necesidad de aplicar la regla de valoración probatoria desarrollada por la Corte, ya que es indeseable la existencia de varias declaraciones de niños y niñas que den lugar a contradicciones, como se detallará más adelante.

Por ello, antes de abordar lo correspondiente a la valoración del dicho infantil, es importante identificar otras fuertes problemáticas del sistema de administración y procuración de justicia que la sentencia deja ver, no sólo cuando nos encontramos frente a niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de abuso sexual, sino que pueden extenderse a niñas, niños y adolescentes víctimas de cualquier tipo de violencia o testigos de eventos traumáticos; pues lo que exige de un tratamiento especializado, no se deriva exclusivamente del tipo específico de abuso, sino de las características propias de estas etapas de desarrollo.

En específico, hubo cuatro situaciones en el proceso que fueron determinantes para el análisis que realizó la Primera Sala, a saber:

- a. La participación (testimonial y pericial) reiterada de la niña en el proceso penal y familiar.
- b. La conducción inadecuada de las entrevistas testimoniales realizadas a la niña.
- c. La valoración de las pruebas realizada por el Tribunal Colegiado cargada de un componente predominantemente psicológico y la ausencia de conocimiento especializado de parte de éste.
- d. La aplicación del Tribunal Colegiado del estándar de prueba señalado para el proceso penal a la materia civil-familiar.

A continuación, se abordarán esos problemas que se derivan de la sentencia en mención pero que no son exclusivos de dicho caso, sino que se

identifican con prácticas generalizadas en casos que involucran a niñas, niños y adolescentes y que, en muchas ocasiones, desconocen el estándar de protección especial y de derechos que les resulta aplicable.

1. La exigencia desmedida de la participación de niñas, niños y adolescentes en los procedimientos (obligación de no revictimización)

Como se señaló previamente, el caso resuelto por la Primera Sala en el Amparo Directo en Revisión 3797/2014 tuvo como premisa fáctica la reiteración de participaciones de la niña víctima. Según describe la misma sentencia, habría sido sometida cuando menos a dos entrevistas en la investigación penal, dos entrevistas ante el juez familiar, tres periciales en psicología y una en psiquiatría. A pesar de saberse que era inadecuado someter a la niña a tantas diligencias—incluso así señalado por el Tribunal Colegiado—, ello no formó parte de la resolución de la Primera Sala, probablemente por tratarse de actos consumados de manera irreparable. Sin embargo, ello no es obstáculo para que sea abordado en esta exposición académica y analizado desde una perspectiva de derechos humanos de la niñez.

El caso resuelto por la Primera Sala en el Amparo Directo en Revisión 3797/2014 muestra no sólo la implementación de esa práctica—la repetición de participaciones de niños y niñas—, tanto ante las instancias de procuración de justicia como ante autoridades jurisdiccionales familiares, sino que, además, evidencia cómo la práctica desmedida de la participación infantil conlleva a la complejización de la función valorativa de esas declaraciones o entrevistas.

A diferencia de lo que ocurre con otros temas (como la perspectiva de género o el enfoque de derechos humanos), la perspectiva de infancia no es asumida por los y las juzgadoras—así como por las fiscalías—, como normas o reglas de aplicación necesaria, antes bien, se entienden como sugerencias de buenas prácticas, lo que ha llevado a que la aplicación y respeto

de los derechos de los niños y de las niñas en los procedimientos judiciales o administrativos se convierta en una cuestión de buenas voluntades, lo cual es inadmisibles a la luz del paradigma de protección integral y de derechos humanos.

Una forma en la que se manifiesta esta problemática es con el constante requerimiento de las autoridades para que niñas, niños y adolescentes, sean presentados ante las instancias de procuración y administración de justicia para recabar sus participaciones y cumplir con formalidades que, en la mayoría de las ocasiones, resultan injustificadas o innecesarias. Es sabido por los operadores del sistema que la reiteración de diligencias que involucran a niños, niñas y adolescentes se trata de una práctica generalizada y que la misma se da sin que se consideren los efectos perjudiciales que las mismas acarrearán para las niñas, niños y adolescentes, especialmente cuando se les requiere para evocar recuerdos sobre eventos violentos o dolorosos, como son los eventos de abuso sexual.

De acuerdo con los estándares internacionales que se han desarrollado en materia de derechos de la infancia, las autoridades de los Estados se encuentran obligadas a evitar que las niñas, niños y adolescentes participen en los procedimientos judiciales o administrativos un número excesivo de intervenciones, debiendo evitar todo contacto innecesario con el proceso de justicia.¹⁷ Este estándar busca evitar, por una parte, el sometimiento de niñas, niños y adolescentes a los ambientes hostiles que representan los sistemas de administración de justicia, los cuales se encuentran diseñados bajo una lógica adulto-céntrica; así como para evitar su exposición a situaciones o actos que resulten revictimizantes cuando las niñas, niños o adolescentes deben participar como testigos o víctimas de algún evento violento o traumático. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, al señalar que:

¹⁷ Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos (2005), Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobadas el 22 de julio de 2005. arts. 12, 23, 30 d), 31 a).

163. La Corte advierte que las niñas, niños y adolescentes víctimas, en particular de violencia sexual, pueden experimentar graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales causadas por el hecho violatorio de sus derechos, así como una nueva victimización a manos de los órganos del Estado a través de su participación en un proceso penal, cuya función es justamente la protección de sus derechos. En este sentido, si se estima que la participación de la niña, niño o adolescente es necesaria y puede contribuir con la recolección de material probatorio, deberá evitarse en todo momento la revictimización y se limitará a las diligencias y actuaciones en donde su participación se estime estrictamente necesaria y se evitará la presencia e interacción de aquellos con su agresor en las diligencias que se ordenen.¹⁸

La revictimización y victimización secundaria, no son fenómenos que afecten exclusivamente a la infancia, sino que se tratan de nuevas vulneraciones a los derechos de cualquier víctima derivadas de su contacto con el proceso de justicia (Beristain, 2011), sin embargo, deben considerarse especialmente los efectos revictimizantes en niñas, niños y adolescentes ya que se trata de etapas de desarrollo de las personas, en las cuales los efectos nocivos que producen los actos de revictimización pueden ser de mayor calado afectando su sano desarrollo y pueden implicar la generación de afectaciones a futuro, en otras etapas de desarrollo, por ejemplo, para crear vínculos estables para el desarrollo adecuado de su personalidad (Griesbach Guizar, *et al.*, 2019).

En principio, los sistemas de procuración y administración de justicia representan instancias que deberían fungir como garantes de los derechos de las niñas y los niños, además de ser figuras potencialmente significativas en el proceso terapéutico a efecto de que las niñas y niños víctimas logren recuperar la confianza en personas adultas protectoras.

¹⁸ Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018", Serie C, No. 350 Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf», par.163 (resaltado de las autoras).

Sin embargo, con frecuencia son estas instancias quienes se encargan de mermar ese proceso terapéutico, obligando a las niñas, niños y adolescentes a recordar —y con ello, revivir—, en más ocasiones de las estrictamente necesarias, los eventos que les victimizaron. Por ejemplo, en casos como el estudiado por la Primera Sala —ADR 3797/2014—, que acarrea consecuencias de índole civil y penal, es común que se exija la participación de los niños y las niñas para abordar los hechos denunciados, por lo menos en las siguientes ocasiones:

1. En entrevista ante la Fiscalía (en muchas ocasiones se práctica también una entrevista por personal de la policía de investigación).
2. En ampliaciones de entrevistas.
3. En la revisión médica legista.
4. En sesión psicológica para la realización de una pericial en la materia que "demuestre la existencia de afectaciones".
5. En la o las audiencias en las que el niño o niña sea llamada a declarar.
6. En "plática" con la persona titular del órgano jurisdiccional en materia familiar.
7. En otras periciales que se consideren pertinentes en cada caso concreto.

Estas prácticas se encuentran lejos de estar apegadas a los estándares de participación y protección a niñas, niños y adolescentes víctimas. Es claro, por una parte, que los sistemas de procuración e impartición de justicia no se encuentran diseñados para proteger a las niñas, niños y adolescentes de los efectos nocivos que generan los procesos de justicia y, por otra parte, la inercia de las malas prácticas y la firme creencia de las autoridades sobre la imposibilidad de hacerlo de manera distinta, que configuran una barrera que se vuelve imposible de franquear y que pone en serio riesgo el bienestar de niñas, niños y adolescentes víctimas.

En parte, esta postura radica en el desconocimiento de las características de las etapas de desarrollo por las que atraviesan niñas, niños y adolescentes.

Con frecuencia se cree que las personas menores de edad cuentan con las mismas herramientas cognitivas para evocar recuerdos con orden, precisión y claridad¹⁹ y con las mismas herramientas emocionales y morales para enfrentar el recuerdo de un hecho traumático o violento y estar en condiciones de brindar esa información a las autoridades en las mismas circunstancias que lo haría una persona adulta.

Las especialistas Castañer y Griesbach (2005) corroboran que no es así; señalan varias diferencias de las habilidades que exige la participación en un proceso —según su diseño actual— de las que una niña, niño o adolescente ostenta:

Entra cuadro:

HABILIDADES REQUERIDAS PARA LA PARTICIPACIÓN	CARACTERÍSTICAS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA
<i>Capacidad para comprender el lenguaje hablado.</i>	<p>Por el tipo de pensamiento concreto, es posible que una niña o niño no logre prestar atención a las palabras. Incluso si no entienden lo que se les pregunta, brindarán una respuesta, ya que, debido a su desarrollo moral, es frecuente que los niños entiendan que si una autoridad (cualquier adulto) les hace una pregunta es porque existe una respuesta y ellos deben darla, aún si no la conocen.</p> <p>Las y los adolescentes son igualmente vulnerables en este aspecto por cuestiones vinculadas al desarrollo moral. Tienen un alto grado de inseguridad sobre su identidad, su desempeño, sus habilidades, por lo que suelen incrementar la tendencia a responder lo que creen que deben responder.</p>

¹⁹ Lo que incluso es puesto en duda por la propia psicología del testimonio, según señala la sentencia de la Primera Sala al indicar que las testimoniales adultas resultan igual de problemáticas que las de niños y niñas

<p><i>Capacidad para elaborar un relato (expresarse de manera coherente y ordenada).</i></p>	<p>Por el pensamiento intuitivo y egocéntrico, el niño o niña tiende a relatar sin orden cronológico y sin discriminar cuando se refiere a un evento y cuando a otro diferente. Será doblemente difícil narrar si el episodio ha implicado violencia, riesgo para él o alguien querido y situaciones estresantes.</p>
<p><i>Capacidad de evocar el recuerdo sobre los hechos de manera precisa y suficiente.</i></p>	<p>Difícilmente puede explicar por qué cree que algo sucedió y sólo describe las partes del evento que le resultaron significativas (aunque no sean las más relevantes en términos legales). El pensamiento concreto de niñas y niños implica dificultades para manejar nociones de tiempo y espacio absolutos y convencionales (como fechas, días u horas específicas).</p>
<p><i>Capacidad de controlar la angustia para sobrellevar una situación altamente angustiante.</i></p>	<p>El niño no cuenta con estrategias cognitivas que le resulten útiles para enfrentar situaciones angustiadas. Aunque cuenten con el bagaje completo de emociones que un ser humano puede sentir, los niños y adolescentes apenas están aprendiendo a comprender y controlar dichas emociones. Las habilidades cognitivas del adolescente son muy afectadas por las emociones, que en esta etapa se presentan con gran fuerza.</p>
<p><i>Capacidad de mantener la atención y concentración durante la diligencia, aun bajo altos niveles de estrés</i></p>	<p>El niño pequeño es capaz de concentrarse sólo durante períodos muy breves de tiempo. La posibilidad de atender y concentrarse depende más del interés (otra variable subjetiva) que de la razón y voluntad. En la adolescencia, la atención y concentración son interferidas por variables emocionales, sobre todo por la angustia.</p>

Cuadro 1. Elaboración propia con base en el texto citado de Castañer y Griesbach (2005).

Debido a ello, la exigencia desmedida de que las niñas, niños y adolescentes involucrados en procedimientos acudan a participar en los mismos,

ya sea rindiendo testimoniales, brindando opinión o siendo sujetos de alguna examinación pericial, tiene, además de importantes efectos negativos en su salud dadas sus características emocionales y cognitivas, efectos negativos en la calidad y cantidad de la narrativa que puede ser obtenida. También ocurre con frecuencia que la reiteración de sus participaciones dé lugar a contradicciones, retractaciones o que se manifiesten otro tipo de mecanismos de defensa (como evitación, desplazamiento, formación reactiva, transformación en lo contrario, etc.), esto llega a interpretarse por los órganos de procuración y administración de justicia como señales de que el niño o niña está inventando, mintiendo o que ha sido aleccionado —como ocurrió en el caso de estudio—. Si bien es cierto que los niños desde edades muy pequeñas saben mentir, lo hacen a un nivel muy básico que lo hace muy evidente, no cuentan aún con las habilidades para construir un falso relato complejo que involucre hechos, emociones y sensaciones, de modo que cuando narran un evento de esta naturaleza —como un abuso sexual— sólo pueden hacerlo si lo han vivido y no, por "aleccionamientos" de terceras personas (Echeburúa & Guerricaechevarría, 2000). En esas condiciones, cuando un niño, niña o adolescente se contradice o modifica sus declaraciones previas (lo que supone una indeseable repetición y revictimización), es importante tener en cuenta sus características de desarrollo, sobre lo cual se abundará en el apartado correspondiente de valoración.

Cada participación que es exigida a las niñas, niños y adolescentes afecta la forma en que recuerdan y narran un evento; y ello, lejos de entenderse como una contradicción o falta de veracidad, debe comprenderse como una consecuencia natural derivada de las características de las diversas etapas de desarrollo por las que atraviesan las niñas, los niños, las y los adolescentes. Por ejemplo, la etapa de desarrollo moral que atraviesan niñas o niños en edad preescolar, ocasiona que tras la repetición de una pregunta tiendan a cambiar su respuesta, al asumir que la razón por la cual se les está preguntando lo mismo que ya han respondido, es porque la primera respuesta que dieron es la equivocada, aunado a la necesidad de agradar o complacer al adulto que pregunta (Castañer Poblete, 2005).

Este efecto de la repetición de participaciones fue una de las razones que llevó a la Sala de apelación y al Tribunal Colegiado a enfrentar un escenario complejo al valorar el dicho de la niña víctima en el caso en comento, haciendo necesaria la intervención de personas especializadas en el dicho de niñas, niños y adolescente víctimas de agresiones sexuales, pues como refirió la Primera Sala en dicho caso, el perfil y la formación de las personas que juzgan esos casos, resultan insuficientes para valorar acertadamente los dichos y la existencia de aparentes contradicciones, retractaciones, desplazamientos respecto a los intervinientes y cualquier otro mecanismo de defensa que haya aparecido con motivo de la repetición o la inadecuada intervención.

2. La conducción inadecuada de las participaciones de niñas, niños y adolescentes en los procedimientos (obligación de adecuar los procedimientos)

Otro de los problemas importantes que atiende la sentencia del Amparo Directo en Revisión 3797/2014, tiene que ver con la ausencia de garantías de protección a niñas, niños y adolescentes contra sufrimientos durante el proceso de justicia, específicamente en lo que se refiere a la conducción de las entrevistas infantiles. De acuerdo con los estándares internacionales en la materia, implica garantizar desde el derecho a contar con la asistencia o acompañamiento de una persona de apoyo durante el proceso de justicia, el derecho a que su interacción con el proceso o en el interrogatorio sea sensible y se eviten actos de intimidación, el derecho a la no confrontación con la persona posiblemente agresora, hasta el derecho a contar con un ambiente adecuado para el desahogo de su participación.

La sentencia en comento aborda este problema desde dos perspectivas, principalmente: 1) respecto a la especialización de la persona que realiza la entrevista; y, 2) respecto a las características que debe revestir la entrevista investigativa.

Para abordar el primer punto —especialización del personal que interactúa con la niña, niño o adolescente— es indispensable ampliar la mirada y comenzar por abordar el derecho de toda niña o niño que deba participar en un proceso, a contar con **asistencia especializada** de manera previa, durante y posterior al desahogo de su participación; y dentro de este derecho encontraremos las características que debe cumplir el personal que interactúa con el niño o la niña en la testimonial.

De acuerdo con la interpretación que han realizado los organismos internacionales, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser asistidos por profesionales (acompañantes) que garanticen su participación adecuada en todas las etapas de los procesos,²⁰ mejorando la comunicación y comprensión de su intervención en los mismos, ya sea en forma previa, concomitante o posterior a los hechos. Tal como se señala en la sentencia del Amparo Directo en Revisión 3797/2014, es importante distinguir esta figura de otras intervenciones de personal especializado, ya que en la mayoría de las ocasiones los acompañantes son especialistas en psicología y su función suele confundirse con la de otros profesionales en esa materia. Las distinciones más relevantes son:

Entra cuadro:

FUNCIÓN	PERSONAL ESPECIALIZADO	TIPO DE TRABAJO
<i>Acompañamiento procesal</i>	Se trata de un servicio proporcionado por personas especializadas en la interacción con niñas, niños y adolescentes, cuyo perfil es predominantemente —aunque no exclusivamente— psicológico.	Sesiones de trabajo consistentes en brindar información a la niña, niño o adolescentes sobre el avance del proceso y su participación en el mismo, con técnicas adecuadas. También es la persona que acompaña e interactúa con el niño, niña o adolescente durante el desahogo de su participación (opinión o testimonial). (SCJN, 2014)

²⁰ Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos (2005), Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobadas el 22 de julio de 2005.

<p><i>Periciales en psicología</i></p>	<p>Se trata del análisis practicado por un especialista en psicología conforme a la ciencia de que se trata.</p>	<p>Este especialista puede emitir un informe sobre lo que ha observado y cómo ha desempeñado su función.</p> <p>Puede requerir de una o más sesiones de trabajo consistentes en la aplicación de diversas técnicas para la obtención de información (observación, entrevistas, pruebas o test psicológicos, etc.), y con ello responde a una o varias preguntas planteadas. Dicho análisis debe poder ser comparado o estudiado de manera colegiada por otros expertos en la misma materia (Ortega Soriano, <i>et al.</i>, 2014).</p> <p>Este especialista emite un dictamen pericial sobre sus conclusiones derivadas del análisis efectuado.</p>
<p><i>Terapias psicológicas</i></p>	<p>Es un proceso que lleva a cabo la o el especialista en psicología clínica hacia el paciente para su tratamiento.</p>	<p>Implica sesiones constantes de terapia, por un tiempo indefinido para el tratamiento de los trastornos del comportamiento, el pensamiento y las emociones (Benito, 2009).</p> <p>Este especialista puede emitir un informe sobre la evolución del proceso terapéutico.</p>

Cuadro 2. Funciones de especialistas en psicología

Aunque el perfil de las personas expertas pueda coincidir en estas actividades, es importante asegurar que dichas funciones no sean realizadas por la misma persona en el mismo caso. Es decir, que el acompañamiento no sea brindado por la misma persona que realizará la pericial o que la persona encargada de las terapias de la víctima o viceversa. Esto es así, porque si bien la persona puede cumplir con el requisito de especialización, la confusión de funciones puede dar lugar a errores metodológicos en la

realización de las actividades, por ejemplo, una pericial realizada por la persona terapeuta correrá el riesgo de no ser objetiva. A esto se refirió la Primera Sala en la sentencia en comento, cuando señaló que la entrevista investigativa no debía ser una entrevista clínica, refiriéndose, precisamente, a la distinción de funciones entre la labor terapéutica de una persona especialista y su función como acompañante para la interacción de una niña, niño o adolescente con el proceso.

Explicadas las diferentes funciones de las y los especialistas en psicología que pueden intervenir en un procedimiento, es pertinente abundar en la función de la persona acompañante procesal, ya que es ésta sobre quien recae la preparación del niño, niña o adolescente para su participación, la que idealmente dirige su interacción con los demás actores del proceso y la que coadyuva en la resignificación del proceso para otorgarle un valor redignificante (Castañer Poblete, 2008). Es fundamental que se garantice que la persona que se ha señalado para brindar el acompañamiento procesal al niño, niña o adolescente sea la misma (o existan los menores cambios posibles) durante todo el proceso, a efecto de que exista continuidad en la relación establecida.²¹

Durante los momentos previos a la participación judicial o administrativa de la niña, niño o adolescente, debe existir un encuentro previo con la o el especialista, a efecto de que determine la preparación del niño, niña o adolescente para actuar, la obtención de su consentimiento y opinión respecto a la forma en que habrá de participar, se brinde información básica sobre la diligencia (por ejemplo, describiendo el espacio físico donde se realizará, señalando quiénes estarán presentes, y las reglas que deberán seguirse), se permita afrontar preocupaciones y anticipar temores,²² así como establecer una relación de confianza con la persona acompañante.

²¹ Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos (2005), Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobadas el 22 de julio de 2005. Art. 30.

²² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02. "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" del 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf».

Tiene especial importancia que durante el momento de preparación previa, la o el especialista se abstenga de cuestionar a la niña, niño o adolescente sobre los hechos que motivan su participación en el proceso, así como reconducirle cuando de manera espontánea habla sobre ello y tomar nota precisa de las cosas que manifestó la persona menor de edad y de las circunstancias que propiciaron esa narración (información que podrá hacer llegar a los órganos encargados de la procuración y administración de justicia a través de informes) (Castañer Poblete y Griesbach Guizar, 2006). Como se ha señalado en el apartado previo, el cuestionamiento reiterado sobre los hechos puede ocasionar que el recuerdo o la narración de la niña o el niño se modifique, afectando la calidad de la información que puede proporcionar al procedimiento legal.

En cuanto a la asistencia de la persona acompañante durante el desahogo de la participación (opinión o testimonial) de la niña, niño o adolescente, debe enfatizarse su función como facilitador o facilitadora de su testimonio. Sobre este aspecto es importante señalar que no basta con que se garantice la presencia del especialista en el lugar y en el momento en que será recabada la testimonial o la opinión de la niña, niño o adolescentes, sino que debe garantizarse que su intervención sea efectiva para los fines que se pretenden, es decir, tanto para brindar asistencia emocional como para interactuar con la víctima o testigo y facilitar la obtención de información y el entendimiento del proceso.

De ahí que sea necesario que quienes funjan como especialistas cuenten con una formación que les permita interactuar en forma especializada con el niño, niña o adolescente víctima o testigo, pudiendo ser personal especializado en psicología o en disciplinas afines (como pedagogía), y con capacitación para participar en la toma de declaraciones infantiles, ya que una entrevista mal conducida por un entrevistador no capacitado puede dar lugar a información de mala calidad.

La sentencia en comento es bastante exhaustiva sobre este punto enfatizando las diferencias que deben existir entre una entrevista clínica y una

entrevista investigativa. En dicha sentencia la Primera Sala de la Suprema Corte sostuvo que es necesario que el Estado cumpla con su obligación de implementar políticas públicas que, en respeto a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, garanticen la existencia y asistencia de profesionales capacitados en este tipo de funciones,²³ es decir, con conocimientos sobre las técnicas para realizar ese tipo de entrevistas y para interactuar con personas menores de edad, ya que la calidad y la cantidad de la información dependerá de la capacidad de la persona especialista para relacionarse con la niña, niño o adolescente durante su participación.²⁴ También la Corte Interamericana ha insistido sobre este punto, señalando que: "la entrevista deberá llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones".²⁵

Algunas reglas que se han desarrollado por los organismos internacionales²⁶ para la participación de niñas, niños y adolescentes en procedimiento judiciales o administrativos, son:

- Permitir que durante su participación la niña, niño o adolescente pueda expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia.

²³ Sobre este aspecto también se señalan lineamientos que debe cumplir la capacitación del personal de acompañamiento, en: (Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, 2005).

²⁴ Sentencia de Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre de 2015.

²⁵ Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 350 Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf», par.168.

²⁶ Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos (2005), Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobadas el 22 de julio de 2005; Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos (2005), Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobadas el 22 de julio de 2005; Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 350 Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf»; XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, Brasilia: s.n.

- La entrevista debe buscar obtener información precisa, confiable y completa de lo ocurrido a través del relato de la víctima.
- Evitar que las niñas o niños sean interrogados por el presunto autor del delito y que sea objeto de intimidación, respetando debidamente los derechos de la defensa. Deberá asegurarse que las víctimas y los testigos de delitos menores de edad sean interrogados de manera adecuada a su edad y madurez, no pudiendo ser interrogada en forma directa por el tribunal o las partes.
- Brindar las medidas que faciliten el testimonio del niño como el uso de dispositivos especiales como la Cámara de Gesell o Circuitos cerrados de televisión (CCTV), a fin de minimizar cualquier efecto revictimizante.
- El uso del anticipo jurisdiccional de la prueba y la videograbación de las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes víctimas para no reiterar el acto. Lo cual sirve para evitar la revictimización de la niña, niño o adolescente víctima, el deterioro de las pruebas y garantizan el derecho de defensa de la persona imputada.
- Garantizar que los entornos sean idóneos para niños, niñas y adolescentes, que no sean intimidatorios, hostiles, insensibles o inadecuados, tanto las salas de entrevista, como los lugares de tránsito y espera, y brindando recesos durante el desahogo de su participación.
- Las audiencias deben encontrarse programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño y ser compatibles con el ejercicio de otros derechos (como educación, alimentación o esparcimiento).
- Procurar que el niño, niña adolescente sólo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario. Deberá procurarse que las niñas, niños y adolescentes no sean interrogados en más ocasiones que las estrictamente necesarias, atendiendo a su interés superior, para evitar la revictimización o un impacto traumático

Sobre la entrevista investigativa, la Primera Sala señaló que pretende recabar datos no contaminados, con base en los principios psicológicos

que regulan el recuerdo y la recuperación de la memoria. Para realizarse debe:

- a. Allegarse de información sobre una serie de factores relacionados con el niño que pueden influir en la entrevista: etnicidad, género, nivel de desarrollo cognitivo, habilidades comunicacionales, saber si se sospecha o se sabe si fue abusado sexualmente con anterioridad, etc. De ser necesario realizar una evaluación psicológica al niño.
- b. La o el entrevistador debe comunicarle al niño las reglas básicas de la entrevista investigativa: la importancia de que diga la verdad; debe señalar si no entiende lo que se le pregunta; debe responder "no sé" a cualquier pregunta si no conoce la respuesta; etc.
- c. Se deben formular las preguntas de una forma adecuada. Las preguntas no deben ser sugestivas y deben ser lo más abiertas posibles. Debe procurarse que en una primera fase de la entrevista el niño realice un relato libre de lo ocurrido y, sólo hasta que éste haya concluido, introducir preguntas aclaratorias, focalizadas y específicas.
- d. Debe tener en cuenta la perspectiva del menor: la o el entrevistador debe estar dispuesto a utilizar las palabras que utiliza el propio menor para describir sus partes del cuerpo y actividades sexuales; términos como "arriba", "detrás", "debajo", "una vez", "frecuentemente", etc., suelen ser entendidas de manera distinta incluso por niños de corta edad.
- e. La entrevista debe grabarse en video.²⁷

Finalmente, por lo que hace a la asistencia que deben prestar las y los acompañantes de forma posterior a que la niña, niño o adolescente participa en el procedimiento, se ha señalado que deberá iniciarse un trabajo

²⁷ Sentencia de Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre de 2015. Votos a favor: 3, votos en contra: 1 pp. 70-72.

de cierre a su participación. Primero, al ir concluyendo su participación deberá identificarse si no existen preguntas del niño o niña, o si existe alguna manifestación adicional que quiera realizar, con la finalidad de lograr un cierre de su participación de manera satisfactoria para él o ella.

Posteriormente, debe continuarse con el servicio de acompañamiento para trabajar con él o ella la comprensión sobre la importancia de su participación en el proceso, informarle sobre el desarrollo y conclusión del mismo, e identificar si existe alguna necesidad de atención particular (distinta a la que satisface el servicio de acompañamiento) para acercarle a los servicios pertinentes. Sobre este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que las garantías procesales y de protección no deben limitarse únicamente a prestar asistencia al niño o niña en el momento en que se desahoga su participación, sino que también incluye brindar otro tipo de medidas de protección hasta que dejen de ser necesarias, ya que con ello se procura evitar que la participación del niño, niña o adolescente les cause nuevos perjuicios y traumas adicionales, es decir, revictimización.²⁸

Como se señaló en el cuadro previo, las y los especialistas que brindan el servicio de acompañamiento pueden emitir un informe sobre las observaciones que realizaron en el proceso de acompañamiento y que sean de utilidad a las autoridades para comprender de manera plena la participación del niño, niña o adolescente. Por ejemplo, si durante el desahogo de su testimonial observó ciertas conductas, circunstancias que influyeron en la forma en que se desarrolló u observó la activación de mecanismos de defensa, será información relevante para que las autoridades de administración o procuración de justicia realicen una adecuada valoración de su dicho (Berlinerblau, *et al.*, 2013). Sobre esto se abundará en el apartado correspondiente.

²⁸ Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 350 Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf».

3. La incorrecta valoración de las testimoniales de niñas, niños y adolescentes

Finalmente es pertinente abordar lo correspondiente a la valoración de las declaraciones de niñas, niños y adolescentes. Como se ha venido señalando, el desconocimiento de los elementos antes expuestos —características de la infancia y la adolescencia y formas de la narrativa infantil— terminan afectando la valoración que realizan los órganos jurisdiccionales sobre las distintas participaciones de las personas menores de edad. Es decir, la ausencia de un enfoque de infancia que considere tanto sus características como sus derechos especiales ocasiona que se emitan sentencias que son ciegas a las necesidades de niñas, niños y adolescentes y que vulneran sus derechos.

En el caso de estudio, la Primera Sala señaló que cuando los órganos jurisdiccionales de instancia advierten razones para dudar del testimonio de una niña o un niño deben ordenar la práctica de una prueba pericial a cargo de una persona profesional debidamente capacitada para evaluar la credibilidad de esa declaración, particularmente si se trata de un caso de abuso sexual infantil. Se estima que dicha decisión fue pertinente para la resolución del caso en concreto (en atención a la posición de la Primera Sala como revisor de cuestiones de constitucionalidad y en atención a que el caso permitía la comparación de diferentes dichos de la niña víctima), sin embargo, también se considera que este criterio de valoración establece un estándar de actuación difícil de reproducir para otros casos en atención a la escasez de profesionales capacitados en psicología del testimonio infantil, aunado a que atenúa la obligación de las y los titulares de órganos jurisdiccionales de capacitarse para resolver con un enfoque de infancia.

En ese sentido, es pertinente considerar una analogía con la aplicación de la perspectiva de género al resolver un caso; por ejemplo, cuando en un caso existen dudas sobre la interpretación que deba hacerse de una situación desigual de poder y los efectos que genera en la actuación de la

víctima, si bien puede ordenarse la intervención de personas especialistas en psicología y perspectiva de género para la evaluación de esas circunstancias y coadyuvar a la correcta valoración del juez, la inexistencia de esa prueba, no exime a las autoridades jurisdiccionales de valorar las pruebas existentes con perspectiva de género. De modo que, en la revisión de la sentencia, el tribunal de alzada está facultado para reinterpretar las pruebas con perspectiva de género, sin la imperiosa necesidad de ordenar la realización de una prueba específica para ello y sin que implique un mayor retraso en la administración de justicia. De igual forma, la incorrecta valoración de un órgano jurisdiccional por no realizarse con perspectiva de infancia no debería conllevar a la necesidad de ordenar pruebas para la evaluación de la credibilidad de un testigo niño o niña, sino a la aplicación de un enfoque diferenciado que atienda a las características de niñas, niños y adolescentes, según sea el caso.

Esta afirmación debe entenderse sustentada idealmente sobre un procedimiento que ha respetado los derechos y características de la infancia desde el inicio de su participación, es decir, un proceso en el que se hayan evitado los actos de revictimización, se hayan adoptado las adecuaciones procesales pertinentes y se haya brindado acompañamiento especializado a la niña, niño o adolescente. No obstante, el hecho de que no se hayan cumplido con todas estas características del proceso que involucra a niñas, niños y adolescentes, tampoco exime al juzgador o juzgadora de valorar las pruebas con un enfoque de infancia.

Algunos de los problemas más frecuentes que se enfrentan —según la experiencia de las autoras— en la valoración de los testimonios infantiles son:

- **La expectativa de que la niña, niño o adolescente brinde "detalles" sobre la agresión de la que fue objeto (incluidas circunstancias precisas de modo, tiempo y lugar).** Desde el punto de vista especializado en materia de infancia, se entiende por "detalle"

todo aquello que sea construido desde la propia experiencia infantil (lo que vio, lo que sintió, lo que le llamó la atención y le resultó significativo) y no se refiere a detalles en el sentido de precisión de tiempo, lugar, modo desde las convenciones adultas (lugar específico, duración en minutos, distancias con unidades de medida abstractas, etc.). Se trata de nociones abstractas que se logran en las últimas etapas del desarrollo cognitivo (después de la adolescencia) (Castañer Poblete, 2005).

- **La exigencia de que la niña, niño adolescente narre de manera objetiva y cronológica.** Dicha habilidad se desarrolla con el paso del tiempo, en las primeras etapas de desarrollo los niños y niñas mantienen un pensamiento egocéntrico, lo que implica que pueden describir los hechos con base en sus propias experiencias y no pueden hablar o se confunden sobre las experiencias de terceras personas (como donde se encontraban, que vieron, que hicieron, etc.). La narrativa infantil es subjetiva y no puede centrarse en aquello que el interlocutor necesita para comprender lo sucedido, sino que está asociado a lo que le resulta significativo.
- **La incompreensión sobre la develación parcial,²⁹ el retractamiento³⁰ y la aparición de conductas y sentimientos ambivalentes³¹ hacia quien le agredió.** Estos fenómenos aparecen frecuentemente en casos en los que la persona agresora es significativa para el niño o la niña, y no debe considerarse una razón que merma su credibilidad, sino que se trata de un efecto esperable (Intebi, 1998).

²⁹ Se entiende por *develación parcial* la narración de detalles o ampliación de los hechos en declaraciones posteriores y que sólo se pueden verbalizar cuando las niñas, niños y adolescentes se sienten más seguros (Castañer Poblete y Griesbach Guizar, 2006).

³⁰ El *retractamiento* se asocia a los hechos que el niño o niña percibe luego del develamiento de lo sucedido. Al percibir cambios en su contexto (angustia en los cuidadores, enojo en los posibles agresores, cambios en las rutinas cotidianas, etc.) que les hace "desear no haber contado nada" para que todo regrese a la normalidad (Castañer Poblete y Griesbach Guizar, 2006).

³¹ La *ambivalencia* consiste sentir amor y odio al mismo tiempo por alguien (Castañer Poblete y Griesbach Guizar, 2006).

III. Apartado conclusivo: retos que persisten

En atención a lo expuesto en los apartados anteriores, resulta claro que aún queda un largo trecho por recorrer en materia de derechos de la infancia y adolescencia y, a pesar de que la reformas constitucionales de 2011 incorporaron importantes estándares de derechos al ordenamiento jurídico interno, es claro que las viejas inercias de actuación de las autoridades mantengan esta gama de derechos como una aspiración y no como una realidad.

Uno de los retos más importantes para la protección de la infancia y la adolescencia que enfrentan los órganos jurisdiccionales y de procuración de justicia, tiene que ver con la evitación de la revictimización, principalmente, aquella que se genera de la repetición —muchas veces innecesaria e injustificada— de sus participaciones. Es importantísimo que ello se imponga como una obligación clara para las autoridades y que se adopten, sin demora, protocolos y procedimientos que eviten esas repeticiones y que no dejen lugar a la discrecionalidad del operador o de la operadora. Ello no solo reduce las posibilidades de generar revictimización en las niñas, niños y adolescentes, sino que también reduce las "incongruencias" o "retractaciones" y, con ello, las razones que lleven a dudar de la credibilidad del dicho infantil.

Debe tomarse en consideración que la exposición a múltiples participaciones durante el proceso puede generar en los niños y las niñas la disminución de habilidades para el control de la angustia y la activación de mecanismos de defensa. Como todo evento desconocido y que causa tensión, el proceso de procuración y administración de justicia tiene un impacto importante en las niñas y los niños que, cuando no es manejado adecuadamente, provoca una victimización secundaria.

Algunas de las herramientas que se han desarrollado tanto en el país como en otras latitudes para evitar la repetición de participaciones son:

- El establecimiento de protocolos que coordinen la realización conjunta del desahogo de la participación del niño o niña (ya sean testimonial u opiniones), correspondiente a distintas materias (por ejemplo, la civil y la penal) (Griesbach Guizar, *et al.*, 2019).
- La obtención de entrevistas ministeriales videograbadas que puedan ser reproducidas en etapas posteriores del procedimiento (Berlinerblau, *et al.*, 2013).
- La recaudación de la testimonial infantil a través del anticipo de prueba, de modo que pueda realizarse desde las primeras etapas del procedimiento y cumpla con los requisitos de validez exigidos para juicio, salvaguardando el derecho de defensa (Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe – UNODC ROPAN, 2014).

Estas herramientas deben implementarse considerando como finalidades:

- Evitar que los niños y niñas, víctimas o testigos, revivan los hechos delictivos de manera innecesaria e injustificada.
- Reducir al mínimo su exposición a experiencias que le causan temor, angustia y miedo.
- Reducir el tiempo entre el hecho delictivo y su participación en el proceso.
- Mejorar las posibilidades de acceso a la justicia y sanción a los agresores de los niños y niñas.

Respecto al mecanismo de prueba anticipada, la misma Suprema Corte de Justicia ha reconocido en el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucran a Niñas, Niños y Adolescentes que esta forma de desahogar la prueba permite garantizar la inmediatez y conservación de la declaración de el niño o la niña para uso en posteriores fases del proceso y permite conocer los hechos con anticipación y evitar la angustia de la niña o niño ante la posibilidad de declarar de nueva cuenta.

Aunque el escenario ideal implica la existencia de una normativa jurídica que incorpore en todos los procesos la perspectiva de infancia, no debe pasarse por alto la utilidad del principio de interés superior de la infancia, como criterio interpretativo,³² en la labor argumentativa que justifique la solicitud o concesión de adecuaciones a los procedimientos. Cuando un niño o niña tiene que participar en el procedimiento como víctima o testigo de un hecho, se asume que puede hacerlo casi en las mismas condiciones que un adulto, en este aspecto la única salvaguarda que prevé nuestra legislación procesal es que su recepción se haga con el auxilio de familiares o peritos especializados y la posibilidad de usar técnicas audiovisuales. Sin embargo, nada se señala respecto a la cantidad de veces que deba presentarse a participar ni de las condiciones en las que debe participar, tal omisión resulta indirectamente discriminatoria porque invisibiliza los efectos negativos agravados que tiene la participación de niños y niñas en procedimientos penales en virtud de sus características de desarrollo. De ahí que sea necesario impulsar una labor argumentativa que pugne por la salvaguarda del bienestar de las personas menores de edad.

Por ejemplo, aunque el Código Nacional de Procedimientos Penales no establece como una causal de procedencia de la prueba anticipada que se trate de testimoniales de niñas, niños o adolescentes, una interpretación conforme de las disposiciones que componen al proceso penal y, particularmente del artículo 304, auxiliándose para ello del interés superior de la infancia como norma de procedimiento, según lo ha dispuesto la tesis con registro 2010602 de la Primera Sala de la SCJN,³³ exige la armonización del proceso penal con la protección más amplia para los

³² Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013. Observación general No. 14 (2013). Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

³³ "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO." Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [A], 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 25, Diciembre de 2015, página: 256, Reg. Digital: 2010602

niños y niñas víctimas y sus derechos fundamentales. Así, la interpretación conforme del procedimiento penal para la participación de niños y niñas implica la consideración de la figura de "prueba anticipada" como un mecanismo de protección a las víctimas que se encuentran en evidentes situaciones de vulnerabilidad.

Debe tenerse presente que la mayoría de las disposiciones que norman los procedimientos, se encuentran diseñadas bajo una perspectiva *adultocéntrica*, es decir, que considera casi como únicos actores a las personas adultas, previendo sólo en algunas ocasiones disposiciones especiales para la participación de niños y niñas. De modo que deben incorporarse interpretativa y argumentativamente, consideraciones sobre los efectos diferenciados que algunas reglas procesales tienen sobre las personas que se encuentran en situación de desventaja o vulnerabilidad, como niñas, niños y adolescentes.

Bibliografía

- BENITO, E. (2009), "Las psicoterapias", *PSIENCIA. Revista Latinoamericana de Ciencia Psicológica*, abril, 1(1), pp. 1-9.
- BERISTAIN, C. M. (2011), *Manual sobre la perspectiva psicosocial en la investigación de Derechos Humanos*, 3a. ed., México, FUNDAR, CDHDF, Serapaz.
- BERLINERBLAU, V., NINO, M. y VIOLA, S. (2013), *Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos*, Buenos Aires, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC).
- CASTAÑER POBLETE, A. (2005), *Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles ¿Cómo obtener información sin revictimizar al niño?*, México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A. C.

_____ (2008), *La Denuncia como Elemento Terapéutico para el Niño Víctima del Delito*, México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A. C.

_____ y GRIESBACH GUIZAR, M. (2006), *Acciones para Evitar la Revictimización del Niño Víctima del Delito, Manual para Acompañar a Niños a través de un Proceso Judicial*, México, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C.

Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013. Observación General No. 14 (2013). Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009.

Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos (2005), Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobadas el 22 de julio de 2005.

ECHEBURÚA, E. y GUERRICAECHEVARRÍA, C. (2000), *Abuso sexual en niña, niño o adolescentes, niños y adolescentes: víctimas y agresores*, Barcelona, Ariel.

GIMÉNEZ POU, F (2014), "Argumentación judicial y perspectiva de género", en CRUZ PARCERO, J. A., CONTRERAS, R. y LEAL CARRETERO, F, (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica en México*, colección Doctrina Jurídica Contemporánea, México: Fontamara, pp. 123-153.

GRIESBACH GUIZAR, M., GIL BARTOMEU, M. y PLIEGO PÉREZ, Y. (2019), *Procedimiento único para evitar la revictimización de niñas*,

niños y adolescentes víctimas del delito a través de su testimonial protegida y especializada, Chihuahua, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua.

INTEBI, I. (1998), *Abuso sexual infantil. En las mejores familias*, Barcelona, Ediciones Granica S.A.

MORLACHETTI, A. (2018), *Hacia una medición de los sistemas de protección de la niñez en América Latina y el Caribe: herramientas de indicadores*, s.l., Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

NINO, M. y otros (2015), *Acceso a la justicia de niños/as víctimas en la Argentina. La experiencia de elaboración de protocolos unificados de actuación en Formosa, Jujuy y Tucumán*, Argentina, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)/ Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe – UNODC ROPAN, 2014. *El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá*.

ORTEGA SORIANO, R. A., BRAVO FIGUERO, R., GRIESBACH GUIZAR, M. y GARCÍA HUERTA, D. (2014), *Estudio y aplicación de la prueba desde un enfoque de derechos humanos*, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014), *Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren a Niñas, Niños y Adolescentes*. 2a. ed., México, s.n.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*, Brasilia, s.n.

Resoluciones

Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 350. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf».

Corte IDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf».

Contradicción de Tesis 130/2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 16 de noviembre de 2005.

Amparo Directo 30/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 11 de marzo de 2009.

Contradicción de Tesis 70/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 15 de agosto de 2012.

Contradicción de Tesis 96/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 10 de octubre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 24 de octubre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 3759/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 27 de febrero de 2013.

Amparo en Revisión 386/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 4 de diciembre de 2013.

Amparo Directo en Revisión 2618/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 9 de abril de 2014.

Amparo Directo 903/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de julio de 2014.

Amparo Directo en Revisión 3788/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 10 de junio de 2015.

Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1072/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 17 de junio de 2015.

Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre de 2015. Amparo Directo en Revisión 6141/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de agosto de 2015.

Amparo Directo en Revisión 1236/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 28 de octubre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 2994/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 18 de noviembre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 4481/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 17 de mayo de 2017.

Amparo Directo 34/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 16 de mayo de 2018.

Tesis

"INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO." Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [A], 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 25, diciembre de 2015, página: 256, Reg. Digital: 2010602.

"INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 40. CONSTITUCIONAL". Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [A] 1a. XLVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, abril de 2011, Pág. 310., Reg. Digital: 162354.

"SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL." Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [A]; P. VIII/2007 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; Tomo XXV, abril de 2007; Pág. 6., Reg. Digital: 172667.

"TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO

PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [A]; P. LXXVII/99 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; Tomo X, noviembre de 1999; Pág. 46., Reg. Digital: 192867.

Normativa

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de mayo de 2020.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 1990.

Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2014. Última reforma aplicada el 17 de octubre de 2019.

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 9 de enero de 2020.

Diez años de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín*

Nallely Navarrete**

SUMARIO. I. Interés Superior de la Niñez. II. Autonomía de los NNA. III. Responsabilidad parental. IV. Nueva parentalidad. Reconocimiento filial de la realidad social de los NNA. V. Otros desarrollos. VI. A modo de conclusión.

La tragedia de la guardería ABC colocó en el centro del debate nacional a la infancia y su protección. Al resolver la Facultad de Investigación 1/2009 el Ministro Arturo Zaldívar introdujo por primera vez en la doctrina constitucional del Máximo Tribunal conceptos como el interés superior de la infancia y la obligación de las autoridades de tomar medidas reforzadas de protección cuando tuvieran a su cuidado a niños, niñas y adolescentes (NNA). A pesar del desechamiento de la propuesta de Zaldívar, estos principios llegarían para quedarse en la adjudicación de los derechos de los NNA.

Más tarde, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, y la posterior reforma que incorporó el interés superior de la infancia en la Constitución,¹ le darían un sólido fundamento al

* Doctora y Maestra en Derecho por la Universidad de Virginia, Estados Unidos, actualmente es Directora General del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

** Maestra en Derechos Humanos por el ITAM, actualmente Dictaminadora en la Dirección General de Relaciones Institucionales de la SCJN.

¹ Reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de octubre de 2011.

desarrollo jurisprudencial de los derechos de los NNA. Sin perjuicio de estos derechos ya reconocidos en diferentes instrumentos internacionales, y de su regulación en una ley de avanzada, como es la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Suprema Corte (la Corte) ha dotado de alcance y contenido a estos derechos a partir de una amplia doctrina constitucional. Principalmente, la Primera Sala de la Corte se tomó muy en serio los derechos de los NNA definiendo poco a poco su contenido y principios de adjudicación. Los conflictos familiares que antes se consideraron privados o la aptitud de considerar a los niños como objetos de protección, sin voz ni voto, dejaron de tener espacio en los criterios de la Corte para considerar a las NNA como verdaderos sujetos de derecho.

En el presente artículo haremos una breve y apresurada construcción de diez años de jurisprudencia de la Suprema Corte en la protección de los derechos de los NNA. Sin duda, en este recorrido resaltan como ejes articuladores, el interés superior de la niñez, la autonomía de los NNA y la responsabilidad parental. Expondremos también, las nuevas parentalidades y otros desarrollos en los derechos de los NNA, como la restitución internacional de NNA.

I. Interés Superior de la Niñez

Un principio fundamental en los derechos de las NNA es el interés superior de la infancia. En virtud de este principio se coloca a los NNA en el centro de la toma de decisiones que les conciernen. Esto es, si una decisión, cualquiera que esta sea, afecta a un niño, niña o adolescente, se debe procurar decidir aquello que sea más protector para el infante.²

² "INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA" [Tesis: 1a. CLXIII/2011. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 225]; "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN" [Tesis: 1a. XCVIII/2012. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 1, página 1097]; "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL" [Tesis: 1a. XV/2011.

Al respecto, la Corte ha señalado que este principio comprende una función justificativa y directiva:³ (i) por un lado, sirve para justificar todos los derechos que tienen como objeto la protección de la niñez;⁴ y (ii) además, es un criterio orientador de toda producción normativa lo que incluye no solo la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces, sino también todas las medidas implementadas por el legislador, así como las políticas públicas, programas y acciones específicas llevadas a cabo por las autoridades administrativas.⁵

La función directiva, aplica no sólo a los juzgadores al momento de decidir una contienda, sino a todas las autoridades. Así, por ejemplo, la Primera Sala de la Corte enfatizó el deber de las autoridades penitenciarias de cuidar el vínculo de una madre que se encontraba en reclusión con su hijo, al impedirse al niño vivir en el centro penitenciario.⁶ El Tribunal Pleno también sostuvo que el interés superior de la infancia obliga a las autoridades penitenciarias a valorar la situación de los niños que están

Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, febrero de 2011, página 616]; "JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS" [Tesis: 1a. XVI/2011. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, febrero de 2011, página 616] y "MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE" [Tesis: 1a./J. 191/2005. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, mayo de 2006, página 167].

³ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1187/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 1 de septiembre de 2010 y al Amparo Directo en Revisión 2539/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 26 de enero de 2011.

⁴ "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS." [Tesis aislada 1a. CXXIII/2012 (10). Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, página 259].

⁵ "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR." [Tesis aislada 1a. CXXII/2012 (10a.). Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, página 260]. Véase, en un sentido similar, la tesis: "MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA." [Tesis P. XLV/2008. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVII, junio de 2008, página 712].

⁶ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 644/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de julio de 2017, párrs. 25-27.

bajo el cuidado de las personas en reclusión, al momento de otorgar beneficios preliberacionales.⁷ En un caso sobre *bullying* escolar la Primera Sala de la Corte, elaboró sobre los deberes de cuidado de instituciones educativas y los estándares para acreditar negligencia por parte de las autoridades escolares para atender el fenómeno.⁸

En el marco de la labor judicial, determinar qué es lo mejor para la niñez es una tarea muy compleja, pues muchas veces la decisión que parece correcta para un caso no es así para otro. En ese sentido, la Primera Sala ha sostenido que el interés superior de la infancia es un concepto indeterminado que no puede definirse en abstracto. En virtud de este principio no pueden darse soluciones absolutas, en tanto deben ponderarse todos los elementos normativos y fácticos del caso. En efecto, en el Amparo en Revisión 6179/2015, se indicó que "no puede imponer(se) soluciones totalizadoras para todos los supuestos. Por el contrario, deben valorarse cuidadosamente las peculiaridades de cada controversia, tratando de generar la mejor solución para el infante menor".

Al mismo tiempo, buena parte de la doctrina constitucional de la Suprema Corte ha estado dirigida a establecer reglas procesales en beneficio de los infantes. De tal manera, se ha establecido que los juzgadores cuentan con amplias facultades para requerir de oficio todo el material probatorio que considere conveniente.⁹ Además, se vincula a la persona juzgadora a revisar todos los hechos que incidan en la esfera de la infancia menor, ya sea que éstos formen parte de la litis o hayan surgido durante

⁷ Sentencia recaída en la Solicitud de Reasunción de Competencia 61/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 24 de febrero de 2016 y en el Amparo en Revisión 644/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 8 de junio de 2017.

⁸ Sentencia recaída en el Amparo Directo 35/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015, párrs. 57-58.

⁹ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2539/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 26 de enero de 2011 y tesis de rubro "PRUEBAS. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO EN LOS PROCEDIMIENTOS EN QUE SE CONTRAVIERTEN DERECHOS DE LOS MENORES." [Tesis: 1a. CXXXIX/2007. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVI, julio de 2007, página 268].

el procedimiento;¹⁰ incluso, puede incluir en su razonamiento hechos particulares que se encuentren en otras instancias.¹¹

Otros precedentes han admitido excepciones o reglas más flexibles al interpretar ciertas figuras procesales. Entre estas figuras se encuentra la caducidad de la instancia, donde la Primera Sala señaló que no operaba en aquellos casos que involucren derechos de NNA menores.¹² Tratándose de la cosa juzgada, se puntualizó que existen fallos que no obstante su firmeza, no adquieren la calidad de cosa juzgada en virtud de que lo resuelto en ellos puede ser modificado cuando cambien las circunstancias que imperaban cuando se emitieron.¹³ En la figura del perdón del ofendido, se especificó que el perdón otorgado por el representante del infante no deberá concluir en forma automática el proceso de justicia penal, cuando el juzgador o la juzgadora advierta que con ello

¹⁰ "JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS." [Tesis: 1a./J. 49/2007. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXV, mayo de 2007, página 323].

¹¹ Cabe destacar que este tipo de pruebas no producen un efecto probatorio inmediato y su carácter es de indicio. Con todo, permiten que el juzgador tenga a su alcance todos los elementos probatorios de los que tenga noticia para poder tomar aquella decisión que mejor proteja a los infantes. Este criterio puede verse en la sentencia recaída en el Amparo Directo 30/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 26 de febrero de 2014, Amparo Directo en revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 14 de octubre de 2015 y en el **Amparo Directo en Revisión 2737/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 14 de noviembre de 2018.**

¹² En la sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 199/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 1 de diciembre de 2010. En este asunto se determinó que no opera la caducidad de la instancia en aquellos asuntos en que se encuentren involucrados los derechos de NNA. La razón medular consistía en que era deber del Estado proteger a los infantes sin importar quien promovía a su nombre al existir un interés real por que el juicio continúe. De tal forma que, si la institución de la caducidad operaba como una especie de sanción por la inactividad procesal de la parte promovente, ésta no podría ser atribuible a los infantes involucrados.

¹³ En la sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 496/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 6 de febrero de 2013. En este asunto se determinó que cuando se enfrenta la institución de cosa juzgada frente al interés superior de la infancia, debe prevalecer este último. La razón fundamental que explica la sentencia es que frente a la inmutabilidad de las sentencias (seguridad y certeza jurídica) que son los principios en el que descansa la institución de caducidad de la instancia, no pueden prevalecer frente a los intereses de NNA.

se vulneraría el interés superior del NNA.¹⁴ Finalmente, en la figura del desistimiento de la acción, se determinó que la persona juzgadora debe revisar si convalidar sus efectos es acorde a la protección de los derechos del menor involucrado.¹⁵

En este apartado es imprescindible revisar también los diversos parámetros o directrices que se utilizan para evaluar los hechos objeto de la litis y en los cuales están involucrados los NNA. Así, la Corte ha aplicado la teoría del riesgo como una metodología distinta a la actualización del daño, para justificar la implementación de determinadas medidas en favor de la infancia (menores). Esto es, de acuerdo con la doctrina de la Corte, en ciertos casos no se requiere probar que las circunstancias le generarán un daño al NNA, sino que basta que se acredite que tal situación lo pondría en una situación de riesgo.¹⁶ Por ejemplo, en los casos de pérdida de patria potestad por incumplimiento de obligaciones alimenticias no es exigible que se ponga al infante en una situación de desamparo, basta probar que no se han otorgado alimentos para determinar que se ha

¹⁴ En la sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 441/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 28 de octubre de 2015. En este asunto se determinó que en el marco de casos penales en los que las víctimas sean NNA "el perdón otorgado por el representante del niño no puede convalidarse de manera genérica y absoluta; pues los juzgadores tienen el deber de evaluar dónde se ubica el interés superior del menor".

¹⁵ Sentencia recaída en el **Amparo Directo en Revisión 2737/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 14 de noviembre de 2018**. En este asunto se indicó en el marco del interés superior de la infancia que no resultaba viable convalidar la exclusión de hechos relevantes para resolver el asunto, por que éstos se expusieron en un diverso juicio del cual se desistieron las partes. Así, se indicó que el desistimiento de la acción no puede justificar la exclusión de los hechos que otorguen una mayor certeza de la realidad que soporta el infante.

¹⁶ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 12/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 2 de marzo de 2011; Amparo Directo en Revisión 3394/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 20 de febrero de 2013; Amparo Directo en Revisión 1038/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de septiembre de 2013; Amparo Directo en Revisión 2618/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de octubre de 2013; Amparo Directo en Revisión 3466/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 7 de mayo de 2014; Amparo Directo en Revisión 1222/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de octubre de 2014; y al Amparo Directo en Revisión 2534/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de febrero de 2015.

colocado al infante en una situación de riesgo.¹⁷ Esta interpretación ha sido reiterada en las contiendas que involucran el determinar la guarda y custodia, el régimen de visitas y convivencia de los NNA.¹⁸

Por el contrario, la teoría del daño exige que la circunstancia a ponderar efectivamente genere un daño en la esfera del NNA, pues no basta con demostrar que una solución *resulte la más benéfica para la niña, niño o adolescente*; sino que debe mostrarse que, de otro modo, se le ocasionará una situación perjudicial al infante. Esta interpretación se ha implementado en aquellos asuntos que implican la terminación o el no reconocimiento de filiación de los infantes con quienes guardaban un nexo biológico.¹⁹ En estos casos, la Primera Sala ha requerido que se pruebe que de no darse dicha terminación se produciría un daño en perjuicio de los intereses del infante.²⁰

¹⁷ Amparo Directo en Revisión 12/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 2 de marzo de 2011; y Amparo Directo en Revisión 1236/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 28 de octubre de 2015.

¹⁸ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 12/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 2 de marzo de 2011; Amparo Directo en Revisión 3394/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 20 de febrero de 2013; Amparo Directo en Revisión 1038/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de septiembre de 2013; Amparo Directo en Revisión 2618/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de octubre de 2013; Amparo Directo en Revisión 3466/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 7 de mayo de 2014; Amparo Directo en Revisión 1222/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de octubre de 2014; y en el Amparo Directo en Revisión 2534/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de febrero de 2015.

¹⁹ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de septiembre de 2015. Así como en los asuntos que involucraban el mantenimiento de los menores con su familia biológica. Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 6179/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de noviembre de 2016; al Amparo Directo en Revisión 3486/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de abril de 2017; Amparo Directo en Revisión 4481/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 17 de mayo de 2017; y al Amparo Directo en Revisión 139/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 25 de octubre de 2017.

²⁰ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de septiembre de 2015. Así como en

Respecto al estándar de la prueba, entendido como el grado de corroboración de los hechos particulares que constituyen la litis, se ha establecido que el *problema* estriba en elegir que tan riguroso o flexible será el estándar que se aplicará al caso concreto. De la elección de este dependerá el rigor con el cual se protegen los intereses o los derechos potencialmente afectados. Tratándose de controversias familiares, por regla general se exige un estándar de prueba de probabilidad prevaleciente de la evidencia y, por excepción, un estándar claro y convincente.²¹

En la mayoría de los casos que involucran la afectación a los intereses de los NNA, se determinó que es aplicable el estándar de prueba de probabilidad prevaleciente, el cual permite que, entre diversas hipótesis posibles sobre un mismo hecho, tener como cierta la prueba que cuenta con un grado más alto de probabilidad, esto es, la que es más probable que haya ocurrido.²²

Una excepción a este estándar lo constituyen aquellos casos que involucren el quebrantamiento de los lazos biológicos. A partir de un enfoque similar a la teoría del daño antes referida, en este tipo de asuntos es necesario que los hechos se acrediten a través de una prueba clara y convincente. Esto supone demostrar a la persona juzgadora que la verdad de los hechos alegados es altamente probable.²³ Dicho grado de convicción

los asuntos que involucraban el mantenimiento de los menores con su familia biológica. Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 6179/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de noviembre de 2016; al Amparo Directo en Revisión 3486/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de abril de 2017; Amparo Directo en Revisión 4481/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 17 de mayo de 2017; y en el Amparo Directo en Revisión 139/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 25 de octubre de 2017.

²¹ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 14 de octubre de 2015 y en el Amparo Directo en Revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de septiembre de 2015.

²² Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 14 de octubre de 2015.

²³ Cabe destacar que la Corte realizó una distinción en esta regla. En la sentencia de Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente:

se ubica entre la simple probabilidad de que algo pudo ocurrir, "probabilidad prevaleciente", y la demostración de que algo ocurrió "más allá de toda duda razonable". La elección de este estándar radica en la necesidad de disminuir el riesgo de cometer errores probatorios pues el asunto implica el quebrantamiento definitivo entre progenitores e hijos.²⁴

Finalmente, la Primera Sala de la Corte y el Tribunal Pleno han concluido de manera fundamental que todas las decisiones se tomen con base en evidencia y no con fundamento en generalizaciones apresuradas, prejuicios o estigmatizaciones. En efecto, se ha establecido que: "[...] una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo de los NNA no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior de la infancia".²⁵

Anteriormente muchas decisiones para determinar en qué núcleo familiar estará mejor un NNA, se fundamentaban en ideas generalizadas sin sustento empírico, como el establecer *a priori* que la guarda y custodia la deben tener las madres, afirmar que las parejas homosexuales no pueden

Ministro Arturo Zaldívar, 14 de octubre de 2015, se determinó que aun cuando el asunto implique el quebrantamiento de los lazos filiales, si la pretensión se basa en algún *tipo de abuso sexual hacia el menor* el estándar que se debe aplicar es probabilidad prevaleciente, pues la entidad que se trata de proteger —bienestar del menor— adquiere mayor protección que el principio del mantenimiento de los lazos filiales.

²⁴ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de septiembre de 2015; Amparo Directo en Revisión 6179/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de noviembre de 2016; Amparo Directo en Revisión 3486/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de abril de 2017; Amparo Directo en Revisión 4481/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 17 de mayo de 2017; y en el Amparo Directo en Revisión 139/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 25 de octubre de 2017.

²⁵ Así, en la sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2618/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de octubre de 2013. La Suprema Corte resolvió que, cuando se alegue una situación de riesgo basada en que el padre tiene alguna característica especialmente protegida por la Constitución, como podría ser su orientación sexual, su salud, o cualquier otra, deben existir pruebas técnicas o científicas sobre que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar del infante.

adoptar a menores de edad, o que un padre con discapacidad no está en aptitud de fungir como padre.²⁶

Sin duda, estos cambios de paradigma han permitido resolver efectivamente lo que es mejor para un NNA y proteger el interés superior de la infancia. Así, este principio se antepone a formalismos procesales y demanda mayor activismo por parte de las personas juzgadoras. El interés superior de la niñez ha permitido que se entienda que las contiendas donde están involucrados los NNA plantean verdaderos conflictos entre derechos y, por tanto, son temas de constitucionalidad (Zaldívar, 2014).

En resumen, el interés superior de la infancia dicta decidir lo que es mejor para las niñas, niños y adolescentes. ¿Cómo descifrar o traducir esta directiva? La Suprema Corte ha resuelto esta cuestión imponiendo deberes de protección reforzada para autoridades y las personas juzgadoras en la toma de decisiones que involucren a un NNA. Ha sostenido reiteradamente que dada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra dicho grupo resulta suficiente que se pruebe un riesgo y no un daño para no comprometer los derechos de la infancia. Aunado a esto, ha señalado que dicha circunstancia debe acreditarse con un estándar probatorio leve, como de probabilidad prevalente (exceptuando los casos de rompimiento definitivo de vínculos familiares). Finalmente, ha sido enfática en señalar que todas las decisiones concernientes a los NNA deben tomarse con base en evidencia, libres de prejuicio o estigmatizaciones.

II. Autonomía de los NNA

Otro punto medular en la realización efectiva de los derechos de los NNA es el principio de autonomía (Fanlo Cortés, 2004). Este principio

²⁶ La Suprema Corte ha sostenido que estas preconcepciones son inconstitucionales. Al respecto se pueden consultar la sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2618/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de octubre de 2013 y Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de septiembre de 2015.

demanda que se entienda al NNA como una persona con fines propios, los cuales deben ser considerados y respetados, incluso cuando son oponibles a sus padres. Desde luego, esta consideración no implica que el NNA no tenga derecho a todo un sistema de protección. Sin embargo, este debe estar orientado a la realización del NNA como sujeto pleno de derechos y no como un objeto de protección.

Este principio se encuentra regulado como la "progresiva autonomía" en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. La Primera Sala de la Suprema Corte empieza a garantizar dicha autonomía bajo la premisa de que los NNA son "sujetos titulares de derechos autónomos".²⁷ Esto eventualmente fue traducándose en el deber de escuchar a la infancia en las decisiones que les conciernan; en cómo deben tomarse sus declaraciones y, finalmente, en las implicaciones qué debe darse a la opinión de los NNA.

En las primeras resoluciones se reconoce que los artículos 4o. constitucional y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño contienen el derecho de los NNA a expresar su opinión en los asuntos que les afectan.²⁸ Así, se consideró imprescindible escuchar al NNA tratándose de la determinación de su guarda y custodia y patria potestad.²⁹ Aunque se

²⁷ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 24 de octubre de 2012.

²⁸ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 60/2008-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls, 25 de febrero de 2009 y en el Amparo Directo 30/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 11 de marzo de 2009. Consideraciones que se reproducen en los siguientes asuntos: Amparo en Revisión 66/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 7 de diciembre de 2011 y a la Contradicción de Tesis 70/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero, 15 de agosto de 2012.

²⁹ Sentencia recaída en el Amparo Directo 30/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 11 de marzo de 2009; Contradicción de Tesis 60/2008-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls, 25 de febrero de 2009; Amparo en Revisión 66/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 7 de diciembre de 2011; Contradicción de Tesis 70/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero, 15 de agosto de 2012; Contradicción de Tesis 96/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 10 de octubre de 2012; y al

aclaró que no es la opinión del infante el único aspecto que debe tomarse en cuenta para decidir.³⁰

Otra aproximación importante se encuentra en el desarrollo de las directrices que las y los juzgadores deben observar cuando las niñas, niños y adolescentes manifiestan su opinión respecto de asuntos que puedan afectar su esfera jurídica dentro del procedimiento jurisdiccional.³¹ Se establecieron así diferentes elementos o criterios dependiendo de la etapa de la entrevista con el infante: primero, criterios para determinar si es conveniente admitir la opinión del infante;³² segundo, aspectos que deben verificarse en la preparación de la entrevista;³³ tercero, elementos que deben verificarse en el desahogo de la entrevista;³⁴ y cuarto, criterios para

Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 24 de octubre de 2012.

³⁰ Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 60/2008-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls, 25 de febrero de 2009; Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 24 de octubre de 2012; al Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015; al Amparo Directo en Revisión 2618/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de octubre de 2013; al Amparo Directo en Revisión 2548/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 21 de enero de 2015; y a la Contradicción de Tesis 256/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 25 de febrero de 2015 y al Amparo Directo en Revisión 4122/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 2 de marzo de 2016.

³¹ Sentencia recaída en el Amparo Directo 30/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 11 de marzo de 2009 y en el Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 24 de octubre de 2012.

³² Entre otros, el juzgador debe: (i) *considerar si el infante expreso su voluntad para participar en la prueba*; (ii) *evitar la práctica desconsiderada en el ejercicio de este derecho*; (iii) *evitar la realización de la prueba (entrevista) en más ocasiones que las necesarias*; y (iv) *considerar que la edad biológica de los niños no es el criterio determinante sino su madurez, es decir, su capacidad de comprender el asunto, sus consecuencias y de formarse un juicio o criterio propio*.

³³ Estas directrices consisten en lo siguiente: (i) *verificar que la niña, niño o adolescente sea informado en un lenguaje accesible y amigable sobre su derecho a escuchar su opinión respecto de los intereses afectados*; y (ii) *comprobar que una vez informado su participación es voluntaria y sin coacción*.

³⁴ El juzgador se encuentra vinculado a: (i) *buscar que la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente se desarrolle como una entrevista o conversación y no como un interrogatorio, asegurándose de cumplir: (a) previo a la entrevista, que un especialista (psicólogo o psiquiatra) aclare los términos de lo que se pretende conversar con el infante, para que a éste le resulte más sencillo de comprender y continuar la conversación; (b) la entrevista debe realizarse bajo un ambiente adecuado en el cual el menor pueda expresar libremente su opinión; (c) en la entrevista, deberán estar presentes el funcionario encargado de evaluar*

valorar la entrevista.³⁵ Es preciso destacar que estos lineamientos se han dispuesto como directrices genéricas aplicables a la mayoría de los asuntos en donde se vean involucrados los derechos del NNA. No obstante, la Corte fue especialmente cuidadosa en desarrollar parámetros específicos en un caso donde se alegó que un infante fue víctima de abuso sexual.³⁶

Respecto al peso o las implicaciones que debe darse a la opinión del NNA, la Corte introdujo el concepto de autonomía progresiva de la voluntad. Indicó que este principio de interpretación implicaba que en la "medida que los NNA van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan su vida".³⁷

Esto significa que en tanto el infante vaya desarrollando una mayor comprensión de su entorno social y familiar, y en particular de sus derechos humanos, disminuye el derecho de sus progenitores a tomar decisiones por él. Sin embargo, ello no implica transferir a los NNA las responsabilidades de una persona mayor de edad. La Corte resaltó que existen "cuestiones que no pueden ser delegadas a la voluntad de la infancia, aun cuando muestren que tienen un alto nivel de madurez y responsabilidad".³⁸

la decisión del menor; el especialista (psiquiatra o psicólogo) y una persona de confianza del infante, siempre y cuando ello no genere un conflicto de intereses; y (d) posterior a la entrevista, si los medios tecnológicos lo permiten registrar el testimonio; (ii) asegurar que los infantes intervengan directamente en las entrevistas, sin que ello implique que no puedan tener representación durante el juicio, la cual recaerá en quienes legalmente estén llamados a ejercerla, salvo que se genere un conflicto de intereses, en cuyo caso debe analizarse la necesidad de nombrar un tutor interino; y (iii) asegurar la confidencialidad de las declaraciones de los infantes.

³⁵ Los lineamientos que la o el juez debe considerar son los siguientes: (i) *las características propias del infante, tales como la edad, evolución de las facultades, sentido físico y psicosocial, dinámicas interpersonales y familiares;* (ii) *las particularidades de la decisión: tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá el menor, consecuencias a corto y largo plazo; y (iii) que la información obtenida no puede ser perjudicial para los intereses del infante.*

³⁶ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 14 de octubre de 2015.

³⁷ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015 y al Amparo en Revisión 800/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 29 de noviembre de 2017.

³⁸ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015.

En ese sentido, se precisó que el grado de autonomía del infante, tenía que ser valorado entre las características propias del menor (edad, nivel de madurez, medio social y cultural, etc.) y las particularidades de la decisión (tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá el menor, consecuencias a corto y largo plazo, entre otras).³⁹

En términos generales, la Corte entendió la íntima relación que guarda el derecho de las niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión y el reconocimiento de la autonomía progresiva que ésta conlleva. Así, mientras el derecho opera como una garantía dentro del procedimiento jurisdiccional, la autonomía progresiva funciona como un principio que permite dilucidar la decisión y la voluntad que de esa opinión se manifieste.

Finalmente, deben destacarse aquellos precedentes en los que el Máximo Tribunal ha sostenido que la voluntad de las NNA no puede comprometer valores o derechos de ejercicios futuros. Así, en el Amparo en Revisión 1049/2017 la Corte sostuvo que una niña de seis años, cuya familia pertenece a la etnia rarámuri y son Testigos de Jehová, no podía negársele a recibir el tratamiento que le es indicado por la comunidad médica, ya que éste le salvaría su vida de una situación de riesgo inminente. También, en la Acción de Inconstitucionalidad 22/2016 se optó por proteger la dignidad de las niñas prohibiendo el matrimonio infantil, debido a todos los factores interseccionales de opresión que invisibilizan su consentimiento por el hecho, entre otros, de ser mujer y menor de edad.

En resumen, como hemos señalado en otro artículo, el principio de autonomía de los NNA implicó que la Suprema Corte invalidara muchas decisiones judiciales, ya sea porque no se escuchó al infante o porque muchas instituciones jurídicas no permitieron su participación. Así, en

³⁹ Lo anterior se desprende de la tesis de título y subtítulo: "EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LOS MENORES. LINEAMIENTOS PARA DETERMINAR SU GRADO." [Tesis: 1a. CCLXVII/2015 (10a.). Localizable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, Tomo 1, septiembre de 2015, página: 306].

muchos de estos casos, la Corte ordenó la reposición de procedimientos para hacer efectivo el derecho de los NNA a que sea considerada su voluntad en la toma de decisiones que les conciernen (Ibarra y Treviño, 2019).

Con todo, el reconocimiento del NNA como sujeto autónomo de derechos ha ido a cuentagotas. Muchas normas e instituciones no prevén su participación y es muy difícil para el Máximo Tribunal corregir todo un sistema que en términos estructurales tiene un propósito paternalista. Hasta que se entienda que el niño es sujeto de derechos y no objeto de protección, no podrá garantizarse a cabalidad su dignidad y autonomía. La autonomía de los NNA es un principio fundamental que forma parte de un nuevo paradigma y el cual hoy protege a un grupo que históricamente había sido excluido de la definición y ejercicio de sus propios intereses.

III. Responsabilidad parental

La responsabilidad de los padres y madres en la crianza de los infantes ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y en la actualidad la responsabilidad parental sólo se entiende a partir del interés de la niña, niño o adolescente.

El camino para llegar a esta concepción inició con el estudio de la institución de patria potestad. Los primeros asuntos encargados de evaluarla ya afirmaban que esta institución implicaba "una correlación de derechos y deberes generada por la relación afectiva existente entre padres e hijos, que se enfocan a la salvaguarda de las necesidades del niño, para su formación y desarrollo integral."⁴⁰

⁴⁰ Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 21/2006-PL, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Margarita Luna Ramos, 28 de junio de 2007 y al Amparo Directo en Revisión 12/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 2 de marzo de 2011.

Bajo esa línea, al resolverse el Amparo Directo en Revisión 348/2012⁴¹ se determinó que con la introducción en el texto constitucional del interés superior de NNA, los tribunales debían abandonar la vieja concepción de la patria potestad como un poder "omnímodo" sobre los hijos. Ahora, pasaría a configurarse no como un derecho de los progenitores, "sino como una función que se les encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de los hijos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno filial".⁴²

Lo anterior es así, porque se consideró que la institución de la patria potestad parte de dos ideas fundamentales, que son la protección de la niña, niño y adolescente y su plena subjetividad jurídica. Esto decir, por un lado, el infante necesita la educación, cuidado y protección de sus ascendientes para sobrevivir y, al mismo tiempo, es una persona y, como tal, titular de derechos que ejercerá de manera progresiva en función de su autonomía. Estas ideas constituyeron los vectores en torno a los cuales se definió la institución de la patria potestad.⁴³

Con estas características y bajo la directriz del interés superior de la niñez se determinaron las siguientes consideraciones fundamentales:

- (i) el contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige

⁴¹ Las consideraciones de este precedente se reiteraron en las siguientes sentencias: Amparo Directo en Revisión 1200/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 8 de octubre de 2014; al Amparo Directo en Revisión 553/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 9 de abril de 2014 y al Amparo Directo en Revisión 4698/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 6 de abril de 2016.

⁴² Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 348/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de diciembre de 2012.

⁴³ Dichos argumentos se encuentran en la tesis de rubro: "PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS" [Tesis LXIII/2013. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, Tomo 1, febrero de 2013, página 828].

su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos"; (ii) "el principio del interés superior del menor se consagra como criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos afectantes a los menores, por lo que las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán homologables si resultan lesivos para los hijos"; y (iii) "la patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, establecida en beneficio de los hijos y, por ello, cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la integridad o formación del menor, cabe privar o suspender a aquellos del ejercicio de la patria potestad de conformidad a lo que establezcan las leyes en la materia" con lo cual se autoriza a la autoridad a intervenir con la finalidad de "corregir una situación de riesgo o desamparo en la que se encuentra un menor de edad."⁴⁴

Este último punto fue relevante en la construcción del nuevo modelo de crianza, porque modificó la naturaleza sancionadora de la pérdida de la patria potestad y en su lugar, le imprimió una finalidad protectora bajo la vigilancia del Estado. Desde esta concepción se han articulado los deberes a cargo de los progenitores de los NNA y las posibilidades de intervención del Estado en el núcleo familiar. Así, es desde los intereses de NNA que deben ejercerse los poderes y responsabilidades de los padres.

El nuevo paradigma de la responsabilidad parental ha permitido evaluar de manera distinta las instituciones de guarda y custodia, y el régimen de visitas y convivencias.⁴⁵ Todas estas instituciones se caracterizan ahora por ser un "derecho-deber" y se erigen primordialmente como instituciones

⁴⁴ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 348/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de diciembre de 2012.

⁴⁵ Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 123/2009, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero, 9 de septiembre de 2009; Amparo Directo en Revisión 2931/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 21 de noviembre de 2012 y al Amparo Directo en Revisión 3094/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 6 de marzo de 2013 y al Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015.

que protegen a los infantes y que imponen deberes correlativos a los padres.

A partir de este enfoque se han evaluado también diversos asuntos respecto al quebrantamiento de las relaciones materno-paternofilia. La Corte ha considerado que el quebrantamiento de los lazos materno-paternofiliales sólo podían justificarse como una medida excepcional, necesaria y conveniente para la adecuada protección del menor y por ende, existía un deber del Estado de tutelar su correcto cumplimiento.⁴⁶ Un supuesto evidente para justificar tal rompimiento son los casos de abondado de un NNA, donde existe una abdicación total, voluntaria e injustificada de los deberes inherentes a dicha función.

Otro supuesto que ha justificado la intervención del Estado, se encuentra en aquellos casos en que los padres son generadores de violencia en contra de sus hijas, hijos y adolescentes menores.⁴⁷ Así, la Corte ha sido enfática en "la necesidad imperante en la erradicación del castigo corporal como método de disciplina para la niñez, lo cual implica, además de su prohibición, el no justificar como métodos razonables, leves o moderados, ciertos tipos de conductas o medidas correctivas que puedan constituir formas de agresión físicas o psicológicas impuestas a niños, niñas y adolescentes, incluyendo en el ámbito público, privado y familiar".⁴⁸

⁴⁶ "PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS" Tesis publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, Tomo 1, febrero de 2013, página 828. Propuesta: "PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS, *op. cit.*

⁴⁷ Véase en la sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 4698/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 6 de abril de 2016; al Amparo Directo en Revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015 y al Amparo Directo en Revisión 8577/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 3 de junio de 2020.

⁴⁸ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 8577/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 3 de junio de 2020.

Asimismo, en la institución de alimentos, la Primera Sala ha señalado que "si la Constitución otorga a los menores el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, debe entenderse que los sujetos obligados en primera instancia a satisfacer ese derecho son precisamente aquellas personas que tienen la relación con los menores". En ese sentido, la obligación alimentaria se actualiza día con día, por lo que su cumplimiento tiene que ser continuo y no puede interrumpirse. Por tanto, si la madre o padre obligado a proporcionar alimentos, de manera injustificada omite el pago de los mismos, esta conducta sin lugar a dudas coloca a los infantes en una situación de riesgo que justifica la intervención del Estado para validar la pérdida de la patria potestad.⁴⁹

A partir de estos precedentes, la Suprema Corte entendió que los padres y tutores, más que derechos sobre sus hijos, "tienen la oportunidad excepcional de ser madre o padre, y por tanto de velar por el bienestar y la educación de un ser humano"; y que, aunque son ellos quienes guían a los menores, su actuación siempre debe tener como eje el interés superior de la niñez.⁵⁰

IV. Nueva parentalidad. Reconocimiento filial de la realidad social de los NNA

El interés superior de la infancia, la autonomía y la responsabilidad parental son sin duda los tres ejes que articulan el desarrollo de los derechos de los NNA, estos principios también han permitido el desarrollo de las nuevas parentalidades, que implica el dar posibilidad al reconocimiento de padres que no siempre son los biológicos.

⁴⁹ Véase la sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 47/2006-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, 10 de enero de 2007; Amparo Directo en Revisión 12/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 2 de marzo de 2011 y en el Amparo en Revisión 1236/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 28 de octubre de 2015.

⁵⁰ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 6179/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de noviembre de 2016.

En efecto, como ya se ha mencionado, el interés superior de la infancia implicó desarticular prejuicios o preconcepciones acerca de quiénes son mejores padres para los NNA. A partir de la evidencia científica se revertió la idea de que los padres biológicos son siempre los más aptos para tener a su cargo la patria potestad o guardia y custodia de los hijos, así como se ha refutado el impedir que familias homoparentales puedan ejercer ser padres o madres.

1. Nuevas familias

La determinación del interés superior de la niñez basada en evidencia permitió que se declararan inconstitucionales las normas que impiden que las parejas homosexuales puedan casarse y en consecuencia adoptar. Así, la Corte consideró que deben protegerse todos los modelos de familia y darse a éstas los mismos derechos que a las parejas heterosexuales.

En efecto, en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, la Corte señaló que la Constitución Federal "no alude a un 'modelo de familia ideal' que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea la procreación". En ese sentido, debe entenderse a la familia como realidad social, protegiendo a todas sus manifestaciones: familias nucleares compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; familias monoparentales compuestas por un padre o una madre e hijos; familias extensas, etcétera.⁵¹ En este precedente también se indicó que no existe ninguna evidencia que muestre que se ponga en riesgo a los NNA por crecer en familias homoparentales. Al contrario, al permitirles a los NNA crecer en una familia se protegen de mejor manera sus intereses.⁵²

⁵¹ Sentencia recaída en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls, 16 de agosto de 2010.

⁵² *Idem*.

Por otro lado, teniendo como objetivo el proteger el derecho de los NNA a vivir en familia y mantener sus vínculos filiales, la Primera Sala ha decidido varios casos relacionados con técnicas de reproducción asistida. Así, se ha considerado que no puede demandarse el desconocimiento de paternidad de un niño gestado por inseminación artificial, cuando los dos padres estuvieron de acuerdo en utilizar esa técnica.⁵³ También, se reconoció la maternidad de una pareja de dos mujeres con su hijo, aun cuando el niño nació de una relación sexual entre una de las mujeres y un tercero.⁵⁴ Incluso, la Primera Sala ordenó el reconocimiento del vínculo filial de dos varones como padres de una niña que fue procreada a través de la técnica de reproducción asistida conocida como "vientre subrogado". Sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicha técnica, la Corte consideró que era mejor para la niña permitirle crecer en una familia, que negarle tal derecho.⁵⁵ Es preciso aclarar que en estos casos no existió oposición de terceros.

2. Nexo biológico vs realidad social/casos difíciles

Hasta hace poco se daba preferencia al reconocimiento de los vínculos biológicos de un infante, sobre las pretensiones de los padres sociales, es decir, aquellos que se habían ostentado como tales.⁵⁶ El interés superior de la infancia y el nuevo paradigma de responsabilidad parental, permitieron que pueda cuestionarse si debe prevalecer en todos los casos la realidad biológica de los NNA. Así, a través de una amplia doctrina, la Suprema Corte fue configurando los elementos que deben ponderarse para decidir tales conflictos.

⁵³ Véase en sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 12 de julio de 2017.

⁵⁴ Véase en sentencia recaída en el Amparo en Revisión 852/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 8 de mayo de 2019.

⁵⁵ Véase la sentencia recaída en el Amparo en Revisión 553/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 21 de noviembre de 2018.

⁵⁶ Sentencia recaída en el Amparo Directo 10/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo, 22 de febrero de 2012 y en el Amparo Directo en Revisión 1603/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Guillermo I. Ortiz, 28 de noviembre de 2012.

Es importante precisar que existe una presunción a favor del mantenimiento del menor en la familia biológica.⁵⁷ La Corte afirmó que "conforme a este principio existe un interés fundamental de velar porque el niño no sea separado de sus padres biológicos. Esto es, debe superarse una presunción en contra de la terminación de la relación paternofilial, ya que el niño y sus padres comparten un interés vital en prevenir la terminación de su relación natural." Esto implica que el Estado debe facilitar todos los mecanismos de protección para generar que los infantes permanezcan al lado de su madre y padre y la única excepción admisible para tolerar la separación o quebrantamiento del lazo filial se actualiza cuando los progenitores renuncian o desconocen a sus deberes básicos para con sus menores, actualizando con ello una situación verdaderamente vulnerable y perjudicial para los intereses de la niña, niño o adolescente.

Esta circunstancia, se destacó, no se traduce en garantizar "encontrar los mejores padres posibles para el niño, si aquello es posible", pues el deber tutelar del Estado solo se encuentra vinculado a generar la mejor solución para el menor.⁵⁸ En esa medida, la presunción a favor del principio del mantenimiento del menor en su familia biológica sólo puede

⁵⁷ Véase la sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de septiembre de 2015; al Amparo Directo en Revisión 6179/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de noviembre de 2016; al Amparo Directo en Revisión 3486/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de abril de 2017; al Amparo Directo en Revisión 4481/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 17 de mayo de 2017 y al Amparo Directo en Revisión 139/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 25 de octubre de 2017.

⁵⁸ Véase la sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de septiembre de 2015; al Amparo Directo en Revisión 6179/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de noviembre de 2016; Amparo Directo en Revisión 3486/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de abril de 2017; al Amparo Directo en Revisión 4481/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 17 de mayo de 2017 y al Amparo Directo en Revisión 139/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 25 de octubre de 2017.

ser derrotada —al igual que en las circunstancias que acreditan la pérdida de patria potestad— cuando se muestre, con evidencia, que los progenitores colocaron al infante —o lo permitieron— en condiciones o circunstancias de riesgo ya sea por la actualización del abandono total o la supresión de necesidades básicas o la generación de situaciones de violencia.⁵⁹

Como se relató en el apartado de responsabilidad parental, uno de los supuestos más evidentes para quebrantar el vínculo filial se actualiza en los casos de abandono de un menor de edad, pues en estos se denota una situación de absoluto desprecio a las obligaciones parentales más elementales y primarias respecto del menor.⁶⁰

En este tipo de asuntos la Corte concluyó que:

las autoridades jurisdiccionales, al analizar el abandono de un menor de edad como causal para decretar la pérdida de la patria potestad prevista en las distintas legislaciones, deben interpretar el término "abandono" no sólo en su acepción más estricta, entendido como dejar desamparado a un hijo, sino también en la amplia, vinculada al más radical incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, incluso en el caso de que las necesidades del menor queden cubiertas por la intervención de otras personas. Así las cosas, se estima que, en los casos de abandono sancionados con la privación de la pérdida de la patria

⁵⁹ Es importante destacar, tal y como se afirmó en el apartado de *interés superior de la niñez* no todos los asuntos que involucren derechos e intereses de menores seguirán los mismos *parámetros o directrices para llevar a cabo la evaluación de los hechos en contienda*. Esto es, dependiendo de las particularidades del asunto, se exigirá la aplicación de teoría del riesgo o la actualización de un daño; el estándar de prueba que debe acreditarse; y el tipo de evidencia que debe ponderarse.

⁶⁰ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 348/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de diciembre de 2012; al Amparo Directo en Revisión 553/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 9 de abril de 2014 y al Amparo en Revisión 518/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de abril de 2014.

potestad, existe una abdicación total, voluntaria e injustificada de los deberes inherentes a dicha función.⁶¹

Sin embargo, existen casos en los que no es tan sencillo determinar si existió un abandono. La separación entre los padres o madres biológicos puede darse por razones muy diversas: podían desconocer la existencia del NNA, retractarse de la intención de dar a su hijo en adopción, separarse de él por razones de causas mayores, entre muchas otras. Estos son verdaderos casos difíciles, donde dos padres, el biológico y el social se disputan el reconocimiento de la filiación. Resolver qué es lo mejor para el NNA es por demás complejo.

Así, la Corte ha consolidado una doctrina a partir de la cual ha sentado diferentes parámetros para evaluar qué realidad debe prevalecer, si la biológica o la social. Por un lado, la Primera Sala ha señalado que deben evaluarse las condiciones en las que ocurrió la separación entre padres biológicos e hijos. Entre estas condiciones se encuentran: i) si los padres dejaron voluntariamente a los niños o si de alguna manera se vieron obligados a ello; ii) si los dejaron en total desamparo o bajo el cuidado de terceros; y iii) si dicha separación se hizo con carácter definitivo o de manera temporal. Por otro lado, debe evaluarse la consolidación de una realidad familiar distinta a la realidad biológica. Para determinar esta cuestión debe estudiarse: i) el tiempo en que el niño o niña ha permanecido al lado de sus padres no biológicos, y ii) si el menor ya ha formado un sentido de identidad y de apego con su padre social y si sería, por tanto, perjudicial desprenderlo de ese contexto social y familiar.⁶²

Hay diversos casos emblemáticos en esta línea, para evidenciar la dificultad en tomar estas decisiones, valga referir por ejemplo: i) cuando una mujer reclamó el reconocimiento de maternidad sobre su hija biológica,

⁶¹ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 348/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de diciembre de 2012.

⁶² Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 6179/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de noviembre de 2016.

a la que dejó voluntariamente al cuidado de una pareja, misma que la ha acogido como hija propia a lo largo de seis años;⁶³ ii) cuando una pareja se vio obligada a dejar a su hija menor al cuidado de los abuelos maternos, en tanto la madre era atendida por un padecimiento de leucemia en España y los abuelos maternos demandaron la pérdida de la patria potestad aduciendo el abandono de la menor;⁶⁴ iii) cuando un niño fue abandonado a su nacimiento en un terreno baldío en la ciudad de Toluca y los abuelos maternos, después de una total indiferencia, demandaron la patria potestad;⁶⁵ o iv) cuando una persona cuestionó el reconocimiento de paternidad de un hombre que vivió en concubinato con la fallecida madre del niño, argumentando que él era el padre biológico del menor.⁶⁶

En suma, el interés superior de la infancia y un nuevo entendimiento de la responsabilidad parental, han permitido la posibilidad de vínculos filiales basados no sólo en la realidad biológica, sino también a partir de la realidad social de los NNA. Esto de nuevo, da cuenta de que lo mejor para un niño debe determinarse a partir de la evaluación libre de prejuicios o preconcepciones sociales o culturales. Si duda, un aspecto pendiente en este tema es el reconocimiento de la parentalidad múltiple, el cual podría permitir en determinados casos, la protección de los infantes a la par del reconocimiento del derecho de los padres. (Lathrop, 2017)

V. Otros desarrollos

Además de las líneas jurisprudenciales arriba descritas, la Suprema Corte ha desarrollado el contenido de otros derechos de los NNA, como a ser

⁶³ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 348/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de diciembre de 2012.

⁶⁴ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 553/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 9 de abril de 2014.

⁶⁵ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2554/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 16 de enero de 2013.

⁶⁶ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 4481/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 17 de mayo de 2017.

educados dentro del sistema educativo regular con una orientación inclusiva, y a la restitución internacional cuando han sido sustraídos de su lugar de residencia habitual. En el primer supuesto se encuentran algunos precedentes relacionados con el derecho a la educación de los NNA; así como con la exigencia de que las autoridades educativas adopten los ajustes razonables necesarios para ofrecer a los infantes con alguna discapacidad educación de calidad, que revierta las barreras sociales de su entorno.

En el caso de *bullying* escolar ya referido, la Primera Sala sentó doctrina sobre cómo acreditar que existe este fenómeno en el centro escolar; las medidas a cargo de las escuelas y profesores para prevenir, sancionar y reparar el *bullying*; así como los estándares para acreditar negligencia por parte de las autoridades escolares en atender el fenómeno.⁶⁷ En este caso, se determinó también que el acoso escolar puede considerarse un hecho ilícito cuando la escuela actúa negligentemente, y no adopta las medidas mínimas para la protección de sus estudiantes. En este supuesto, debe ser indemnizado económicamente.

La Suprema Corte también se ha referido a la educación inclusiva, señalando que las niñas, niños y adolescentes con discapacidad tienen el derecho a ser educados dentro del sistema educativo regular, desde un enfoque inclusivo. La exclusión del sistema educativo con base en la condición de discapacidad es discriminatoria.⁶⁸ En ese sentido, las instituciones públicas y privadas⁶⁹ tienen la obligación de realizar ajustes

⁶⁷ Sentencia recaída en el Amparo Directo 35/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015, párrs. 57-58.

⁶⁸ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 714/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 3 de octubre de 2018; Amparo en Revisión 272/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco, 23 de octubre de 2019 y en la Acción de Inconstitucionalidad 86/2009, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero, 10 de febrero de 2015.

⁶⁹ Sentencia recaída en el Amparo Directo 35/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015 y al Amparo Directo 31/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 14 de noviembre de 2018.

razonables en el entorno social del NNA cuando las medidas de accesibilidad no hayan sido suficientes para eliminar las barreras actitudinales que estén impidiendo su participación en condiciones de igualdad.⁷⁰

Finalmente, la Corte se ha referido a algunos de los problemas que enfrentan los NNA en su condición de migrantes. En ese sentido ha sentado una amplia doctrina sobre la restitución internacional de los NNA.⁷¹ En este aspecto ha interpretado la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores con el fin de dar celeridad a los procedimientos de restitución. En México no existe un procedimiento apropiado a las necesidades y circunstancias del NNA capaz de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en este aspecto. De este modo, la Corte ha tenido que establecer criterios que hagan compatibles los procedimientos ordinarios existentes con el deber de restitución inmediata.

Se ha sostenido, por ejemplo, que el procedimiento que prevé la Convención es compatible con la garantía de audiencia de las partes. También, ha reconocido que es acorde al interés superior de la infancia el ordenar la restitución inmediata, y ha interpretado de forma muy estricta las excepciones que pueden darse a este principio.⁷² Estas excepciones se

⁷⁰ Sentencia recaída en el Amparo Directo 35/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015; Amparo Directo 31/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 14 de noviembre de 2018 y al Amparo en Revisión 166/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco, 12 de junio de 2019 y al Amparo en Revisión 272/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco, 23 de octubre de 2019.

⁷¹ Para una visión completa de estos precedentes, véase Treviño Fernández Sofía del Carmen, Roldán Orozco Omar Giovanni y Quintero Torres Pamela. "Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes", en Cuadernos de Jurisprudencia Programa de investigación: Derecho y familia, México, SCJN.

⁷² Véase la sentencia recaída en el Amparo en Revisión 812/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 1 de diciembre de 2010; Amparo en Revisión 150/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 10 de julio de 2013; al Amparo Directo en Revisión 1564/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 2 de diciembre de 2015; Amparo Directo en Revisión 903/2014, Primera Sala de la Suprema

actualizan cuando: 1) la restitución se solicitó pasado un año y al momento de resolver sobre la restitución, los NNA ya están integrados al nuevo ambiente familiar en el que se desenvuelven; 2) existe un grave riesgo a su integridad (física y mental) si son restituidos; o 3) son los propios niños quienes se oponen a la restitución.

No obstante lo anterior, la Corte ha reconocido el deber de mantener un régimen de convivencia de los niños con ambos padres. Así, ha determinado que se debe procurar el derecho humano de los niños a mantener relación y contacto con su madre y padre en forma física y, de no ser posible, por medios digitales.⁷³

A pesar del cumplimiento de la Convención antes mencionada, la Suprema Corte no ha abordado muchos casos sobre los derechos de los NNA migrantes. Incluso, en un precedente reciente, resolvió negar la extensión de la calidad de refugiados a los hijos de una pareja que ya habían obtenido tal carácter.⁷⁴

A la par de estas realidades complejas que viven los NNA se encuentran muchos temas que aún no han sido estudiados por la Suprema Corte, como los derechos sociales y culturales en relación con la protección de la infancia. Sin duda, los tiempos futuros plantearán retos mayúsculos a las personas juzgadoras, a los que el Máximo Tribunal deberá dar rutas de salida.

Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de julio de 2014; Amparo Directo en Revisión 4102/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 10 de febrero de 2016 y al Amparo Directo 27/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 10 de enero de 2018.

⁷³ Véase la sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 6293/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 24 de mayo de 2017, Amparo Directo 9/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de septiembre de 2017 y al Amparo Directo 27/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 10 de enero de 2018.

⁷⁴ Véase la sentencia recaída en el Amparo en Revisión 385/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Yasmín Esquivel, 2 de diciembre de 2020.

VI. A modo de conclusión

En este recorrido de diez años de jurisprudencia de la Suprema Corte, podemos observar tres cuestiones de la mayor relevancia: 1) el entendimiento de los NNA como verdaderos sujetos de derechos y el interés superior del niño como un principio transversal a toda decisión que los involucre; 2) la existencia de una nutrida doctrina sobre los derechos de la infancia donde la Corte ha establecido diferentes deberes y estándares para tomar decisiones basadas en el interés superior del niño; y 3) el énfasis en que estas decisiones deben estar basadas en evidencia libre de prejuicios y estigmatizaciones.

Estos avances son mayúsculos pues dan vida al cúmulo de tratados internacionales y leyes en la materia. Los postulados de estas leyes serían simples buenos deseos si no hubieran sido interpretados y aplicados por el Máximo Tribunal del país. Los derechos en abstracto son pautas que van cumpliéndose a partir de la resolución de casos en concreto.

Por un lado, se ha entendido que un principio indeterminado y amplio como es el interés superior de la infancia no puede definirse en forma genérica. Así, se han establecido parámetros o circunstancias que deben ponderarse en cada tipo de situación: determinación de guarda y custodia, patria potestad, restitución internacional, filiación. Por otro lado, se ha dejado de considerar al NNA como un objeto que era disputado en los conflictos familiares, para darle verdadera voz y autonomía. Asimismo, la patria potestad se ha articulado como un deber de los padres y una oportunidad única para relacionarse con sus hijos.

Con todo, queda mucho por avanzar en la protección de los derechos de los NNA. Los retos son infinitos. La modernidad y su complejidad generarán más y más preguntas a los tribunales. La forma en que la Suprema Corte ha interpretado al superior de la infancia, esto es, como decidir lo que es mejor para el NNA de acuerdo con la evaluación de todas las circunstancias y la evidencia, permitirán a la Corte estar a la altura de las exigencias.

Bibliografía

Libros

FANLO CORTÉS, I. (2004), "Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos. Algunas notas introductorias", en *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.

LATHROP GÓMEZ, F y ESPEJO YAKSIC, N. (coords.) (2017), *Responsabilidad Parental*, Chile, Thomson Reuters.

TREVIÑO FERNÁNDEZ, Sofía del Carmen, ROLDÁN OROZCO, Omar Giovanni y QUINTERO TORRES, Pamela (2020), "Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes", en *Cuadernos de Jurisprudencia Programa de investigación: Derecho y familia*, México, SCJN, 2020.

Capítulos de libro

IBARRA OLGUÍN, A. y TREVIÑO FERNÁNDEZ, S. (2019), "Constitución y Familia en México: Nuevas Coordenadas", en ESPEJO YAKSIC, N. e IBARRA OLGUÍN, A. (ed.), *La Constitucionalización del Derecho de Familia*, México, SCJN, CEC.

ZALDÍVAR, A. (2014), "La doctrina de la Suprema Corte sobre el interés superior del niño y su incidencia en el Derecho Familiar", en CASTAÑEDA, M. L. (ed.), *Libro homenaje a la jurista Olga Sánchez Cordero*, México, UNAM.

Tesis de Pleno y Salas de la SCJN

"EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LOS MENORES. LINEAMIENTOS PARA DETERMINAR SU GRADO." [Tesis: 1a. CCLXVII/2015 (10a.). Localizable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, Tomo I, septiembre de 2015, página: 306].

"GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN" [Tesis: 1a. XCVIII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro VIII, Tomo 1, mayo de 2012, página 1097].

"INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA" [Tesis: 1a. CLXIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 225].

"INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS." [Tesis aislada 1a. CXXIII/2012 (10a.). Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IX, Tomo 1, junio de 2012, página 259].

"INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR." [Tesis aislada 1a. CXXII/2012 (10a.). Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IX, Tomo 1, junio de 2012, página 260].

"INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL" [Tesis: 1a. XV/2011. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, febrero de 2011, página 616].

"JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS" [Tesis:

1a. XVI/2011. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, febrero de 2011, página 616].

"JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS." [Tesis: 1a./J. 49/2007. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXV, mayo de 2007, página 323].

"MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA." [Tesis P. XLV/2008. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVII, junio de 2008, página 712].

"MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE" [Tesis: 1a./J. 191/2005. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, mayo de 2006, página 167].

"PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS" [Tesis LXIII/2013. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, Tomo 1, febrero de 2013, página 828].

"PRUEBAS. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO EN LOS PROCEDIMIENTOS EN QUE SE CONTROVIERTEN DERECHOS DE LOS MENORES." [Tesis: 1a. CXXXIX/2007. Localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVI, julio de 2007, página 268].

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

Contradicción de Tesis 47/2006-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, 10 de enero de 2007.

Contradicción de Tesis 21/2006-PL, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Luna Ramos, 28 de junio de 2007.

Amparo Directo 30/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 11 de marzo de 2009.

Contradicción de Tesis 60/2008-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls, 25 de febrero de 2009.

Contradicción de Tesis 123/2009, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero, 9 de septiembre de 2009.

Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls, 16 de agosto de 2010.

Amparo Directo en Revisión 1187/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 1 de septiembre de 2010.

Amparo en Revisión 812/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 1 de diciembre de 2010.

Amparo Directo en Revisión 12/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 2 de marzo de 2011.

Amparo Directo en Revisión 2539/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 26 de enero de 2011.

Amparo en Revisión 66/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 7 de diciembre de 2011.

Amparo Directo en Revisión 1603/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Guillermo I. Ortiz, 28 de noviembre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 24 de octubre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 348/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de diciembre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 2931/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 21 de noviembre de 2012.

Amparo Directo 10/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo, 22 de febrero de 2012.

Contradicción de Tesis 70/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero, 15 de agosto de 2012.

Contradicción de Tesis 96/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 10 de octubre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 1038/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de septiembre de 2013.

Amparo Directo en Revisión 2554/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 16 de enero de 2013.

Amparo Directo en Revisión 2618/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de octubre de 2013.

Amparo Directo en Revisión 3094/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 6 de marzo de 2013.

Amparo Directo en Revisión 3394/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 20 de febrero de 2013.

Amparo en Revisión 150/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 10 de julio de 2013.

Amparo Directo en Revisión 553/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 9 de abril de 2014.

Amparo Directo en Revisión 903/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de julio de 2014.

Amparo Directo en Revisión 3466/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 7 de mayo de 2014.

Amparo Directo en Revisión 1200/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 8 de octubre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 1222/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de octubre de 2014.

Amparo en Revisión 518/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de abril de 2014.

Amparo Directo 30/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 26 de febrero de 2014.

Contradicción de Tesis 256/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 25 de febrero de 2015.

Amparo Directo en Revisión 1236/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 28 de octubre de 2015.

Acción de Inconstitucionalidad 86/2009, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero, 10 de febrero de 2015.

Amparo Directo 35/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015.

Amparo Directo en Revisión 2534/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de febrero de 2015.

Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de mayo de 2015.

Amparo Directo en Revisión 1564/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 2 de diciembre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 2548/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 21 de enero de 2015.

Amparo Directo en Revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 14 de octubre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 3799/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015.

Amparo Directo en Revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de septiembre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 4102/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 10 de febrero de 2016.

Amparo Directo en Revisión 4122/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 2 de marzo de 2016.

Amparo Directo en Revisión 4698/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 6 de abril de 2016.

Amparo Directo en Revisión 6179/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de noviembre de 2016.

Solicitud de Reasunción de Competencia 61/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 24 de febrero de 2016.

Amparo Directo en Revisión 6293/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 24 de mayo de 2017.

Amparo Directo en Revisión 644/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de julio de 2017.

Amparo Directo en Revisión 3486/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 5 de abril de 2017.

Amparo Directo en Revisión 4481/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 17 de mayo de 2017.

Amparo Directo 9/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de septiembre de 2017.

Amparo Directo en Revisión 139/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 25 de octubre de 2017.

Amparo Directo en Revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 12 de julio de 2017.

Amparo en Revisión 644/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 8 de junio de 2017.

Amparo en Revisión 800/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 29 de noviembre de 2017.

Amparo Directo 27/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 10 de enero de 2018.

Amparo Directo 31/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 14 de noviembre de 2018.

Amparo Directo en Revisión 2737/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 14 de noviembre de 2018.

Amparo en Revisión 553/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 21 de noviembre de 2018.

Amparo en Revisión 714/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 3 de octubre de 2018.

Amparo en Revisión 166/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco, 12 de junio de 2019.

Amparo en Revisión 272/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco, 23 de octubre de 2019.

Amparo en Revisión 852/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 8 de mayo de 2019.

Amparo en Revisión 385/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Yasmín Esquivel, 2 de diciembre de 2020.

Amparo Directo en Revisión 8577/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 3 de junio de 2020.

Amparo en Revisión 1236/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 28 de octubre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 441/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 28 de octubre de 2015.

Contradicción de Tesis 496/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 6 de febrero de 2013.

Contradicción de Tesis 199/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 1 de diciembre de 2010.

Contradicción de Tesis 199/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 1 de diciembre de 2010.

El nuevo horizonte transformador del juicio de amparo de cara a las reformas constitucionales de junio de 2011: Análisis al Amparo en Revisión 1359/2015

Carlos María Pelayo Moller*

SUMARIO: I. Introducción al estudio del juicio de Amparo en Revisión 1359/2015. II. El juicio de amparo y su evolución reciente: entre el formalismo y la necesidad de transformarse. III. Libertad de expresión, derechos políticos y omisiones legislativas: una primera mirada a los debates del futuro. IV. Reflexión final: Las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos y su potencial transformador.

I. Introducción al estudio del juicio de Amparo en Revisión 1359/2015

La reforma político-electoral a nivel constitucional que entró en vigor el 10 de febrero de 2014, tal y como señalan Freidenberg y Aparicio, versó sobre tres temas principales: permitir la reelección de legisladores y alcaldes, obligar a los partidos políticos a registrar candidaturas legislativas con paridad de género y un nuevo esquema de gobernanza electoral. (Freidenberg y Aparicio, p. 223).

De esta forma, el Decreto en mención en su artículo tercero transitorio estableció que el Congreso de la Unión tenía que legislar una ley que esta-

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (EE.UU.) y Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Agradezco a Daniel Tenorio Pérez y Karla Vaca Salinas sus observaciones a un borrador preliminar de este artículo.

bleciera las normas a las que debían sujetarse diversos órganos de gobierno para garantizar que el gasto en comunicación social cumpla diversos criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así como el respeto a los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio.¹

El 27 de mayo de 2014 la organización no gubernamental internacional Artículo 19, interpuso un juicio de amparo en contra de las autoridades que para la época no habían cumplido con el mandato constitucional. Eventualmente, y después de haber sido sobreseído el juicio en primera instancia, la Suprema Corte de Justicia ejerció su facultad de atracción y el 15 de noviembre de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el Amparo en Revisión 1359/2015.

A partir de los argumentos de Artículo 19, la Suprema Corte de Justicia determinó que el acto reclamado consistía en "la omisión del Congreso de la Unión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución de conformidad con lo dispuesto por el artículo tercero transitorio del decreto [de reforma]".²

En el estudio que se presenta a continuación se realizará un análisis de lo resuelto por la Primera Sala tomando en consideración una visión propia del derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, muchas de las opiniones y críticas tendrán que ver con la compatibilidad de lo resuelto por la Suprema Corte de cara a las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo de junio de 2011.

¹ El Artículo Tercero transitorio mencionado dispone textualmente: "El Congreso de la Unión deberá expedir, durante el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura, la ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución, la que establecerá las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, y que garantizará que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así como que respete los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos".

² Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1359/2015. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 15 de noviembre de 2017.

Un aspecto notable de la sentencia es la reconstrucción de las líneas jurisprudenciales de la propia Sala y de la Suprema Corte en los diferentes tópicos que se mencionan. Con el fin de explicar el razonamiento de la Corte en estos asuntos se siguen estas líneas jurisprudenciales dando el respectivo crédito al engrose del Amparo en Revisión 1359/2015.

De tal forma que se analizarán dos dimensiones que tienen que ver, no sólo con la vigencia del derecho a la libertad de expresión sino con lo concerniente a las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos de junio de 2011.

En una primera parte se analizará el juicio de amparo y su evolución reciente resaltando las discusiones en cuanto a su procedibilidad en materia de derechos políticos y electorales, así como en los requisitos procesales en torno a la noción de interés legítimo y el principio de relatividad de las sentencias. En una segunda parte se abordará el fondo del caso en lo concerniente al derecho a la libertad de expresión, su nueva interpretación de cara a los más recientes avances constitucionales y las afectaciones que las omisiones legislativas ocasionaron a la libertad de expresión en el presente caso.

II. El juicio de amparo y su evolución reciente: entre el formalismo y la necesidad de transformarse

Para José María Serna de la Garza hay cuatro temas que han marcado la evolución del juicio de amparo en México: la procedencia del amparo contra sentencias de los tribunales superiores de justicia estatales, la improcedencia en materia político-electoral, los efectos de las sentencias de amparo, y las condiciones que determinan la legitimación activa para interponer el amparo. (Serna, pp. 291 y 292). La relevancia del asunto en estudio es tal que comprende criterios novedosos y en cierta forma transformadores en las últimas tres áreas mencionadas.

1. La materia electoral y los derechos políticos dentro y fuera del juicio de amparo

El juicio de amparo es sin duda un baluarte de nuestro constitucionalismo y el producto jurídico mexicano que con mayor éxito se ha ofrecido al mundo.

Desde su concepción, el juicio de amparo ha sido muy efectivo en atender reclamos en torno a agravios cometidos en contra de ciertas disposiciones constitucionales, particularmente los artículos 14 y 16 de la Carta Magna. Sin embargo, el amparo ha demostrado ser poco eficaz en hacer frente a violaciones concretas a derechos humanos, como es el caso de los derechos económicos sociales y culturales. Una de las limitantes más peculiares de este instrumento es la imposibilidad para atender reclamos respecto a cuestiones de carácter electoral.

Uno de los grandes temas que han marcado la evolución del juicio de amparo tiene que ver con su improcedencia en materia político-electoral. Dichas discusiones se remontan al origen mismo del amparo. Así, surgió en un primer momento la denominada "Tesis Iglesias" en la que existía la posibilidad de que la Suprema Corte pudiera invalidar un acto de autoridad emitido por autoridades que no hubiesen sido electas en forma adecuada y lícita. (Serna, p. 292). Posteriormente, dicha doctrina se sustituyó por la "Tesis Vallarta" que se centraba más en la revisión de competencias de las autoridades involucradas. (Serna, p. 294). Como complemento a la doctrina Vallarta durante el siglo XX se determinó que los derechos políticos no formaban parte de las garantías individuales que pudieran tutelarse en el juicio de amparo. (Serna, p. 294). Una mirada histórica a detalle demuestra que las condiciones políticas del país fueron determinantes en el desarrollo de dichas teorías. (Véase, por ejemplo, Galván, pp. 204-209).

Por una parte, es verdad que los derechos políticos han alcanzado un grado de desarrollo óptimo en las últimas décadas. (Nieto, pp. 4-15; Verdín,

p. 254). Esto debido principalmente a la entrada de todo un aparato de justicia electoral producto de una larga transición democrática que fue creando instancias especializadas. Dichos organismos encabezados a nivel federal por el Instituto Nacional Electoral (INE) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) controlan todo lo que tiene que ver con dicha materia: partidos, elecciones, impugnaciones, etcétera. A su vez, los reclamos en torno a derechos humanos de carácter político en gran medida pueden ser conocidos a través del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano que sustancia el Tribunal Electoral.

Si bien la discusión sobre el desarrollo histórico de esta materia en el amparo es vasta y eventualmente ha sido influenciada por la creación de instancias electorales especializadas es un hecho que subsiste una zona gris en donde la procedencia del amparo en relación con los derechos políticos es posible, a pesar del amplio alcance de las facultades del TEPJF (Alanís, p. 196).

Paralelamente, aun cuando tenemos un sofisticado, eficiente y a la vez muy costoso sistema electoral quedan algunas interrogantes sobre el papel que tiene que desempeñar la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este rompecabezas. Estas consideraciones no son gratuitas y tienen que ver con una concepción donde la Suprema Corte actúa como un tribunal de última instancia o si por el contrario su papel lo acercaría más a parecerse a un Tribunal Constitucional.

En este sentido hay básicamente tres opciones. La primera consistiría en que la Suprema Corte de Justicia actúe como un Tribunal Constitucional concentrado en temas de constitucionalidad, lo cual se intentó hacer ya a principios de siglo. La segunda opción es que opere un sistema difuso de control constitucional electoral, con un reparto claro de competencias. La tercera es que sea un sistema mixto que combine un control concentrado para ciertas cuestiones y difuso para otras. Si bien el tema no es de fácil solución parecería que nos encontramos en el tercer escenario.

El primer esquema ya se intentó en México y no funcionó. En el 2002 la Suprema Corte de Justicia de la Nación limitó la posibilidad de que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación realizara control de constitucionalidad al resolver la Contradicción de Tesis 2/2000³ y la Contradicción de Tesis 4/2000,⁴ esto dio un giro inesperado a las facultades de control de constitucionalidad que el Tribunal Electoral había tenido en el pasado, restringiéndolas. (Gómez Pérez: p. 24).

Esto terminó por generar un vacío jurisdiccional en la protección de los derechos políticos constitucionales ya que por un buen tiempo no se pudo realizar un control de constitucionalidad sino solamente de convencionalidad en las instancias electorales, es decir, a través del derecho internacional de los derechos humanos. La reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007 al artículo 99 constitucional vino a remediar en parte esta situación. (Gómez Pérez, pp. 26 y 27).

Sin embargo, la ausencia de un recurso adecuado para revisar la constitucionalidad en materia electoral fue uno de los temas que salió a relucir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, resuelto en agosto de 2008.⁵ El caso tuvo dos grandes discusiones: la primera, si es que en el derecho internacional de los derechos humanos las candidaturas independientes gozaban algún tipo de protección. En segundo lugar, la ausencia de un recurso efectivo constitucional en materias que involucraban derechos de índole político o electoral.

En el caso *Castañeda Gutman vs. México* se determinó, entre otras cuestiones, la violación del derecho humano del señor Jorge Castañeda al acceso a un recurso judicial efectivo, ya que no era posible cuestionar

³ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 2/2000, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero, 23 de mayo de 2002

⁴ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 4/2000, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan Díaz Romero, 7 de septiembre de 2004

⁵ Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

ante un tribunal competente la inconstitucionalidad de una ley electoral que presuntamente violaba su derecho humano a ser votado vía una candidatura independiente. (Pelayo Moller y Vázquez Camacho, p. 811). Ese vacío jurisdiccional se originó por la histórica renuencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en conocer, a través del juicio de amparo, derechos de índole electoral e impedir que el Tribunal Electoral también lo hiciera.

El caso Castañeda supuso una grieta en dos ideas que eran un lugar común en aquellos años: que la Suprema Corte de Justicia de la Nación podía funcionar eficazmente en un modelo concentrado de control constitucional y que el ámbito electoral era en absoluto un coto vedado para la Suprema Corte.

La determinación de la procedencia del amparo en relación con los derechos políticos sigue siendo confusa en la actualidad. Por ejemplo, en el engrose del caso que se comenta, el Amparo en Revisión 1359/2015, se recurre a un precedente de 2007 (la Controversia Constitucional 114/2006)⁶ para explicar la existencia de una materia electoral directa y otra indirecta para efectos del conocimiento de controversias constitucionales. (Engrose: pp. 10 y 11).

A la vez, la Primera Sala cita el Amparo en Revisión 743/2005⁷ que justamente es el antecedente procesal nacional del caso Castañeda Gutman ante la Corte IDH. En dicho amparo se afirmó por una parte que "tratándose de leyes o actos que se vinculen con derechos políticos o en materia electoral es improcedente el juicio de amparo". En todo caso, afirmó en esa sentencia que "solo de *manera excepcional* podrán combatirse a través de éste [...] cuando se vinculen en sentido estricto con la posible violación a los derechos fundamentales". Es decir, el agravio debe incidir "en

⁶ Sentencia recaída a la Controversia Constitucional 114/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 16 de agosto de 2007.

⁷ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 743/2005, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Sergio A. Valls Hernández, 16 de agosto de 2005.

forma estricta sobre los derechos fundamentales de los individuos". Sin que puedan ser objeto de impugnación "las disposiciones que atañen al ejercicio de derechos políticos o a la materia electoral". Esto incluyendo cuestiones relativas a partidos políticos, normatividad sobre las agrupaciones políticas y el proceso electoral".

De tal suerte que sólo de manera excepcional, cita la Primera Sala, el amparo procede "cuando junto con la violación de un derecho político se reclaman leyes o actos que entrañan la violación de garantías individuales", como podría ser el caso del derecho a la libertad de expresión o de imprenta, siempre y cuando se pueda descartar el carácter de un derecho político-electoral.

Si bien, como lo señala la Primera Sala, existen en la legislación nacional diferentes recursos judiciales para la protección de las diferentes modalidades de los derechos políticos no es del todo claro y fácil de identificar en todos los casos. Resulta evidente que la férrea regla de exclusión de los derechos políticos en el amparo ha ido siendo modulada desde el Amparo en Revisión 743/2005 que solicitó Jorge Castañeda, aun cuando en su caso particular le fue negado.

En el Amparo en Revisión 1359/2015, nuestro caso en estudio, se dio otro paso importante en la apertura del amparo en materia de derechos políticos. Ya que se determinó que la comunicación social de las autoridades pertenecientes a todos los órdenes de gobierno no es un tema que pertenezca en sentido estricto a la materia electoral, esto porque la comunicación social se encuentra presente, no sólo dentro de los procesos electorales, sino en todo momento. Por lo que esta materia trasciende el ámbito electoral y constituye, en esencia, un asunto que tienen relación con el derecho a la libertad de expresión. (Engrose pp. 15 y 16).

Los criterios actuales han abierto la puerta a que se ventilen asuntos favorecido al derecho a la libertad de expresión. Y resulta por demás afortunado que en el caso que se comenta se haya aceptado esta contro-

versia vía amparo, en vista de que no se hubiese podido conocer a través de ningún otro recurso. Al parecer, la procedencia del amparo en este tipo de asuntos es posible cuando existe, no sólo conexidad sino preponderancia de la libertad de expresión en esa relación, así como una mayor trascendencia de ámbito electoral.

El criterio, aunque afortunado, sigue siendo demasiado genérico en sus términos y enfocado en la libertad de expresión. Idealmente se tendría que abordar este tema en un futuro desde los parámetros constitucionales de indivisibilidad e interdependencia de los derechos que se encuentran incluidos a nivel constitucional desde la reforma constitucional de junio de 2011.

A largo plazo, eventualmente será indispensable crear un sistema con reglas y distinciones claras entre las competencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de tal forma de que no quede ningún acto u omisión de una autoridad sin la posibilidad de ser sometido a un control de carácter judicial, que fue precisamente lo que no se pudo evitar en el caso Castañeda Gutman.

Posiblemente la solución a este dilema tenga que desarrollarse a través de un régimen diferenciado de competencias. En donde en materia de derechos políticos y electorales la competencia principal recaiga en un órgano electoral como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; y a la vez la Suprema Corte goce de una competencia residual en asuntos que no pueda conocer el tribunal especializado, pero que tengan que ver con la vigencia de derechos políticos en conexidad con otros derechos presentes en la Constitución y en los tratados internacionales.

2. Las omisiones legislativas en el juicio de amparo

El juicio de amparo cambió radicalmente a partir de la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, tanto que originó la apertura a la décima

época de la jurisprudencia del Poder Judicial Federal. La reforma contempló toda una nueva dinámica y lógica en torno al amparo, incluyendo la posibilidad de combatir las omisiones de autoridades.

De esta forma, el artículo 103, fracción I, constitucional y el artículo 107, fracción II, de la Ley de Amparo señalan que el amparo indirecto procede contra "actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo". A su vez, una interpretación sistemática de dichos artículos en conexidad con la fracción VII del artículo 107 constitucional llevó a deducir a la Primera Sala, que las omisiones de carácter legislativo pueden ser conocidas vía amparo indirecto. (Engrose, p. 24).

La Primera Sala, en el asunto que se analiza, especificó que para configurar una omisión atribuible a una autoridad es indispensable que exista el deber de realizar una conducta y que se haya incumplido con esa obligación. (Engrose p. 17). Igualmente, precisó que es posible identificar omisiones administrativas, judiciales y legislativas. (Engrose p. 17).

Asimismo, el Tribunal Pleno, siguiendo la Controversia Constitucional 14/2005,⁸ identificó la existencia de omisiones absolutas y relativas. Las primeras se dan cuando no se ha ejercido la facultad en ningún sentido, no se ha externado normativamente ninguna voluntad para hacerlo. Las segundas cuando se ha ejercido esa facultad de manera parcial o no se ha hecho de manera completa e integral. (Engrose, p. 18).

En consecuencia, se llega a la conclusión de que existe una omisión legislativa propiamente dicha:

cuando exista un mandato constitucional que establezca de manera precisa el deber de legislar en un determinado sentido y esa

⁸ Sentencia recaída a la Controversia Constitucional 14/2005, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 3 de octubre de 2005.

obligación haya sido incumplida total o parcialmente. En efecto, en caso de no existir un mandato constitucional que establezca con toda claridad el deber de legislar, la conducta de la autoridad carecería de toda relevancia jurídica para efectos del juicio de amparo, de ahí que en esta vía procesal no tenga mucho sentido hablar de omisiones de ejercicio potestativo. [Engrose, p. 20].

Probablemente, el argumento procesal más complejo de este asunto es la contraposición de la facultad para decretar omisiones absolutas de carácter legislativo vis-a-vis el principio de relatividad de las sentencias de amparo, que comúnmente se conoce como "la fórmula Otero".

Por una parte, en el Amparo en Revisión 961/1997⁹ el Pleno de la Suprema Corte de Justicia determinó que el principio de relatividad de las sentencias de amparo hacía imposible que se obligase a una autoridad legislativa a reparar una omisión ya que con ello se le darían efectos generales a la ejecutoria. (Engrose p. 25).

Sin embargo, la Primera Sala consideró que con las reformas constitucionales de junio de 2011 en la actualidad era posible proteger los derechos en un espectro mucho más amplio al poderse considerar la dimensión colectiva y/o difusa de los derechos como de hecho ocurre con el derecho a la libertad de expresión. (Engrose, p. 26). Esto también se fundamentó en la existencia de derechos económicos, sociales y culturales y la gradualmente creciente protección que le ha ido dando la Suprema Corte.

Si bien insiste la Primera Sala que el principio de relatividad de las sentencias de amparo existe y subsiste a pesar de lo dispuesto por las reformas constitucionales de junio de 2011, las sentencias de amparo eventualmente pudieran traducirse en una ventaja o beneficio para personas que no fueron parte del litigio constitucional, por lo que, al proteger los dere-

⁹ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 961/1997, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan Díaz Romero, 26 de mayo de 1997.

chos de los quejosos, indirectamente y de manera eventual, se podrían beneficiar a terceros ajenos a la controversia. (Engrose, p. 30).

Es ya un criterio consolidado en la doctrina constitucional contemporánea que los derechos requieren no sólo de acciones negativas sino también positivas. Esto aplica tanto a los derechos económicos, sociales y culturales, así como a los derechos civiles y políticos. De tal suerte que la libertad de expresión no sólo requiere la abstención del Estado en su conjunto para no interferir el goce y disfrute del derecho sino también acciones tendientes a garantizar ese derecho. Dicha obligación de garantía puede llevar a un órgano jurisdiccional a obligar al legislativo a dejar sin efectos una ley o incluso a expedir leyes.

Así, en lo que corresponde a la inconstitucionalidad por omisión en el ámbito de derecho constitucional existe una vasta bibliografía e innumerables sentencias de diversos tribunales. Éste es, dicho en otras palabras, un tema viejo dentro del mundo del constitucionalismo internacional. En México, aunque sin ser un tema de los amplios alcances que merecería, ha sido abordado por la doctrina y los tribunales de manera incipiente pero no del todo convincente en el pasado (véase, Báez Silva, pp. 772-793 y Rangel Hernández, pp. 209-226). Los estudios conceptuales, jurisprudenciales y constitucionales son vastos; sin embargo, en lo que se ha escrito en las últimas décadas parece existir una coincidencia en la preponderancia de este tema en el derecho internacional de los derechos humanos (véase, Bazán, pp. 289-340; Carbonell, p. XVII).

En el plano del derecho internacional sin duda el tribunal internacional que ha ocupado una posición más activa es precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, a partir de lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Tribunal Interamericano ha señalado el incumplimiento del deber de adoptar medidas legislativas adecuadas en una enorme diversidad de casos que van desde controversias en torno a pueblos indígenas o tribales hasta la invalidez de leyes de amnistía, incluyendo la revisión a diferentes

normas en relación con los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información, el derecho a recurrir el fallo, pena de muerte, derechos económicos, sociales y culturales, entre otros (véase más ampliamente sobre el tema Ferrer MacGregor y Pelayo Moller, pp. 71-105).

Aun considerando todo lo anteriormente dicho, resulta por demás singular el intento, al menos en el texto de la sentencia, por rescatar el principio de relatividad de las sentencias de amparo en casos de omisiones legislativas aun cuando evidentemente en este caso no tiene ninguna coherencia práctica. Es decir, la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión absoluta es clara e indudablemente contraria al principio de relatividad. La pregunta es entonces si realmente una sentencia de amparo bajo los parámetros actuales se debe ceñir siempre al principio de relatividad.

Sobre el tema resultan interesantes las consideraciones de la Ministra Norma Piña y sus ideas sobre la necesidad de una completa revisión al principio de relatividad en su voto particular. Ella señala textualmente:

El principio de relatividad ha sido considerado por la mayoría de los juristas, como inherente al juicio de amparo, esto es, como una de sus señas de identidad. Desde hace muchos años, ha habido una tendencia fuerte y predominante en nuestro país a sacralizar el juicio de amparo, considerado como una de las más "nobles" instituciones jurídicas que se hayan concebido jamás.

[...] A luz de esas transformaciones de nuestra cultura y sistema jurídicos, es necesario reinterpretar el principio de relatividad para darle un alcance congruente con los valores y principios constitucionales involucrados. En consecuencia, sostengo que el alcance del principio de relatividad no incluye el caso de omisiones legislativas absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, es decir, casos, como el presente, en que la Constitución impone al legislador ordinario el deber de legislar sobre determinada materia y en determinado plazo, y éste omite absolutamente cumplir con su deber.

Para justificar esta postura, partiré del hecho siguiente. No existe, y es necesario ser muy enfático en esto, ni en la Constitución ni en la Ley de Amparo, norma alguna que, expresamente, establezca la improcedencia del juicio de amparo en contra de omisiones legislativas absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, por violar el principio de relatividad.

La postura de la Ministra Piña se centra en una idea básica: la Suprema Corte como garante última de la Constitución puede instrumentalizar y reinterpretar la Constitución y la Ley de Amparo para que el principio de relatividad no sea un requisito a cumplir en este tipo casos. Sin embargo, lo que sucede es lo contrario, la argumentación de la sentencia se tiene que instrumentalizar para hacer lo correcto y de paso cumplir con un requisito meramente formal y que en este tipo de casos actúa como un freno de mano que no permite que la decisión fluya naturalmente.

En otras palabras, un nudo gordiano como es el principio de relatividad de las sentencias de amparo en este tipo de asuntos es mejor cortarlo que tratar de desatarlo. Lo anterior considerando particularmente al amparo como un derecho en sí mismo y como una garantía a la garantía de los derechos, como lo expresó en alguna ocasión Eduardo Ferrer MacGregor actuando como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en términos del artículo 25 de la Convención Americana.¹⁰

En el fondo, la decisión fue la correcta: la Primera Sala determinó que existió una omisión legislativa absoluta en el presente caso toda vez que el plazo para haber regulado los gastos de comunicación social en los términos del artículo tercero transitorio de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 por parte del Congreso había vencido el 30 de abril de 2014 (al final del segundo periodo de sesiones del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura del Congreso de la Unión). (Engrose p. 43).

¹⁰ Voto del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. Caso *Liaquat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

3. La legitimación de organizaciones no gubernamentales para interponer el juicio de amparo a partir de su interés legítimo

Un tema procesal de la más alta trascendencia en la reforma constitucional a la ley de amparo tuvo que ver con la apertura a que se pudiera interponer un amparo a partir del interés legítimo de la parte quejosa. Este fue una variación por demás novedosa considerando que tradicionalmente había predominado la idea de que el amparo podía solamente proceder ante un agravio personal y directo, es decir, un interés jurídico.

En este tema en particular, a diferencia de los que ya se han abordado con anterioridad, el derecho internacional de los derechos humanos no puede servir como guía por dos razones: porque en el ámbito internacional predomina la idea de la necesidad de contar con algo más cercano al interés jurídico para acudir a las instancias internacionales y porque éste es un tema que se ha tratado ampliamente en la teoría del derecho y el derecho procesal constitucional.

Eduardo Ferrer MacGregor, en una temprana reflexión, explicó que el interés simple se identifica más con las acciones populares o *actio popularis*. En ellas se reconoce a cualquier ciudadano por el mero hecho de ser miembro de una sociedad. (Ferrer MacGregor, p. 18). Mientras que, por otra parte, el interés jurídico es aquel que se suele identificar con el derecho subjetivo en su concepción clásica e implica la posibilidad de hacer o querer (elemento interno) y la posibilidad de exigir de otros el respeto (elemento externo) (Ferrer MacGregor, p. 19). *El interés legítimo* es en realidad una situación intermedia entre ambas situaciones.

El cambio, aunque predecible, discutido y meditado desde larga data ha abierto un sinnúmero de posibilidades para nuevos litigios y la justicia-bilidad de nuevos derechos, tal y como era la intención con su incorporación (véase, por ejemplo, Zaldívar, pp. 41 a 64). Sin embargo, aun entre académicos, litigantes y jueces no existe una visión clara y acabada

de los parámetros que hay que seguir para la determinación de la existencia de un interés legítimo.

En el presente asunto, el Amparo en Revisión 1359/2015, la Primera Sala determinó que para que exista interés legítimo se requiere cumplir con los pasos del siguiente test:

- (i) que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo;
- (ii) que el acto reclamando produzca una afectación en la esfera jurídica entendida en sentido amplio, ya sea directa o indirecta por la situación especial del reclamante frente al ordenamiento;
- (iii) la existencia de un vínculo entre una persona y la pretensión, de tal forma que la anulación del acto produzca un beneficio actual o futuro pero cierto;
- (iv) que la afectación sea apreciada bajo un parámetro de razonabilidad; y
- (v) que dicho interés resulte armónico con la dinámica y alcances del juicio de amparo.

La evolución de la definición de lo que es el interés jurídico, llevó a la Primera Sala a construir la línea jurisprudencial reciente en esta materia y que en esta oportunidad se retoma. Así, puede rastrearse un precedente importante en el Amparo en Revisión 366/2012¹¹ en donde se señaló que "el interés legítimo puede definirse como aquel interés personal —individual o colectivo—, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que pueda traducirse, si llegara a concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso"

Posteriormente en la Contradicción de Tesis 111/2013¹² se precisaría que es "una legitimación intermedia entre interés jurídico e interés simple,

¹¹ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 366/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 5 de septiembre de 2012.

¹² Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 111/2013, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 5 de julio de 2014.

ya que no se exige acreditar la afectación a un derecho subjetivo, pero tampoco implica que cualquiera pueda promover la acción". Por ello, "el interés legítimo solamente requiere de una afectación a la esfera jurídica entendida en un sentido amplio, ya sea porque dicha intromisión es directa, o porque el agravio deriva de una situación particular que la persona tiene en el orden jurídico". Asimismo, este interés jurídico puede tenerlo ya sea un individuo o una colectividad identificada o identificable.

La Primera Sala determinó en el caso concreto que dicho interés jurídico por parte de la asociación civil Artículo 19, quedaba acreditado a partir de su especial interés en la defensa y promoción de las libertades de expresión, al tiempo que la omisión reclamada afectaba su capacidad de cumplir con el objetivo para la cual fue creada. (Engrose, p. 41).

El esquema actual en torno a la identificación de los intereses legítimos es bastante problemático. Esto, toda vez que no existen conceptos o reglas claras sobre cuando es que existe o cuando no, sino que es algo que ha ido delineándose caso a caso y vinculada con la muy particular posición del juzgador en turno.

La conceptualización del interés legítimo es muy compleja porque se parte de una visión en extremo formalista de la procedibilidad del juicio de amparo. Es decir, por décadas se edificaron muros y se forjaron candados para que el amparo fuera operante en algunas circunstancias, ahora que tenemos la necesidad que expanda su alcance la misión de ir derribando una a una esas barreras e ir abriendo uno a uno esos candados, es tortuosamente complicado. Estamos jugando en una cancha que se diseñó para que perdamos.

Lo anterior no es mera retórica si consideramos que la misma edificación jurisprudencial de la noción de interés jurídico es la combinación de teoría del interés jurídico de Rudolf Von Ihering y la idea de derecho subjetivo de Kelsen. Es decir, un doble estándar que en opinión de Cruz

Parcero es un "vals desacompasado". (Cruz Parcero, pp. 98-99). Por ello, la completa revisión de esta teoría tendría que ser el camino para poder tener mayor certeza y sobre todo una mayor amplitud de alcance del juicio de amparo en este tipo de casos.

III. Libertad de expresión, derechos políticos y omisiones legislativas: una primera mirada a los debates del futuro

1. El nuevo *corpus juris* de la libertad de expresión en México

La reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011 marca un nuevo comienzo en la edificación de una nueva forma de interpretar los derechos, no sólo considerando como fuente exclusiva el texto constitucional sino considerando de igual forma los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación sin que, en principio, medie ninguna jerarquía entre sí.

En el presente caso, el Amparo en Revisión 1359/2015, el derecho a la libertad de expresión fue considerado por la Primera Sala tanto en su fuente nacional en los artículos 6 y 7 de la Constitución mexicana así como en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, los derechos enunciados en dichos instrumentos son por sí mismos insuficientes para dotar de contenido al derecho a la libertad de expresión en toda su extensión. Por ello, en este asunto la Primera Sala realiza un extenso recorrido jurisprudencial a través de sus propios criterios y así como los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para dotar de ese contenido al derecho a la libertad de expresión en diferentes facetas y en relación con otros derechos como el de acceso a la información.

Reconociendo que la libertad de expresión constituye una precondición de la vida democrática, la Primera Sala cita el Amparo Directo en Revisión 2044/2008 en donde se estableció que:

si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático¹³

Siguiendo la jurisprudencia más lúcida tanto propia como de la Corte Interamericana, la Primera Sala identifica que la libertad de expresión posee dos dimensiones una individual y otra colectiva. La dimensión individual tiene que ver con la capacidad de las personas de expresarse y expresar cualquier cosa sin interferencia estatal para la promoción de fines políticos amplios, como el enriquecimiento del debate colectivo. (Engrose, p. 48).

Mientras que la dimensión colectiva, afirma la Primera Sala, tiene que ver con el intercambio de ideas, el debate desinhibido e informado sobre las cuestiones de interés público. Esto permite la formación de una opinión pública robusta, la eliminación de barreras ampara la búsqueda y recepción de información, la supresión de la censura y en última instancia la existencia de medios de comunicación profesionales e independientes. (Engrose, p. 49).

Para ampliar estas ideas, la Suprema Corte recurre consistentemente a la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que analizó una regulación que exigía que los periodistas estu-

¹³ Tesis [A] 1a. CCXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2009, p. 277. Registro digital: 165823.

viesen necesariamente colegiados con el fin de ejercer su profesión. Dicha legislación incluso preveía pena de cárcel en casos de ejercicio indebido de la profesión.¹⁴

En esa oportunidad el Tribunal Interamericano reconoció que la libertad de expresión conlleva el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios y en contraparte el derecho de toda la sociedad a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. El ejercicio de la libertad de expresión también funciona como un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos en doble vía: el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista y el derecho de todos a conocer opiniones y noticias (OC/85, párrs. 30 y 31). Por ello, se ha reconocido que la libertad de expresión es la piedra angular de una sociedad democrática. (OC 5/85, párr. 70).

Así, cuando la libertad de expresión es restringida en un caso particular, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas. (OC 5/85, párr. 30). Esta especial vinculación entre libertad de expresión con el derecho al acceso a la información y democracia llevó a la Primera Sala de la Suprema Corte a considerar que este primer derecho posee una *posición preferencial* en el ordenamiento jurídico mexicano.

En lo que respecta a los medios de comunicación profesionales e independientes la Suprema Corte reconoció que su existencia es parte de la dimensión colectiva del derecho a la libertad de expresión y una pieza clave para el correcto funcionamiento de la democracia. (Engrose, p. 53).

¹⁴ Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. (en adelante: OC 5/85).

Reiterando lo señalado en su momento en los amparos directos en revisión 2044/2008 y 2808/2012, la Primera Sala explicó que "los medios de comunicación de masas juegan un papel esencial para el despliegue de la función colectiva de la libertad de expresión", ya que son "[...] forjadores básicos de la opinión pública en las democracias actuales" generando creencias. (Engrose p. 53).

Retomando de nuevo la Opinión Consultiva 5 la Primera Sala enfatizó que deben garantizarse condiciones como la pluralidad de medios, la prohibición de monopolios y la libertad e independencia periodística. (OC 5/85, párr. 34). Por lo que constituye un deber de los tribunales proteger la existencia de un debate plural sobre asuntos públicos. (Engrose p. 55).

En este contexto, la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011 supuso un cambio radical en la concepción de las fuentes formales de los derechos humanos. La antigua exclusividad en este terreno de las normas e interpretaciones constitucionales quedó atrás para dar paso a la creación de un bloque de regularidad constitucional.

Así lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 293/2011 cuando mencionó que los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales no se relacionan jerárquicamente entre sí y constituían el parámetro de regularidad constitucional, aceptando con ello la creación de un bloque de constitucionalidad. Al respecto, cabe señalar que este bloque no podría actuar o conformarse en caso de restricción expresa constitucional en cuyo caso la misma prevalecería. Igualmente, se determinó que la jurisprudencia de la Corte IDH desde ese momento resultaba vinculante para los jueces mexicanos cuando fuera más favorable a la persona.¹⁵

¹⁵ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013.

Una vez dentro del bloque de constitucionalidad en esa especie de *saco amniótico*, que contiene las normas de derechos humanos e incluso los criterios jurisprudenciales para interpretarlas, en cada caso concreto se da un proceso dinámico de interpretación que termina por construir hacia adentro el verdadero parámetro de constitucionalidad/convencionalidad. El factor fundamental que ha hecho poco funcional al bloque y parámetro de constitucionalidad en México ha sido la contaminación que ha sufrido al interior a través de la inclusión e invasión de las nociones de jerarquía y supremacía. (Pelayo Moller, 2017, p. 279).

La apertura al derecho internacional también ha facilitado el uso de otras fuentes y referencias en el plano constitucional e internacional. De esta forma, la Primera Sala de la Suprema Corte también cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a otros tribunales constitucionales del orbe. Cabe señalar que, si bien no existe ningún tipo de obligatoriedad en las normas y en las interpretaciones de dichas instancias, tomar en cuenta sus criterios abre un amplio panorama de reflexión que puede ser aprovechado en el mejoramiento de la jurisprudencia nacional.

Es así que en la construcción de sus propias líneas jurisprudenciales en la actualidad la Suprema Corte de Justicia está utilizando las bondades y los nuevos alcances del derecho internacional de los derechos humanos. Esta tarea, aun cuando está lejos de alcanzar grado de desarrollo que se quisiera ha ido transformado gradualmente el panorama jurisprudencial de los derechos en México.

2. Las afectaciones que las omisiones legislativas ocasionaron a la libertad de expresión en el presente caso

Hasta este punto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en lo que respecta al fondo del caso se había fundamentado en precedentes propios y mayormente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, la resolución del caso concreto exigió un ejercicio creativo singular ya que a nivel nacional e internacio-

nal no existen precedentes que marquen una línea jurisprudencial en lo que tienen que ver con la asignación de recursos públicos en materia de comunicación social.

La Primer Sala al abordar el tema consideró necesario tomar en cuenta la posición de los medios de comunicación como empresas que requieren ingresos económicos de publicidad para cumplir sus funciones, esto lo valoró *vis-a-vis* la necesidad de que diferentes dependencias públicas realicen actividades de comunicación social, textualmente señaló:

En el caso de México, es una realidad innegable que los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública realizan cotidianamente actividades de comunicación social para cumplir con fines informativos, educativos o de orientación social. Así, el gobierno compra a los medios de comunicación espacios de publicidad de distinto tipo —para que el anuncio se difunda entre la población en general o entre sectores más específicos— con el objetivo de que su mensaje llegue al mayor número de destinatarios. De esta manera, los ingresos que obtienen los medios para difundir comunicación social del gobierno pueden ser indispensables para que éstos se mantengan en operación, especialmente en épocas de crisis. [Engrose, pp. 56 y 57].

La innegable trascendencia de los ingresos públicos a los medios de comunicación también ha sido reconocida por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconociendo que "es posible que la publicidad estatal sea tan fundamental para el funcionamiento de un medio de comunicaciones que la negativa a asignársela tenga un impacto tan adverso que equivalga a una multa o una condena de cárcel". Por lo que la negativa a asignar estos gastos puede ser utilizada como una forma de coerción basadas en los contenidos, que obligan a los medios de comunicación al silencio sobre cuestiones de interés público". (Engrose, p. 60).

La Primera Sala consideró que la ausencia de regulación del gasto de comunicación social propicia un ejercicio arbitrario del presupuesto en esa materia, lo cual constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, claramente proscrito por el artículo 7o. de la Constitución y 13.3 de la Convención Americana.

Asimismo, entendió que la falta de reglas claras y transparentes que establezcan los criterios con los cuales se asigna el gasto de comunicación social de las distintas instancias de gobierno —omisión atribuible al Congreso de la Unión— constituye un medio de restricción indirecta a la libertad de expresión prohibido por los artículos 7 de la Constitución y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lo anterior, tomando en consideración lo que se señaló la misma Primera Sala en el Amparo en Revisión 531/2011,¹⁶ en esa oportunidad se estimó que "la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas e[ra] una restricción indebida al derecho a la libertad de expresión."

En el caso concreto, la Suprema Corte resolvió que la restricción indirecta a la libertad de expresión trae consigo además un "efecto silenciador" de los medios de comunicación críticos y genera un efecto disuasivo en el ejercicio de la libertad de expresión de los medios de comunicación. (Engrose, p. 60). Afirmando que:

la dimensión colectiva de la libertad de expresión impone al Estado el deber de actuar de manera neutral en la asignación de esos recursos entre los medios de comunicación. Por esa razón, es imprescindible que existan reglas que permitan al Estado actuar

¹⁶ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 531/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero, 24 de agosto de 2011.

de tal manera que asegure que todas las voces de la sociedad que se expresan en los medios de comunicación sean escuchadas de una manera completa y justa. [...] la ausencia de estas reglas hace que cualquier gasto que se haga en esta materia sea potencialmente arbitrario. [Engrose p. 61].

Así, en el Amparo en Revisión 1359/2015 la Suprema Corte concluyó que en el caso concretó quedó acreditado que el Congreso de la Unión omitió emitir la ley que ordena el artículo tercero transitorio del decreto de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 para regular el gasto en materia de comunicación social de conformidad con lo dispuesto en el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución, provocando un estado de cosas inconstitucional. Por tanto, la Primera Sala concedió el amparo para el efecto de que el Congreso de la Unión procediera a emitir una ley que regule los gastos de comunicación social. (Engrose p. 62).

3. Los nuevos horizontes de la libertad de expresión en un entorno constitucional en transformación

La resolución del Amparo en Revisión 1359/2015 abre todo un nuevo posible panorama de discusiones futuras en materia de libertad de expresión, teoría del derecho y derecho constitucional.

En este punto es importante reflexionar cuales son las consecuencias jurídicas respecto a los derechos como resultado directo de una omisión legislativa ya sea completa o parcial. Por una parte, es un criterio consolidado en el ámbito interamericano que el no adoptar medidas de derecho interno en transgresión a un deber legal no constituye automáticamente una violación a un derecho de una persona o grupo en particular. Así, el no adoptar medidas de derecho interno, como podría ser el legislar una norma o una serie de normas, constituye un incumplimiento de un deber.

Un incumplimiento de esta naturaleza transgrede una obligación y puede dar pie a responsabilidad internacional, pero no necesariamente se tra-

duce en automático en una violación a los derechos de una persona específica o un grupo de personas.

Tomemos por ejemplo la Constitución de Costa Rica cuyo artículo 75 señala que "La religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado" esto "sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres". En principio, al hacer una distinción entre religiones y otorgándole un lugar preponderante a la religión católica se incumple el deber de legislar de acuerdo con los parámetros de no discriminación. Sin embargo, lo que sucede en la práctica cotidiana, en los hechos, y en la legislación secundaria costarricense es que no existen conductas u omisiones concretas que afecten negativamente a personas practicantes de una religión diferente a la católica. Tampoco existe una ventaja para las personas católicas en ese país, más allá de la retórica constitucional. Por tanto, en efecto existe un incumplimiento de un deber, pero no una violación de un derecho.

Es así que para determinar la existencia de un trato arbitrario en contra de una persona o grupo por el incumplimiento del deber de legislar una normativa se tendría que comprobar analizando los hechos del caso concreto ya que la mera ausencia de normatividad o la deficiencia de la misma no implica la necesaria existencia de una violación a los derechos de una persona o grupo.

Por ello, lo más adecuado en el caso que nos ocupa hubiese sido hablar de un incumplimiento de un deber en vista de la ausencia de legislación en materia de asignación de gastos en comunicación social. A su vez, para hablar de un trato arbitrario necesariamente se habría tenido que desarrollar un análisis de la normativa provisional que intentaba cubrir la ausencia de la legislación en cuestión que en su momento fue el "Acuerdo por el que se Establecen los Lineamientos Generales para las Campañas de Comunicación Social de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal Para el Ejercicio Fiscal 2017". Considerando que dicho acuerdo no constituía una ley en los términos establecidos por la

jurisprudencia de la Corte Interamericana se hubiese podido llegar fácilmente a esa conclusión.

Lo anterior en nada cambia el que la solución al Amparo en Revisión 1359/2015 sea sin duda la correcta. En todo caso, debemos hacer una reflexión sobre el lenguaje y la propia lógica actual del amparo que dentro de sus presupuestos tradicionales no prevé la distinción entre el incumplimiento de una obligación y la violación de un derecho. Comprender esto y poderle dar vigencia en materia de amparo es indispensable con el fin de aplicar los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que todos ellos básicamente parten de esa dicotomía entre derechos/violación y obligación/incumplimiento.

Otro aspecto por demás notable de la sentencia es la alusión a los efectos perversos de la falta de regulación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. La Primera Sala habla de la existencia de un "efecto silenciador" y de un "efecto disuasivo". Ambas frases sin duda hacen alusión a la teoría norteamericana del *chilling effect* desarrollada principalmente por la Corte Warren en los casos *Baggett v. Bullit* y *Lamont v. Postmaster General* resueltos en los años sesenta. En ambos casos aun cuando no existía una prohibición expresa en contra de los involucrados para expresar sus opiniones la legislación impugnada era suficientemente ambigua en sus términos para inhibir a las personas expresarse o recibir libremente información. (Véase, Chemerinsky, pp. 1236-1238).

En ocasiones parece que nos debatimos entre dos lúcidas y válidas posturas respecto la libertad de expresión. Por una parte, la tradición de los Estados Unidos en donde la libertad de expresión se encuentra, al menos a nivel jurisprudencial, ampliamente protegida. Y por otra, la tradición europea continental en donde la protección de la libertad de expresión va acompañada de ciertos principios y valores fundamentales que pueden llegar a limitar los alcances del primer derecho. Probablemente este caso sea un buen ejemplo de protección de un amplio aspecto de la libertad de expresión en una tradición liberal. Igualmente, la propia Primera Sala

resolvió recientemente bajo ciertos contextos no proteger un discurso de odio antisemita.¹⁷

Por otra parte, existen ocasiones en las que nos tenemos que preguntar si entre estas dos grandes tradiciones jurídicas que admiramos no estamos en riesgo de inclinarnos hacia lo peor. Así, por ejemplo, el tristemente célebre caso Witz representa un mensaje en contra de las posiciones más liberales en favor de la libertad de expresión, en ese caso particular, en favor del honor de las insignias nacionales.¹⁸ Dicho precedente resulta completamente opuesto, por ejemplo, a lo que la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió en el caso *Texas v. Johnson* en donde se avaló la quema de una bandera de ese país como parte del derecho a la libertad de expresión.

Una última reflexión tiene que ver con la afirmación de la Primera Sala de la existencia de un "estado de cosas inconstitucional" a partir de la falta de expedición de la legislación pertinente en materia de asignación del gasto de comunicación social de las distintas instancias de gobierno.

El concepto de estado de cosas inconstitucional surge en la Corte Constitucional Colombiana para atender violaciones estructurales y sistemáticas a los derechos fundamentales. En la Sentencia de Unificación 090 de 2000 se especificó que se estaba ante un estado de cosas inconstitucional cuando:

1. se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas —que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales— y

¹⁷ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 4865/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña, 30 de octubre de 2019.

¹⁸ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 2676/2003. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente José de Jesús Gudiño Pelayo, 5 de octubre de 2005.

2. cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.¹⁹

A partir de la definición que da la propia Corte Constitucional en el caso bajo análisis en el Amparo en Revisión 1359/2015 no estaríamos en presencia de un estado de cosas inconstitucional bajo los estándares colombianos, ya que esta figura por lo regular se utiliza para graves violaciones a derechos humanos como lo puede ser el desplazamiento forzado masivo.²⁰ Sin embargo, resultaría interesante si realmente este pudiera ser considerado un intento de importar el concepto y adaptarlo a las necesidades nacionales, es decir, si eventualmente ese concepto pudiera ser "mexicanizado" y utilizado para atender los múltiples, variados y estructurales problemas de derechos humanos que padecemos.

IV. Reflexión final: Las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos y su potencial transformador

La sentencia de la Primera Sala al Amparo en Revisión 1359/2015 ha sido elogiada en diversos foros incluyendo un reconocimiento por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (ONU, 2017). La sentencia en sus pocas páginas cuenta con discusiones de forma y fondo como pocas resoluciones de la Suprema Corte en los últimos años y abre una gran cantidad de temas a discusión.

Eventualmente la sentencia fue cumplida por el Congreso de la Unión al expedir la Ley General de Comunicación Social, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 11 de mayo de 2018. Sin embargo, como señalan Chilton y Versteeg, la legislación carece de estándares específi-

¹⁹ Corte Constitucional (Colombia) SU-090 de 2000, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia de 2 de febrero de 2000, disponible en «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/su090-00.htm>».

²⁰ Corte Constitucional (Colombia) T-025 de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia de 22 de enero de 2004, disponible en «<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2004/T-025-04.htm>».

cos de como ejercer el gasto público y requiere que se evalúen las decisiones en razón de los criterios de eficiencia, economía, transparencia y honestidad. Si bien, la legislación cumple con lo solicitado por la Suprema Corte, los estándares resultan ser tan vagos que lo que terminan por hacer es institucionalizar el *status quo*. (Chilton y Versteeg, pp. 126-127).

Independientemente de esas circunstancias reales, que son parte de la vida constitucional de cualquier país, la sentencia que se ha analizado representa uno de los productos jurisprudenciales más acabados fruto de las reformas constitucionales en amparo y derechos humanos que inauguran la décima época del Poder Judicial Federal. Su éxito en el mediano plazo en su faceta de precedente radicara en la habilidad de los juzgadores y de la propia Suprema Corte en retomar, clarificar y expandir mucho de lo que ahí se ha establecido como la promesa de un nuevo horizonte de un constitucionalismo transformador.

Bibliografía

ALANIS FIGUEROA, María del Carmen, "La protección constitucional de los derechos político-ellectorales y el juicio de amparo", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso, *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Pasado, Presente y Futuro*, Tomo II, México, IJ-UNAM, 2017.

BÁEZ SILVA, Carlos, "La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002.

BAZÁN, Víctor, *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

CARBONELL, Miguel, Prólogo, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes*, 2a. ed., México, UNAM, 2007.

CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law*, 4a. ed., New York, Ed. Wolters Kluwer, 2013.

CHILTON, Adam y VERSTEEG, Mila, *How Constitutional Rights Matter*, New York, Oxford University Press, 2020.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Hacia una Teoría Constitucional de los Derechos Humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso, *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Pasado, Presente y Futuro*, Tomo II, México, IIJ-UNAM, 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MOLLER, Carlos María, "Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno" en STEINER, Christian, FUCHS, Marie-Christine y URIBE, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2004.

FREIDENBERG, Flavia y APARICIO, Francisco Javier, "Entre la fragmentación partidista y el descontento ciudadano", *Revista de Ciencia Política*, vol. 36, núm. 1, Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile, 2016, pp. 219-238.

GALVÁN RIVERA, Flavio, "Juicio de Amparo. Juicio para la protección de los derecho político-electorales del ciudadano y juicio de revisión constitucional electoral, en la elección de magistrados electorales locales", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso, *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Pasado, Presente y Futuro*, Tomo II, México, IIJ-UNAM, 2017.

GÓMEZ PÉREZ, Mara, "¿Por qué el Tribunal Electoral resuelve casos de Derechos Humanos?", en MATA PIZANA, Felipe de la; GÓMEZ PÉREZ, Mara, y LOZA OTERO, Nicolás (coords.), *Justicia electoral y derechos humanos. Incidencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la protección de los derechos humanos*, 2a. ed., México, TEPJF, 2019.

NIETO CASTILLO, Santiago y ESPÍNDOLA, Luis, *El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano*, México, Porrúa, 2010.

ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "ONU México saluda decisión de la SCJN que ordena la regulación en materia de publicidad oficial". 22 de noviembre de 2017. Disponible en: «https://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=1051:onu-dh-mexico-saluda-decision-de-la-scn-que-ordena-la-regulacion-en-materia-de-publicidad-oficial&Itemid=265».

PELAYO MOLLER, Carlos María y VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago, "El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009.

PELAYO MOLLER, Carlos María, "Algunas consideraciones sobre el uso del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación vis-a-vis la doctrina de control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en MATA PIZANA, Felipe de la; GÓMEZ PÉREZ, Mara, y LOZA OTERO, Nicolás (coords.) *Justicia electoral y derechos humanos. Incidencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la protección de los derechos humanos*, 2a. ed., México, TEPJF, 2019.

PELAYO MOLLER, Carlos María, *Los Procesos de Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México*, Tesis para recibir el

Grado en Doctor en Derecho, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, septiembre de 2017.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, "La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 18, enero-junio de 2008.

SERNA DE LA GARZA, José Ma., *Derecho Constitucional Mexicano en su Contexto*, México, Porrúa/UNAM, 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo el Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario Arturo Bárcena Zubieta. Secretarios Auxiliares: Arturo Guerrero Zazueta y Santiago José Vázquez Camacho.

VERDÍN PÉREZ, Jaime Arturo, "El juicio de amparo en México contra actos en materia electoral", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso, *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917. Pasado, Presente y Futuro*, Tomo II, México, IJ-UNAM, 2017.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002.

Libertad de expresión y publicidad oficial: el amparo por omisión legislativa 1359/2015. A 10 años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos

Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez*

Ricardo Reyes Márquez**

SUMARIO: I. La reforma constitucional de derechos humanos. II. Publicidad oficial, libertad de expresión y derecho a la información. III. El amparo en revisión 1359/2015 de la Primer Sala de la SCJN. IV. Contexto actual de la libertad de expresión y la publicidad oficial. V. Conclusión.

I. La reforma constitucional de derechos humanos

1. El paradigma de la reforma. La libertad de expresión y el derecho a la información

El 10 de junio de 2011 se aprobó la reforma constitucional en materia de derechos humanos, para establecer en el artículo primero que, en México, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "Constitución") y en los tratados internacionales de los que México sea parte. También, para obligar a todas las autoridades de todos los niveles de gobierno a promover, respetar, proteger y garantizar los

* Maestro en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana. Director Regional de la oficina para México y Centroamérica de ARTICLE 19.

** Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinador Jurídico y de Pluralidad Mediática del Programa de Derecho a la Información de la oficina para México y Centroamérica de ARTICLE 19.

derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Además, se estableció que la interpretación normativa en materia de derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas. El cambio de paradigma es sustancial y profundo, el reconocimiento, mas no el otorgamiento de los derechos humanos, supone colocar a la persona humana en el centro de la acción del Estado.

En ese mismo sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante "SCJN") se ha pronunciado¹ sobre la forma en que los propios derechos humanos reconocidos en tratados internacionales deben ser incorporados en nuestro sistema jurídico, señalando que todas las normas que contienen un derecho humano y que están recogidas en tratados internacionales tendrán rango constitucional y que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH") serán vinculantes para los jueces en México aun cuando se trate de decisiones en las que el país no fuese parte (Salazar, 2014, 69 y ss.). Dicho lo anterior es importante mencionar que esta fuente de derecho radica en el contenido de las normas, mas no de donde provienen las mismas. Así, debe considerarse el párrafo primero, del artículo 1o. constitucional, una verdadera "cláusula de reenvío" a otras fuentes normativas.

Lo anterior hace referencia a la Contradicción de Tesis 293/2011, en la que se determinó que los derechos humanos de fuente constitucional directa y de fuente convencional tienen rango constitucional y son parámetro de validez de las demás normas de la Constitución. Así se

¹ "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL," Tesis [J.]: P/J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 202. Reg. Digital 2006224.

configura el llamado *parámetro de regularidad constitucional*. Este nuevo parámetro, encuentra dinamismo en las pautas de "interpretación conforme" y "pro persona" reconocidas en el mismo artículo 1o., párrafo segundo, de nuestra Carta Magna.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la *interpretación conforme* se configura como una:

herramienta [que] obliga a los operadores jurídicos que se enfrenten a la necesidad de interpretar una norma de derechos humanos —incluyendo las previstas en la propia Constitución— a considerar en dicha interpretación al catálogo de derechos humanos que ahora reconoce el texto constitucional. Esta obligación busca reforzar el principio desarrollado en el primer párrafo, en el sentido de que los derechos humanos, con independencia de su fuente normativa, forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo.²

Por su parte, el principio *pro personae*, también como herramienta hermenéutica y de determinación del contenido de derechos es aquel que:

obliga a que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia. Este principio constituye un criterio hermenéutico propio de la interpretación de los derechos humanos que busca, principalmente, resolver los casos de duda que puedan enfrentar los operadores jurídicos frente a la eventual multiplicidad de normas —e interpretaciones disponibles de las mismas— que resulten aplicables respecto de un mismo derecho.³

Durante años, la interpretación del artículo 133 constitucional que hizo la SCJN impidió que las normas sobre derechos humanos depositadas

² Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013, p. 34.

³ *Ibidem*, p. 35.

en los tratados internacionales tuvieran un rango constitucional. De hecho, a partir de la reforma de 2011, tuvieron lugar una serie de debates y decisiones dentro del Poder Judicial que han definido los alcances de la nueva concepción constitucional en lo referente a la jerarquía normativa, generando así progresividad en el ejercicio, reconocimiento y concepción de los derechos humanos dentro de nuestro sistema jurídico.

Un claro ejemplo de los resultados que trajo la reforma constitucional, en términos de la nueva concepción del *parámetro de regularidad constitucional* (también conocido como "bloque de constitucionalidad"), son los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde México ha sido parte, tales como el Caso Radilla Pacheco contra México, el caso Fernández Ortega y otros, el caso Rosendo Cantú y otra, y Caso Cabrera García y Montiel Flores.⁴ En estos, dicho tribunal regional señaló que el artículo 13 constitucional (fuero militar) debe ser interpretado de conformidad con otras disposiciones constitucionales, así como de distintos ordenamientos internacionales que contengan derechos humanos y de los cuales el Estado mexicano es parte, tal como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, la Corte IDH, de la mano de la reforma constitucional, amplió y consolidó la configuración del nuevo bloque constitucional como lo conocemos ahora.

⁴ Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209. Disponible en: «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf»; Corte IDH, Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215. Disponible en: «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf»; Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de 15 de mayo de 2011, Serie C No. 224. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf»; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216. Disponible en: «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf»; y Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de 15 de mayo de 2011, Serie C No. 225. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf».

Asimismo, el artículo 1o. constitucional señala las obligaciones y responsabilidades estatales de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Así, los efectos que tuvo la reforma en el ejercicio y ámbito de protección de los derechos humanos se materializaron en las acciones tendientes a "hacer" o "no hacer" por parte del Estado, sus instituciones y autoridades, es decir:

las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales.⁵

De esta forma las obligaciones constitucionales y convencionales, interpretadas en sede constitucional doméstica y por el Tribunal Interamericano, construyen un nuevo paradigma constitucional que da pie al precitado "parámetro de regularidad constitucional".

Una vez prefigurado lo anterior es importante entrar en la materia que nos ocupa. La libertad de expresión y el derecho a la información son derechos que se han vinculado en la médula de la reforma constitucional de derechos humanos —incluso antes de la misma en casos emblemáticos resueltos por la Primera Sala de nuestro Alto Tribunal—⁶ a lo largo de estos 10 años de vigencia, como también en los criterios emitidos

⁵ Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf»

⁶ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2044/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 17 de junio de 2009.

dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y en el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) en materia de libertad de expresión y derecho a la información.

Recordemos lo señalado por el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) del 10 de diciembre de 1948, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y lo que señala el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, referente a estos dos derechos mencionados:

[Declaración Universal de Derechos Humanos]

Artículo 19:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

[Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

[*Convención Americana sobre Derechos Humanos*]

Artículo 13. Libertad de pensamiento y expresión:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción

ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Si bien la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 no reformó directamente los artículos 6o. y 7o. constitucionales (eso ocurriría en 2014), que reconocen el derecho a la información y la libertad de expresión, estos evolucionaron gracias al nuevo paradigma de la reforma constitucional.

Por tanto, el reconocimiento y garantía de los derechos bajo análisis han sido totalmente reforzados mediante la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos y de cualquier instrumento internacional de las cuales el Estado mexicano es parte. Así, los artículos 19 de la DUDH, 19 del PIDCP y el 13 de la CADH son fuente constitucional de naturaleza internacional, y por tanto, de aplicación e interpretación por todas las autoridades del estado, en todos los niveles, y por supuesto, para los jueces que conozcan y resuelvan casos que involucren estos derechos humanos.⁷

⁷ Es importante destacar los resultados que dentro del SIDH ha tenido la evolución y generación de criterios, sentencias, opiniones consultivas y medidas provisionales a través de distintos casos que han conocido y resuelto tanto la CIDH como la Corte IDH, todo bajo el amparo de las disposiciones expresas del artículo 13 de la Convención Americana y la jurisprudencia del Sistema Interamericano. Todos estos referentes de interpretación son parte de nuestro sistema constitucional:

A) Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001.
2. Caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001.
3. Caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004.
4. Caso Ricardo Canese, sentencia del 14 de septiembre de 2004.
5. Caso Palamara Iribarne, sentencia del 22 de noviembre de 2005.
6. Caso Claude Reyes, sentencia del 19 de septiembre de 2006.
7. Caso Kimel, sentencia del 2 de mayo de 2008.
8. Caso Tristán-Donoso, sentencia del 27 de enero de 2009.
9. Caso Ríos y otros, sentencia del 28 de enero de 2009.
10. Caso Perozo y otros, sentencia del 28 de enero de 2009.
11. Caso Fontevecchia, sentencia del 29 de noviembre de 2011.
12. Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia.). Sentencia de 3 de septiembre de 2012.
13. Caso Mévoli vs. Argentina. Sentencia de 22 de agosto de 2013.

De esta forma, los criterios en materia de libertad de expresión que forman parte de la jurisprudencia interamericana deben ser un referente obligatorio para las autoridades del Estado mexicano. Esto significa que son la base para el desarrollo normativo y de criterios en nuestro sistema jurídico nacional, y en estricto sentido, forman parte de éste como una fuente externa de derecho.

2. El nuevo juicio de amparo y la reforma constitucional de derechos humanos

El 6 de junio de 2011 se publicó la reforma constitucional de amparo. En el 2013 se llevaría la respectiva reforma para su reglamentación. Con ello se ampliaron los distintos supuestos para promover un juicio de amparo como mecanismo de protección de los derechos humanos. En lo que nos interesa:

- Contra la violación de cualquier derecho humano contenido en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.
- Contra la afectación en el interés jurídico y/o legítimo como consecuencia de la emisión de normas generales, actos u omisiones de autoridad.

14. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015.

15. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015.

16. Caso I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

17. Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

18. San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Sentencia de 8 de febrero de 2018.

19. Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia. Sentencia de 13 de marzo de 2018.

B) Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, OC-5/85, 13 de noviembre de 1985.

2. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, OC-7/86, 29 de agosto 1986.

C) Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Caso Caso "La Nación" (Herrera Ulloa)

2. Caso Ivcher Bronstein

3. Caso Luisiana Ríos y otros

4. Caso Marta Colomina y Liliana Velásquez

5. Caso diarios "El Nacional" y "Así es la Noticia".

El juicio de amparo, como institución protectora por excelencia de los derechos humanos y fundamentales, se vio robustecido en cuanto se amplió su procedencia respecto de cualquier norma general y al preverse su procedencia por violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. No se puede concebir ni entender la reforma constitucional de amparo sin la reforma constitucional de derechos humanos, ni viceversa, sobre todo en el aspecto práctico y técnico. Así, se confirma que no hay derechos exigibles sin garantías de justiciabilidad, y la acción de amparo es en nuestro sistema jurídico esa garantía de protección de los derechos humanos.

Debe destacarse que, desde la reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011, nuestro texto fundamental hace mención del "interés legítimo" para acceder al juicio de garantías por la vía indirecta o bi-instancial contra actos u omisiones de autoridad.⁸ La jurisprudencia de la Primera Sala confirma este hecho, y destaca que dicha reforma "sustituyó el concepto de interés jurídico por el de interés legítimo", abriendo las posibilidades para acudir al juicio de amparo.⁹

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
[...]

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.
[...]

⁹ "INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE." Tesis [J.]: 1a./J. 38/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 690. Reg. digital 2012364.

En armonía con ello, la Ley de Amparo vigente establece la necesidad de ser "titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo" para presentar una demanda de amparo.¹⁰ Asimismo, para el caso del juicio de amparo directo se mantiene el interés jurídico como agravio personal y directo para acceder a la protección constitucional contra resoluciones que ponen fin a un juicio.¹¹

Con posterioridad a las mencionadas reformas constitucionales de 2011, la SCJN ha emitido jurisprudencia abordando el concepto de interés legítimo. Por ejemplo, en el año 2014, al resolver la Contradicción de Tesis 111/2013,¹² el Pleno del Máximo Tribunal consideró que el interés legítimo se refiere a "la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso, sin que dicha persona requiera de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico". Así, el interés legítimo permitiría expresar un "agravio diferenciado" al tratarse de un interés "cualificado, actual, real y jurídicamente relevante".¹³

¹⁰ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de abril de 2013, "Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. [...]".

¹¹ Véase al respecto: Ley de Amparo, de 2 de abril de 2013, "Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: [...] III. El tercero interesado, pudiendo tener tal carácter: a) La persona que haya gestionado el acto reclamado o tenga **interés jurídico** en que subsista; [...]" "Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: [...] XII. Contra actos que no afecten los **intereses jurídicos** o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5o de la presente Ley, y contra normas generales que requieran de un acto de aplicación posterior al inicio de su vigencia; [...]" "Artículo 182. La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga **interés jurídico** en que subsista el acto reclamado podrán presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado, el cual se tramitará en el mismo expediente y se resolverán en una sola sentencia."

¹² "INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)," Tesis [J.]: P/J. 50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, p. 60. Reg. digital 2007921.

¹³ *Idem*.

Conforme al criterio sostenido por el Pleno de la SCJN, el interés legítimo se referiría a las situaciones en las cuales el demandante se encuentra en una:

situación jurídica identificable, surgida por una relación específica con el objeto de la pretensión que aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial o grupal, por lo que, si bien en una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo o difuso y el interés legítimo, lo cierto es que tal asociación no es absoluta e indefectible.¹⁴

Asimismo, en la misma ocasión, se concluyó que

En consecuencia, para que exista un interés legítimo, se requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica —no exclusivamente en una cuestión patrimonial—, apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida, ante lo cual, una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse [...] la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los diversos juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica, ello a la luz de los lineamientos emitidos por esta Suprema Corte, debiendo interpretarse acorde a la naturaleza y funciones del juicio de amparo, esto es, buscando la mayor protección de los derechos fundamentales de las personas.¹⁵

En el año 2016 y como producto de la resolución de distintos amparos,¹⁶ fue publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* la juris-

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 366/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 5 de septiembre de 2012; Sentencia

prudencia¹⁷ en la que la Primera Sala profundiza sobre la diferencia entre el interés legítimo y el interés jurídico. En ésta, se destaca que las y los Ministros consideran el interés legítimo como "aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra".¹⁸

Así, podemos constatar que la jurisprudencia de la SCJN, posterior a la reforma constitucional en materia de amparo y derechos humanos de 2011, desarrolla de manera progresiva el concepto del interés legítimo. En este sentido, basta con demostrar que ser titular de un derecho humano reconocido por el derecho objetivo para promover la demanda de amparo. Ello también entraña un interés difuso o colectivo, en tanto la afectación a la esfera jurídica de la o las personas quejasas puede ser indirecta, real, cualificado, jurídicamente relevante y actual; reservándose únicamente para el estudio de fondo la acreditación del acto reclamado y, en su caso, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste.

Basta concluir que el interés legítimo no está sujeto a las mismas reglas de acreditación que el antes conocido como "interés jurídico", por lo que la posibilidad de acudir al amparo obtuvo nuevas formas más garantistas y asequibles en favor de un ámbito de protección mayor de los derechos humanos.

recaída en el Amparo en Revisión 241/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 4 de septiembre de 2013; Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 737/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de octubre de 2013; Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 476/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 15 de enero de 2014; y Sentencia recaída al Amparo en Revisión 216/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 5 de noviembre de 2014.

¹⁷ "INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE," Tesis [J.]: 1a./J. 38/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, p. 690. Reg. digital 2012364.

¹⁸ *Idem*.

Ahora, en cuanto al tema que nos convoca en este artículo, es importante señalar que, dentro de la reforma constitucional de amparo, un cambio significativo y una condición necesaria para el otorgamiento de amparo por omisión legislativa a favor de ARTICLE 19 por parte de la Primera Sala de la SCJN, en noviembre de 2017, fue la plasmada en los artículos 103, fracción I, y el 107, fracciones I, IV y VII constitucionales.¹⁹

Como ya lo hemos mencionado, gracias a las modificaciones constitucionales se extendió la procedencia del amparo para permitir su utilización por quienes aduzcan un interés legítimo individual o colectivo; se amplió su objeto a las "normas generales" (que antes de la reforma se limitaban a leyes, reglamentos y tratados), así como a las "omisiones" —además

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

[...]

Art. 107.- Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

[...]

IV.- En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal. Será necesario agotar estos medios de defensa siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, con los mismos alcances que los que prevé la ley reglamentaria y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con dicha ley.

[...]

VII. El amparo contra actos u omisiones en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales o contra actos u omisiones de autoridad administrativa, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oírán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia [Resaltado fuera del original].

de, por supuesto, "actos"— de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías previstas para su protección.

Respecto al cambio reflejado en los artículos 103, fracción I, y 107, fracción I, IV y VII, de la Constitución, merece hacer énfasis en las "omisiones" de autoridades. Con ello, se dotó al amparo de una amplitud para su promoción, y este cambio fue la punta de lanza para el Amparo en Revisión 1359/2015, que resolvió la Primera Sala de la SCJN.

Antes de analizar el caso específico, nos detendremos a señalar cómo ha interpretado la procedencia del amparo contra omisiones legislativas la Primera Sala de la SCJN, a través de la tesis aislada "JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. ES PROCEDENTE CONTRA OMISIONES LEGISLATIVAS".²⁰ Este criterio deriva de la resolución del mencionado amparo en revisión 1359/2015, y en éste se señala que es "perfectamente admisible que al proteger a la persona que ha solicitado el amparo de manera eventual y contingente se pueda llegar a beneficiar a terceros ajenos a la controversia constitucional [siendo] procedente para combatir omisiones legislativas absolutas".

Previamente, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa de la Ciudad de México había adoptado un criterio que habilitaba la procedencia del juicio de amparo contra una omisión legislativa, en el cual determinaba que, para la procedencia del juicio de garantías biinstancial, era necesario:

- a) exista un mandato normativo expreso (de la Constitución, de un tratado internacional o de una ley), luego de la declaración en la norma "programática", en la que se establece un derecho fundamental dotado de contenido y alcance, requiera de complementación "operativa" en las leyes o acciones conducentes; b) se

²⁰ Tesis [A.]: 1a. LVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 55, Tomo II, junio de 2018, pág. 965. Reg. digital 2017065.

configure la omisión del cumplimiento de tal obligación por parte del legislador o funcionario competente de cualquiera de los órganos públicos; y, c) la omisión produzca la violación de un derecho o garantía.²¹

Ahora, para el caso en específico también es importante señalar lo que se establece en el primer párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional, al referirse a la llamada fórmula Otero o principio de relatividad de las sentencias: "[...] Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda[...]."

El principio de relatividad de las sentencias limitaba los efectos de las sentencias de amparo únicamente a quienes fueron parte en el juicio. A partir del análisis y estudio del amparo contra la omisión legislativa que ARTICLE 19 llevó al Máximo Tribunal constitucional, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconoció la necesidad de reinterpretar este principio, "a la luz de la amplia protección de derechos fundamentales que se busca alcanzar a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos (10 de junio de 2011) y de la nueva naturaleza compleja, difusa y colectiva del juicio de amparo."²² En este nuevo análisis del principio de relatividad de las sentencias, el concepto de interés legítimo fue central para su reconfiguración, al superarse el principio de agravio personal y directo como requisito de procedencia del juicio de protección constitucional.

²¹ "INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE PARA SU CONFIGURACIÓN," Tesis [A.]: TI.4o.A.24 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo II, diciembre de 2013, p. 1133. Reg. digital 2005186.

²² "PRINCIPIO DE RELATIVIDAD. SU REINTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011." Tesis [A.]: 1a. XXI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018, p. 1101. Reg. digital 2016425.

En el apartado referente al caso concreto, analizaremos a detalle las implicaciones sobre el interés legítimo, el principio de relatividad y la procedencia del amparo ante omisiones legislativas, y cómo éstas interactuaron en la lógica argumentativa de la histórica sentencia estimativa del amparo en revisión 1359/2015.

II. Publicidad oficial, libertad de expresión y derecho a la información

La publicidad oficial a lo largo de los años se ha desarrollado como el medio o mecanismo de control de las líneas editoriales de los medios de comunicación en México, y en buena parte de América Latina. Desde décadas atrás, las relaciones entre los medios y el poder han dado pie a que exista una mutua complicidad que obedezca a las reglas no escritas del poder político y económico y no necesariamente el derecho a la información de la sociedad.

Ante ello, la libertad de expresión ha estado en el centro de los casos en los cuales la publicidad oficial ha sido el mecanismo de censura sutil utilizado por diversas autoridades del Estado mexicano. Durante años, las reglas del juego en el sistema político y su relación con los llamados medios tradicionales (prensa, radio y televisión) se regían por esta regla no escrita pero no por eso menos implacable: "no pago para que me peguen".

Así, se gestaban y se gestan —desafortunadamente— las notas pactadas, que desinforman o manipulan los hechos de cara a las audiencias cada vez más ávidas de información veraz y objetiva para estar en posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales.

Distintas formas de regulación fueron evolucionando hasta estar plasmadas en la Carta Magna. De forma más precisa, en el artículo 134, octavo párrafo, de la Constitución, derivado de una reforma constitucional en materia político-electoral adoptada y publicada el 13 de noviembre de

2007. Ante ello, la falta de voluntad política —o mejor dicho la voluntad para mantener un "estado de cosas inconstitucional"— marcaron el ritmo bajo el cual la publicidad oficial jugó sin reglas y bajo un manto protector de arbitrariedad y discrecionalidad, beneficiando a cúpulas de poder político y económico. La segunda oportunidad de regular la publicidad oficial derivó de la reforma constitucional en materia política electoral, publicada el 10 de febrero de 2014, mediante un nuevo mandato del Constituyente Permanente impuesto en el artículo tercero transitorio del decreto en cuestión.

Ésta es la síntesis de la historia de la publicidad oficial en México y su regulación, la cual le ha costado a la sociedad no sólo cantidades profundas de dinero, sino el sesgo en la opinión crítica y en nuestro derecho a estar debidamente informados e informadas.

1. De la publicidad oficial y su impacto en la libertad de expresión

A. Reconocimiento de la problemática en los sistemas de protección de derechos humanos y en el sistema nacional

En nuestro sistema jurídico, se ha afirmado que la libertad de expresión es indispensable para el ejercicio de la democracia. No sólo porque permite a los individuos manifestarse libremente, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas, sino porque a través de este derecho, la sociedad puede acceder a otros. Por tanto, partir de la idea del reconocimiento de estos derechos, permite que la sociedad sea consciente de que están posibilitados para tener posturas críticas ante los distintos gobiernos, participar y opinar en los asuntos públicos.

Así lo ha reconocido la SCJN, al considerar que la libertad de expresión se ha concebido dentro de su evolución a través de una dimensión individual y una dimensión colectiva. La primera se centra en la autonomía de las personas, en la posibilidad de expresar sus ideas, respaldar o cri-

ticar las de otros, y difundir información de todo tipo, lo cual permite a las personas tomar decisiones sobre sus propias vidas y actuar en consecuencia. La segunda se refiere a los miembros de una colectividad que viven en una democracia y acceden a su derecho a la información, como precondition del ejercicio de otros derechos fundamentales.²³

Al analizar el alcance de la libertad de expresión dentro del contexto de los derechos protegidos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH reconoció que la libertad de expresión es indivisible al derecho de difusión del pensamiento y de la información. En este sentido, reiteró que ésta tiene una dimensión individual y una dimensión social. La Corte IDH expresó que:

La libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho de hablar o de escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios [...] Asimismo, es fundamental que los periodistas [...] gocen de la protección y la independencia necesaria para realizar sus funciones en la sociedad, requisito indispensable para que esta goce de una plena libertad".²⁴

Así también emitió la Opinión Consultiva (OC-5/1985), en la que reconoció que:

la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, no sólo porque es indispensable para la formación de la opinión pública, sino también porque es condición necesaria para que los actores sociales, como los

²³ "LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL." Tesis [A.]: 1a. CCXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 287. Reg. digital 165760.

²⁴ Corte IDH, Caso "La Última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile). Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 65. Disponible en «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf».

partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente, en el entendido de que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.²⁵

Por el momento, bastan y sobran estas aproximaciones sobre el derecho a la libertad de expresión para entender su carácter de "piedra angular de la democracia"²⁶ al habilitar el intercambio de ideas, opiniones y cualquier información que permite el ejercicio de otros derechos. En ese sentido, al ser una de las principales vías para llevar a cabo este intercambio, los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental en las sociedades democráticas.

En lo que respecta a la publicidad oficial aún no hay una definición formal y acabada de la misma. Podemos definirla como el mecanismo de comunicación que tienen los distintos gobiernos y servidores públicos en todos los órdenes y niveles de gobierno con la sociedad, a través de los distintos medios y formas de comunicación, cuyo objetivo es garantizar la transparencia, el acceso a la información, la libertad de expresión y la rendición de cuentas. En apego a lo establecido en el párrafo octavo del artículo 134 constitucional,²⁷ esto implica que deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social y evitar nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público. De suerte que la publicidad oficial o comunicación social tiene fines informativos, educativos y de

²⁵ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). "Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985". Serie A No. 5, párr. 70. Disponible en «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf».

²⁶ "LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS JUEGAN UN PAPEL ESENCIAL EN EL DESPLIEGUE DE SU FUNCIÓN COLECTIVA," Tesis [A.]: 1a. CCXVI/2009, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 288. Reg. digital 165758.

²⁷ La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

orientación social, y por ningún motivo será objeto de promoción personalizada, garantizando así el derecho a la información y la libertad de expresión.

Existe un íntimo vínculo entre la publicidad oficial y la libertad de expresión y el derecho a la información. La publicidad oficial es necesaria en la medida en la que se ejerza como un medio o vehículo de comunicación del gobierno hacia la sociedad y se convierta en un elemento importante para la promoción de la pluralidad informativa. Su finalidad debe enfocarse en el reconocimiento de derechos, cumplimiento de obligaciones, así como en la rendición de cuentas de parte de las autoridades; además debe tener un propósito de utilidad pública para que el gobierno use los medios, soportes y formatos que mejor garanticen el acceso y la difusión de la información, de acuerdo con el propósito y características de cada campaña.²⁸

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la CIDH establece dos tipos de publicidad oficial: la publicidad no pagada y la publicidad pagada.²⁹ La publicidad "no pagada" incluye los comunicados de prensa, los textos de leyes o sobre reuniones legislativas, entre otras. La publicidad "pagada" por su parte incluye los anuncios pagados en la prensa, la radio o la televisión, el material de software y video producido por el gobierno o patrocinado por éste, las campañas a base de folletos, el material publicado en Internet, las exposiciones, entre otros.

Los medios de comunicación cumplen un papel esencial en esta ecuación, ya que es a través de la pauta publicitaria o el pago de la comunicación social que el gobierno difunde determinada información. En las

²⁸ CIDH (2011), "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión". Disponible en: «<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/PUBLICIDAD%20OFICIAL%202012%2005%2007.pdf>» [última fecha de consulta: 1 de diciembre 2020].

²⁹ CIDH (2003), "Informe Anual 2003. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", p. 187. Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202003.pdf>» [última fecha de consulta: 1 de diciembre de 2020].

Américas, se ha construido una relación poco sana entre algunos medios de comunicación y distintos gobiernos, lo cual se ha traducido en la compra de espacios con la condicionante del control de las líneas editoriales: por un lado, se paga para que se hable bien de un gobierno o persona, o bien, para que no se hable mal. También se castigan líneas editoriales críticas mediante la asfixia financiera, es decir, a determinados medios o periodistas que se desvíen de la línea oficialista o lleven a cabo opiniones críticas e incómodas, retirándoles la publicidad oficial, dando un golpe económico que en la mayoría de las ocasiones son el principal sustento e ingreso que tienen.

El poder del Estado para imponer criterios de restricción en el acceso a los recursos para publicidad oficial puede ser empleado como mecanismo encubierto de censura a la información que se considere crítica a las autoridades. A este patrón se le ha llamado censura indirecta, o sutil.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en su Informe Anual 2003, refirió que la distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial es en efecto un mecanismo de censura, y que la obstrucción indirecta a través de la publicidad oficial usada por el gobierno actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión.³⁰ Al respecto ha señalado que:

la distribución arbitraria de publicidad oficial, como otros mecanismos de censura indirecta, opera sobre distintos tipos de necesidades que los medios de comunicación tienen para funcionar e intereses que pueden afectarlos. Es una forma de presión que actúa como premio o castigo que tiene por objeto condicionarla línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión [...] en el caso de la distribución de la publicidad oficial, se configura un caso de censura indirecta cuando la misma es realizada con fines discriminatorios de acuerdo a la posición

³⁰ *Ibidem*, p.190.

editorial del medio incluido o excluido en ese reparto y con el objeto de condicionar su posición editorial o línea informativa.³¹

Dicha problemática la ha identificado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que "si bien se ha avanzado con algunas reformas legales y buenas prácticas, en la mayoría de los países de las Américas subsiste una falta de regulación que favorece la discrecionalidad en la distribución de presupuestos publicitarios estatales que en algunos casos se miden en millones de dólares".³²

En la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH se sostuvo que:

[...] La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.³³

³¹ CIDH (2011), "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", *op. cit.*

³² CIDH, Audiencia pública realizada el 29 de octubre de 2010 en Washington D.C. sobre "Censura Indirecta y Publicidad Oficial en las Américas". La audiencia fue solicitada por la Open Society Justice Initiative, la Asociación por los Derechos Civiles (Argentina); el Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública (Uruguay) y el Grupo Medios y Sociedad (Uruguay); la Fundación para la Libertad de Prensa (Colombia); el Instituto Prensa y Sociedad (Perú); Article 19 (México); la Fundación Pro Acceso (Chile); el Centro de Análisis e Investigación Fundar (México) y el Instituto de Prensa y Libertad de Expresión (Costa Rica).

³³ CIDH (2000), "Declaración de principios sobre Libertad de Expresión", octubre de 2000, 108o. Período ordinario de sesiones. Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2>».

Los mismos Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH integran y reconocen los valores y parámetros bajo los cuales la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información deben ejercitarse en un marco democrático y de libertades. Su principio 1o. engloba y refleja en forma muy general y bastante clara la idea, "la libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática"³⁴.

En efecto la CIDH ha abordado el tema de las presiones financieras a las que se refirió como "interferencias indirectas con la libertad de expresión".³⁵ Ello ha dado pie a los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mismos que hacen mención de los mecanismos ilegítimos de censura hacia la libertad de expresión tendientes a "impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones",³⁶ los cuales se esconden bajo una supuesta legalidad o ficción legítima por parte de las autoridades violando a todas luces lo establecido por el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El 21 de julio de 2011, el Comité de Derechos Humanos emitió su Observación General No. 34 sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, garantizado en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³⁷ El Comité parte de la consideración de que el derecho a la libertad de opinión y expresión es la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas y una base del pleno disfrute de los demás derechos humanos.

³⁴ *Idem*.

³⁵ CIDH, Humberto Rubín v. Paraguay (caso Radio Ñanduti), "Resolución no. 14/87, Caso 9642, 28 de marzo de 1987". Disponible en: «<http://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/Paraguay9642.htm>».

³⁶ CIDH (2011), "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", *Op. Cit.*

³⁷ CCPR (2011), "Artículo 19 libertad de opinión y libertad de expresión, Observación General número 34", Disponible en: «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f34&Lang=es».

En la Observación, se hace referencia a tres ámbitos relacionados con la esfera positiva de la libertad de expresión y que son de particular interés: los medios de comunicación, el acceso a la información pública y la relación con los derechos políticos. Nos centraremos en el primero.

Se debe destacar el carácter libre e independiente que deben tener los distintos medios de comunicación, enfocados a su función de conectar a ciudadanos, candidatos y representantes (y viceversa). De igual forma, la pluralidad de medios como una forma de proteger los derechos de los usuarios, en especial el derecho a la información. De esta manera, la libertad de expresión se concibe no sólo como un derecho individual, sino también como uno colectivo, donde cumple una importante función social. Así, vemos un reconocimiento a los medios de comunicación como actores fundamentales del cambio en las prácticas de comunicación, destacando que debe fomentarse su independencia y autonomía, y asegurarse que todos puedan acceder a ellos.³⁸

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los Principios sobre la Regulación de la Publicidad Gubernamental y la Libertad de Expresión, destacó la necesidad de contar con normas legales específicas sobre la publicidad para prevenir el uso arbitrario de fondos públicos. Los Principios también estipulan que tales reglas deben definir la publicidad gubernamental sencilla e inclusiva.

Por otro lado, es importante señalar que la publicidad oficial no es un derecho que tienen de los medios de comunicación para recibir recursos. La publicidad oficial es una posibilidad que el estado puede emplear de conformidad con los principios establecidos en el artículo 134 constitucional. Así lo confirmó la Primera Sala de la SCJN en la tesis aislada

³⁸ Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párrs. 149-150. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf».

"LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS MEDIOS NO TIENEN UN DERECHO CONSTITUCIONAL A QUE SE LES ASIGNE PUBLICIDAD OFICIAL", derivada del amparo en revisión 1359/2015.³⁹

Lo anterior —reiterará el Alto Tribunal en el caso en estudio— quiere decir que, si bien no existe el derecho a recibir publicidad oficial, sí tienen los medios de comunicación el derecho a no ser discriminados para recibirla, ya sea por su composición, impacto o sus contenidos editoriales. Es decir, el Estado puede no asignar la pauta, pero si decide hacerlo debe evitar distribuir esos recursos en forma discriminatoria, para beneficiar discrecionalmente a determinados medios de comunicación, y excluir a otros, generando una arbitraria y discrecional distinción.

Un claro ejemplo de lo anterior es el caso de la *Voladora Radio*, a la que se le negó en un momento dado recursos por publicidad oficial,⁴⁰ de lo cual conoció la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo en Revisión 248/2011. En este caso la Secretaría de Salud le negó publicidad oficial a esta radio comunitaria, generando así violaciones a la libertad de expresión y al derecho a la información de la sociedad. La Corte determinó que la ausencia de criterios claros en la asignación de la publicidad oficial atentaba contra la libertad de expresión, impactaba en la pluralidad informativa en el país y violaba el derecho que tienen las y los ciudadanos a recibir información, en tanto dimensión social o colectiva de la libertad de expresión.⁴¹

Parte de la argumentación de la negativa de la Secretaría de Salud se basaba en que buscaba medios que tuvieran una mayor penetración y amplia cobertura para la difusión de la comunicación social, lo cual es

³⁹ Tesis [A.]: 1a. XXV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018, p. 1098. Reg. digital 2016422.

⁴⁰ ARTICULO 19 OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2011), "Negar publicidad oficial a Radio Comunitaria limita el ejercicio de la libertad de expresión". Disponible en «<https://articulo19.org/negar-publicidad-oficial-a-radio-comunitaria-limita-el-ejercicio-de-la-libertad-de-expresion/>».

⁴¹ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 248/2011, *op. cit.*

inválido desde una perspectiva de derecho a la información. Si el *rating* es el único criterio que se toma en cuenta a la hora de asignar la pauta gubernamental, el Estado profundiza la homogeneización mediática al fortalecer sólo a las grandes empresas, generando una diferenciación que impacta negativamente en determinados medios que no cumplen con los criterios de cobertura masiva o de gran penetración. Además, la ausencia de criterios claros para la asignación generaba un trato diferenciado entre los distintos medios de comunicación, como también permite una amplia discrecionalidad en la distribución y asignación de los recursos.

También en el Amparo en Revisión 531/2011, conocido como *Radio Mazateco* y resuelto por la Primera Sala del Máximo Tribunal, se estableció que:

lo relativo a la prohibición de restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, entre otras, la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, y que el Estado debe abstenerse de utilizar su poder y los recursos de la hacienda pública con tales objetivos, dado que al imponer presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales, se obstruye el funcionamiento pleno de la democracia, cuya consolidación se encuentra íntimamente relacionada al intercambio libre de ideas, información y opiniones entre las personas.⁴²

Asimismo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió su recomendación 35/2012,⁴³ la cual versa sobre la arbitraria asignación de

⁴² Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 531/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga María Sánchez Cordero, 24 de agosto de 2011.

⁴³ CNDH, (2012). "Recomendación 35/2012". Disponible en: «https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2012/REC_2012_035.pdf».

la publicidad oficial y la reducción de ésta hacia la revista *Proceso*, lo cual en ocasiones se utiliza como mecanismo de premio y castigo, como lo reconoce la propia recomendación. En el mismo sentido, la propia CNDH, emitió en el 2018 su Informe Especial sobre asignación y contratación de publicidad oficial en México⁴⁴ el cual reconoce los problemas que enfrenta la publicidad oficial, el derecho a la información y la libertad de expresión, en el contexto de la sentencia 1359/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte.

En la región, tenemos como antecedente que Cortes Constitucionales como la de Argentina (*caso Editorial Río Negro S.A. c. Provincia de Neuquén*), o la de Chile (*caso Revista Punto Final*) resolvieron que los gobiernos y ministerios deben procurar la instauración de criterios claros, transparentes de asignación de la publicidad oficial. Esto, con el fin de evitar un trato arbitrario y discriminatorio que constituya violaciones de los derechos a la libertad de expresión e información.⁴⁵

En suma, el Estado dentro de sus obligaciones y responsabilidades debe cumplir con principios de transparencia, no discriminación, razonabilidad, justificación de sus actos y legalidad, entre otras. Además, tiene el deber constitucional de respetar estos derechos y de tomar medidas para que se hagan efectivos.

La libertad de expresión implica promover la pluralidad informativa y el derecho a recibir información de la ciudadanía. Mediante la situación actual en la asignación de la publicidad oficial, la garantía efectiva y plena de dichos derechos se encuentra en peligro ante las interferencias directas e indirectas a las que son sujetos los medios de comunicación y, correlativamente, los condicionamientos arbitrarios al ejercicio del derecho a la información en su cariz social.

⁴⁴ CNDH, (2018), "Informe Especial sobre asignación y contratación de publicidad oficial". Disponible en: «<http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/40112/InformeEspecial-PubliOficial.pdf>».

⁴⁵ CSJN (2007), "Caso Río Negro", sentencia del 5 de septiembre de 2007. Disponible en «<http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-editorial-rio-negro-sa-neuquen-provincia-accion-amparo-fa07000146-2007-09-05/123456789-641-0007-00ts-eupmocsollaf>»; y CSCL (2010), "Recurso 9148/09", sentencia del 22 de abril de 2010.

2. El caso mexicano: uso y abuso de la publicidad oficial

En el caso mexicano, la publicidad oficial actúa como un mecanismo de control de los medios de comunicación, funciona como un método de censura directa e indirecta, y como un método presión para el control de las líneas editoriales. Así, los medios se convierten en meros transmisores de una narrativa que no discrepa de la oficial, vulnerando la veracidad, pluralidad informativa e independencia editorial.

A la luz de los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial emitidos por la CIDH (*supra*), se debe señalar que, en cuanto a la asignación de publicidad oficial en México, las autoridades han incurrido en las siguientes irregularidades:⁴⁶

- a) **Promover la concentración del mercado y limitar la pluralidad de fuentes.** Contrario a las obligaciones internacionales de los Estados de adoptar medidas para generar mercados abiertos, plurales, diversos y no concentrados, la publicidad oficial en México ha acentuado concentración y limitado la pluralidad. Por ejemplo, el destinar a las dos cadenas de televisión más grandes (y con líneas editoriales que favorecen la agenda gubernamental) la cuarta parte de todo lo erogado en un solo año; en muchas ocasiones a los grandes conglomerados de medios o empresas con gran influencia y participación en el mercado.
- b) **No obedecer a planificación alguna.** Con ello se violan los principios constitucionales de economía y eficiencia; como muestra, el gasto del gobierno federal excedió los 61 mil millones de pesos en el sexenio de Enrique Peña Nieto (EPN).

⁴⁶ ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA Y FUNDAR CENTRO DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN (2015), "El gasto en Publicidad Oficial del Gobierno Federal en 2014". Disponible en «<http://publicidadoficial.com.mx/?p=2147>»; y ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA Y FUNDAR CENTRO DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN (2015). "Libertad de expresión en venta. Acceso a la información y censura indirecta en publicidad oficial". Disponible en «<https://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/LibertadDigitalOk.pdf>».

- c) **Ejercicio de recursos con opacidad.** Esta práctica ha acontecido a pesar de que toda la información sobre publicidad oficial que se encuentre en poder del Estado es información pública. A nivel federal se ha avanzado en la transparencia de este gasto a través de la plataforma "COMSOC". Los gobiernos locales, por el contrario, no cuentan con políticas públicas que garanticen la accesibilidad, relevancia y confiabilidad de la información pública en materia de publicidad oficial. En 2014, cinco entidades no transparentaron su gasto y presupuesto destinado en publicidad oficial y trece no detallaron los proveedores que se beneficiaron con contratos.
- d) **Emplear mecanismos arbitrarios de contratación y difundir campañas sin planeación, cuya utilidad pública resulta cuestionable.** Contrario a la utilidad que busca la publicidad oficial (informar a gobernados sobre servicios que presta el gobierno y políticas públicas que impulsa), ésta se emplea como propaganda encubierta que se contrata sin criterios técnicos. Por ejemplo, en el 2014, sólo diez gobiernos locales transparentaron información sobre sus campañas, los criterios empleados, los objetivos perseguidos y los impactos de sus campañas.

Así las cosas, en el caso de México se ha documentado la utilización de recursos económicos indiscriminadamente, así como el sobre ejercicio de los recursos destinados a la partida presupuestal de comunicación social, como lo han evidenciado ARTICLE 19 y FUNDAR en diversas investigaciones y análisis⁴⁷ sobre el gasto de la publicidad oficial, cuyas

⁴⁷ ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2020), "Informe anual Disonancia: voces en disputa". Disponible en: «<https://disonancia.articulo19.org/wp-content/uploads/2020/07/DISONANCIA-INF-A19-2019-PDF-WEB.pdf>»; ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2019), "Informe anual Ante el silencio, ni borrón ni cuenta nueva". Disponible en «https://articulo19.org/wp-content/uploads/2019/05/Ante-el-Silencio-Ni-Borrón-Ni-Cuenta-Nueva_ABRv2.pdf»; ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2018), "Informe anual Democracia Simulada, nada que aplaudir". Disponible en: «<https://articulo19.org/wp-content/>

consecuencias son violaciones a la libertad de expresión de los medios de comunicación al no poder ejercer libremente sus funciones y, por otro lado, violaciones al derecho a la información de la sociedad al ser quienes reciben información que ha sido pactada, manipulada y comprometida con el poder político.

La publicidad oficial condiciona las relaciones entre medios y gobiernos, promoviendo o eliminando la pluralidad de líneas editoriales, ya que numerosos medios en el país dependen de ésta para mantener la publicación de sus contenidos. La falta de criterios para la asignación de esta publicidad permite que los actores gubernamentales utilicen el dinero público para distorsionar las coberturas de medios.

Por ejemplo, se puede generar un desequilibrio en la contienda electoral visibilizando a las y los candidatos emanados del partido oficialista, o se pueden ocultar ciertos actos gravosos para la sociedad como la corrupción, violaciones a derechos humanos y otros que sean de interés público. Es importante tomar en cuenta que, si bien la publicidad oficial se da precisamente fuera de las campañas políticas, la asignación discrecional y arbitraria sí puede tener un fin electoral y político, pues busca perpetuar en el poder a un cierto grupo o partido político.

Para clarificar y visualizar de mejor forma el modo en que se lleva a cabo el ejercicio de la publicidad oficial, es importante mencionar cómo ha sido el ejercicio del gasto en los últimos años.

uploads/2018/03/INFORME-A19-2017_v04.pdf»; ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2017), "Informe anual Libertades en resistencia". Disponible en: «https://articulo19.org/wp-content/uploads/2017/04/Libertades-en-Resistencia_Informe-2016-A19.pdf»; ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA Y FUNDAR CENTRO DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN (2015), "Libertad de expresión en venta. Acceso a la información y censura indirecta en publicidad oficial". Disponible en: «<https://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/LibertadDigitalOk.pdf>».

En el sexenio de Felipe Calderón el gasto en publicidad oficial fue de \$56,365,504,505.5 ejercido de la siguiente forma año por año:

Cuadro 1

AÑO	MONTO EJERCIDO
2007	\$6,694,903,935.82
2008	\$9,112,667,844.53
2009	\$9,833,186,409.05
2010	\$9,141,507,269.36
2011	\$10,484,918,730.22
2012	\$11,098,320,316.50
Total⁴⁸	\$56,365,504,505.5

En el sexenio de Enrique Peña Nieto se ejercieron \$61,891,316,981.51 pesos de la siguiente forma:

Cuadro 2

AÑO	MONTO EJERCIDO
2013	\$ 9,239,897,483.48
2014	\$ 8,454,550,446.40
2015	\$11,209,584,269.88
2016	\$11,906,561,784.00
2017	\$11,577,061,206.80
2018	\$ 9,503,661,790.94
Total⁴⁹	\$61,891,316,981.51

En el sexenio de EPN el comportamiento del gasto se vio reflejado en beneficiar a un selecto grupo de medios de comunicación que, año con año, eran beneficiarios de cuantiosas cantidades por publicidad oficial, lo que se reflejaba en sus líneas editoriales las cuales tenían un tinte

⁴⁸ Fuente: Elaboración propia de ARTICLE 19 con base en el sistema de Comunicación Social de la SFP de los años 2006 a 2012 (disponible en: «<https://www.gob.mx/sfp/documentos/gastos-de-comunicacion-social>»).

⁴⁹ Fuente: Elaboración propia de ARTICLE 19 con base en el sistema de Comunicación Social de la SFP de los años 2013 a 2018 (disponible en: «<https://www.gob.mx/sfp/documentos/gastos-de-comunicacion-social>»).

oficialista o favorable hacia el gobierno federal. Por el contrario, se castigó, o se dejó de otorgar recursos por publicidad oficial, a un gran número de medios de comunicación debido a su postura crítica. Durante el sexenio de Enrique Peña Nieto, las televisoras Televisa y TV Azteca concentraron el 16.59 y 9.95 por ciento, respectivamente, del gasto de comunicación social, mientras que 3305 medios recibieron el 73.46 por ciento remanente.

Cuadro 3

AÑO	TELEVISA	TV AZTECA	ESTUDIOS CHURUBUSCO	EL UNIVERSAL
2013	\$1,542,418,156.03	\$ 793,280,020.82	\$ 649,076,679.91	\$ 232,057,262.77
2014	\$1,415,861,844.87	\$ 670,192,761.09	\$ 304,917,131.29	\$ 248,999,881.12
2015	\$1,896,551,312.18	\$1,290,832,155.34	\$ 176,544,928.62	\$ 350,373,453.81
2016	\$2,233,024,087.83	\$1,270,624,165.39	\$ 234,713,949.92	\$ 268,161,761.27
2017	\$1,644,738,469.84	\$1,158,291,555.81	\$ 239,559,869.81	\$ 231,368,150.52
2018	\$1,258,454,062.74	\$ 808,582,497.46	\$ 183,709,777.83	\$ 313,441,952.33
Total	\$9,991,047,933.48	\$5,991,803,155.91	\$1,788,522,337.37	\$1,644,402,461.83
% del total	16.59%	9.95%	2.97%	2.73%

Las malas prácticas se centraban en el ejercicio excesivo del gasto, la concentración de los recursos (27% en dos medios de comunicación a lo largo del sexenio), la falta de criterios de asignación de la pauta, la falta de topes presupuestales, la ausencia de mediciones objetivas de audiencias. Todo ello reflejaba objetivamente lo denunciado por ARTICLE 19 y FUNDAR a lo largo de años: que la publicidad era un medio de control de las líneas editoriales, lo cual afectaba y violaba la libertad de expresión y el derecho a la información.

Durante el sexenio de Peña Nieto nunca hubo una intención de cambiar este ejercicio discrecional y dispendioso del prepuesto de comunicación social. En este contexto, se ejercían múltiples violencias contra la libertad de expresión, como las agresiones o asesinatos contra periodistas.⁵⁰

⁵⁰ De 2000 a diciembre de 2020, ARTICLE 19 ha documentado 137 asesinatos de periodistas en México, en posible relación con su labor. Del total, 126 son hombres y 11 son mujeres. De estos,

Así, el contexto era adverso y el libre ejercicio de la libertad de expresión estuvo comprometido y condicionado a otros factores no democráticos. Básicamente, las y los periodistas vivían y viven bajo la disyuntiva de "la plata o el plomo".

Los efectos que trajo consigo la omisión legislativa (como veremos, primero en 2007 y luego en 2014) implicaron que, al menos en el sexenio de Enrique Peña Nieto, se ejercieran indiscriminadamente más de 61 mil millones de pesos, con un sobre ejercicio de más de 50% del gasto aprobado y, con esto, que el beneficio mayor de este monto se dirigiera a 5 medios de comunicación a lo largo de 6 años. Esto fue uno de los daños colaterales que trajo consigo la omisión de no emitir una ley que regulara la publicidad oficial, lo cual tuvo un gran impacto en muchos medios de comunicación, afectados debido a su línea crítica o no oficialista, pues bajo las reglas del premio o castigo, les fue impuesto el segundo.⁵¹

3. La reforma político-electoral del 2014

La reforma constitucional que tuvo recuperación en los efectos futuros de la publicidad oficial fue la de carácter electoral 2007, en la cual se modificó el artículo 134 constitucional, y se añadió un párrafo adicional (octavo), que a la letra señala:

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales los poderes públicos, los órganos autónomos las dependencias y entidades de la administración

47 se registraron durante el mandato anterior del presidente Enrique Peña Nieto y 17 con el actual presidente, Andrés Manuel López Obrador. El gobierno de Javier Duarte, exgobernador de Veracruz, que comenzó en diciembre de 2010 y finalizó el 30 de noviembre de 2016, ha sido el más letal para los comunicadores: 17 periodistas asesinados (incluyendo al fotoperiodista Rubén Espinosa). Dicho estado tiene el mayor registro de asesinatos de periodistas, con 30.

⁵¹ ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2019), "Informe anual Ante el silencio, ni borrón ni cuenta nueva". Disponible en <https://articulo19.org/wp-content/uploads/2019/05/Ante-el-Silencio-Ni-Borrón-Ni-Cuenta-Nueva_ABRv2.pdf>.

pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá de tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

El artículo Tercero Transitorio de dicha reforma, publicada el 13 de noviembre de 2007, señaló que el "Congreso de la Unión deberá realizar las adecuaciones que correspondan en las leyes federales en un plazo máximo de treinta días naturales contados a partir del inicio de la vigencia de este decreto".⁵²

Por su parte, el 10 de febrero de 2014 se concretó una reforma constitucional de talante político electoral, como parte de un proceso de deliberación y aprobación en el seno del Poder Reformador de la Constitución. Esta reforma dispuso en su artículo Tercero Transitorio la obligación del poder legislativo de regular la publicidad oficial a más tardar el 30 de abril del mismo año, este artículo señalaba lo siguiente:

TERCERO.- El Congreso de la Unión deberá expedir, durante el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura, la ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución, la que establecerá las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, y que garantizará que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así como que respete los topes presupuestales, límites

⁵² Decreto que reforma los artículos 60., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos.

El artículo transitorio citado es el presupuesto de la "omisión legislativa" en que incurrió el Congreso de la Unión, al no emitir la requerida ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 constitucional. Esto se vincula directamente con la reforma constitucional en materia de amparo, que anteriormente hemos referido, en específico con lo relativo a las "omisiones" en que incurran las autoridades para la procedencia del amparo.

Es importante precisar que la reforma político-electoral no se constriñó únicamente a la materia electoral como su nombre lo indica, pues abarcó cuestiones que inciden en otros temas y derechos, como la libertad de expresión y el derecho a la información, a través de lo mencionado en el tercero transitorio y los efectos que del mismo se derivarían. A guisa de ejemplo, también encontramos que en dicha reforma también se modificó la estructura del Ministerio Público de la Federación, dotándolo de autonomía.

Después de publicada la reforma de febrero de 2014, el Congreso de la Unión tuvo escasos meses para cumplir con el requisito que la reforma exigía y no lo hizo. Su plazo para cumplir con la disposición transitoria expiró el 30 de abril de 2014, al final el periodo de sesiones. Lo que se supone debió ser cumplido en 2 meses, esperó 4 años para que, a través de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Congreso de la Unión discutiera y aprobara la mencionada ley reglamentaria.

Cuatro años de una omisión continuada sin voluntad política ni intenciones claras para llevarla a cabo, a pesar de que existieron diversas iniciativas de distintos partidos políticos, sin embargo, ninguna avanzó para su discusión. Aun así, el establecimiento de un mandato claro y directo

al propio Poder Legislativo, para reglamentar el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución, fue la oportunidad para abrir camino en materia de omisión legislativa.

III. El Amparo en Revisión 1359/2015 de la Primera Sala de la SCJN

1. Una breve historia del amparo por omisión legislativa

Derivado de la omisión legislativa en la que incurrió el Congreso de la Unión, ARTICLE 19, como organización de la sociedad dedicada a la defensa y promoción de los derechos humanos, en específico de la libertad de expresión y el derecho a la información, promovió un amparo indirecto en contra del Congreso de la Unión. Tal omisión afectaba el cumplimiento del objeto social de la organización y resultaba un obstáculo para poder llevar a cabo sus funciones en defensa de los derechos mencionados.

El 23 de mayo de 2014 se presentó la demanda de amparo indirecto a nombre de "Campaña Global por la Libertad de Expresión A19 A.C.", de la cual conoció el Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito bajo el expediente número 940/2014. El 18 de julio del mismo año, el Juez decidió sobreseer el juicio de amparo arguyendo que la litis constitucional planteada era propia de la jurisdicción electoral y que —adicionalmente— los efectos de una eventual protección constitucional romperían con el principio de relatividad de las sentencias.⁵³ Contra dicha resolución se interpuso un recurso de revisión, del

⁵³ (1) En el caso concreto, se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción XXIII del artículo 61 de la Ley de Amparo, en relación con el primer párrafo del artículo 107 de la Constitución, dado que el juicio de amparo no es procedente contra controversias en materia electoral. En este sentido, el Pleno de la Suprema Corte definió que la única vía para impugnar leyes de orden político electoral es la acción de inconstitucionalidad. Así, para decidir sobre la procedencia del juicio de amparo cuando se aleguen violaciones a derechos políticos, es necesario acudir al principio de especialización de las normas, toda vez que actualmente estos últimos cuentan con una tutela jurisdiccional específica, de tal suerte que la procedencia del juicio de amparo depende necesariamente

cual toco conocer al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, (también en el entonces Distrito Federal), bajo el número de expediente AR 344/2014.

Dentro de los argumentos principales en el recurso de revisión de la parte recurrente, se adujo que, contrario a lo mencionado por el Juez de Distrito, la norma omitida no era de materia electoral, aun cuando haya derivado de una reforma llamada político electoral. Se sostuvo que el contenido de la reforma, en específico lo referente al Tercero Transitorio, en relación con el párrafo octavo del artículo 134 constitucional, únicamente regula la utilización de criterios objetivos para la aplicación y el uso de recursos públicos en la difusión de la comunicación social, sin estar orientada a tiempos, actos o actores electorales.

Por otro lado, se vertieron diversas consideraciones con respecto al interés legítimo y el principio de relatividad de las sentencias en materia de amparo, manifestando que el nuevo paradigma constitucional en materia de derechos humanos y del propio juicio de garantías, abría la puerta para una sentencia estimativa en virtud del reconocimiento de las omisiones de autoridades como objetos propios de la litis constitucional.

Derivado de lo anterior, en marzo de 2015 se solicitó a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que un Ministro o Ministra hiciera suya una petición de ejercicio de la facultad de atracción para conocer del asunto. Así lo hizo el Ministro José Ramón Cossío Díaz, quien

de los actos impugnados y no de los planteamientos que se hagan valer, pues atendiendo al tipo de acto impugnado podrá conocerse cuál es la vía constitucional especial procedente. En consecuencia, se sobresee el juicio por actualizarse la causal de improcedencia antes mencionada. (2) Con independencia de lo anterior, tratándose de omisiones legislativas, el juicio de amparo también sería improcedente de conformidad con lo establecido en la fracción XXIII del artículo 61 de la Ley de Amparo, en relación con la fracción II del artículo 107 de la Constitución, toda vez que su procedencia resultaría contraria al principio de relatividad de las sentencias, toda vez que el efecto de una eventual concesión del amparo sería obligar a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, lo cual supondría darle efectos generales a la ejecutoria de amparo.

el 5 de agosto de 2015 presentó ante la Primera Sala el proyecto en el que se proponía ejercer la facultad de atracción, votándose por mayoría de 4 a 1 a favor del sentido de la propuesta. Derivado de lo anterior, se registró el amparo en revisión bajo el número 1359/2015, del cual toco conocer al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

A. El interés legítimo de la quejosa

En el escrito inicial de demanda de amparo indirecto, ARTICLE 19 señalaba que contaba con un interés legítimo para la presentación y admisión de la demanda. Lo anterior, "toda vez que dificulta el cumplimiento de su objeto social y le impide contar con las herramientas legislativas necesarias para investigar, analizar, enseñar y defender los derechos a la libertad de expresión, prensa e información".⁵⁴

Como ya se dijo, el interés legítimo puede definirse como "aquel interés personal —individual o colectivo—, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que pueda traducirse, si llegara a concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso".⁵⁵ El Pleno de la SCJN ha señalado, a través de la Contradicción de Tesis 111/2013, que "el interés legítimo solamente requiere de una afectación a la esfera jurídica entendida en un sentido amplio, ya sea porque dicha intromisión es directa, o porque el agravio deriva de una situación particular que la persona tiene en el orden jurídico"⁵⁶.

La doctrina que la Suprema Corte ha desarrollado en los últimos años sobre el interés legítimo se ha encargado de analizar cada vez más su-

⁵⁴ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1359/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 17 de noviembre de 2015.

⁵⁵ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 366/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cosío Díaz, 5 de septiembre de 2012.

⁵⁶ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 111/2013, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 5 de junio de 2014.

puestos en los que ya sea que un individuo o una colectividad identificada o identificable pueden acudir al juicio de amparo para impugnar actos de los cuales no son destinatarios directos.⁵⁷

En este sentido, se concluyó que para que exista interés legítimo se requiere lo siguiente: (i) que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo; (ii) que el acto reclamado produzca una afectación en la esfera jurídica entendida en sentido amplio, ya sea directa o indirecta por la situación especial del reclamante frente al ordenamiento; (iii) la existencia de un vínculo entre una persona y la pretensión, de tal forma que la anulación del acto produzca un beneficio actual o futuro, pero cierto; (iv) que la afectación sea apreciada bajo un parámetro de razonabilidad; y (v) que dicho interés resulte armónico con la dinámica y alcances del juicio de amparo.⁵⁸

Así, la Primera Sala de la SCJN ha concluido que, para ser titular de un interés legítimo, no es necesario que la norma impugnada afecte directamente a los quejosos, sino que pueden ser terceros que indirectamente se ven afectados en sus derechos humanos.

En el caso, el interés legítimo fue acreditado de conformidad con el objeto social de ARTICLE 19 y con el trabajo desarrollado a lo largo de 10 años en la defensa, promoción, investigación e incidencia en materia de derechos humanos, en especial de los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la información. Las omisiones en las que incurrió la autoridad responsable —el Congreso de la Unión— afectaban directamente el objeto social y el trabajo de la organización, impidiendo así ejercer plenamente su derecho a defender derechos humanos por las violaciones que generaba la ausencia de reglas claras en la publicidad oficial.

⁵⁷ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1359/2015, *op. cit.*

⁵⁸ *Idem.*

2. El principio de relatividad de las sentencias

Dentro de los conceptos de violación de ARTICLE 19 se esgrimió que:

La omisión de la autoridad responsable viola la libertad de expresión, de prensa y de información, ya que la ausencia de un marco normativo reglamentario al artículo 134 de la Constitución permite un uso arbitrario y discrecional de la repartición de la publicidad oficial, generando con ello condiciones para que, por un lado, las autoridades utilicen los recursos públicos destinados a dicho fin para beneficiar a los medios de comunicación que son complacientes con aquéllas y, por otro lado, castigar a los medios de comunicación y periodistas críticos, es decir, generando medios indirectos de censura que violentan las libertades de expresión, prensa e información.

En primera instancia, el Juez de Distrito consideró que de concederse el amparo por una omisión legislativa se violaría el principio de relatividad de las sentencias (*fórmula Otero*). Para la quejosa y recurrente dichas razones no eran aplicables al concepto de violación previamente mencionado, pues el otorgamiento de la protección constitucional no implicaría que se ordenara al legislativo la expedición de la ley, sino solamente que no quedara paralizada su función legislativa.

También se adujo que el principio de relatividad de las sentencias no podía ser interpretado en forma restrictiva, pues de lo contrario resultaría violatorio del artículo 17 de la Constitución, en relación con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así las cosas, interpretar tal principio de la forma en que lo hizo el Juez de Distrito se erigía como un obstáculo para el acceso a la justicia y violaba el derecho a un recurso judicial efectivo.

En todo caso, señalamos, no serían los efectos de la sentencia de amparo lo que generaría efectos generales, sino la norma constitucional que obligó al constituyente a expedir la ley reglamentaria, por lo que la emisión de

la ley no emanaría de una decisión judicial, sino de una obligación impuesta por el propio legislador. Así, era falso que el principio de relatividad de las sentencias impidiera la tramitación y resolución de los juicios de amparo promovidos en contra de omisiones legislativas. De esta manera, el Juez de Distrito imponía requisitos de procedencia desproporcionados, innecesarios y poco razonables que limitaban las posibilidades de desarrollar el juicio de amparo en tanto medio de protección constitucional.

Ante ello la Primera Sala resolvió que:

La nueva configuración constitucional del juicio de amparo —resultado de la reforma de 11 de junio de 2011— claramente amplió el espectro de protección de dicho mecanismo procesal, de tal manera que ahora es posible proteger de mejor manera derechos fundamentales que tengan una dimensión colectiva y/o difusa, como ocurre con la libertad de expresión. Así, el juicio de amparo que originalmente fue concebido para proteger derechos estrictamente individuales y exclusivos, ahora también puede utilizarse para proteger derechos con una naturaleza más compleja. Por esa razón, recientemente esta Primera Sala ha reconocido la necesidad de reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias de amparo, puesto que mantener la interpretación tradicional de dicho principio en muchos casos acabaría frustrando la finalidad sustantiva del juicio de amparo: la protección de todos los derechos fundamentales.⁵⁹

De esta manera, la Primera Sala señala que el principio de relatividad de las sentencias de amparo no se hace nugatorio y mantiene plena vigencia, pero debe ser reinterpretado a la luz del nuevo marco constitucional con la finalidad de que dicho mecanismo procesal pueda cumplir con la función constitucional que le está encomendada: la protección de todos

⁵⁹ *Idem.*

los derechos fundamentales de las personas. En esa tesitura, el Alto Tribunal comprende que el principio de relatividad, bajo el nuevo paradigma constitucional, ordena a los tribunales de amparo: 1) estudiar únicamente los argumentos de las partes —supliéndolos si así procediera— y, en su caso, 2) conceder el amparo sólo para el efecto de que se restituyan los derechos violados de los quejosos. Para ello, considera que es irrelevante, para efectos de la procedencia del juicio, "el hecho de que una sentencia estimatoria eventualmente pudiera traducirse también en alguna ventaja o beneficio para personas que no fueron parte del litigio constitucional".⁶⁰ Lo anterior implica que los jueces de amparo "no pueden ordenar directamente en sus sentencias la protección de los derechos de personas que no hayan acudido al juicio de amparo, sin embargo, es perfectamente admisible que, al proteger a los quejosos, indirectamente y de manera eventual, se beneficie a terceros ajenos a la controversia constitucional".⁶¹

3. El juicio de amparo y la omisión legislativa

Para que se configure una omisión es necesario que exista el deber de realizar una conducta y que alguien haya incumplido con esa obligación.⁶² En nuestro sistema jurídico encontramos que las autoridades son responsables tanto de sus acciones como de sus omisiones, también conocido como actos positivos o de hacer, como actos negativos o de no hacer.

Hasta ese momento, la SCJN se había pronunciado de distinta manera sobre la procedencia en contra de las omisiones legislativas. En controversias constitucionales, procedía contra omisiones absolutas, es decir, a partir del incumplimiento total de la obligación constitucional de legis-

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.* La resolución cita, a su vez: "¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca del valor moral de los delitos por omisión)" (Nino, 2008, pp. 210 - 213).

lar sobre alguna cuestión o materia. Por su parte, las acciones de inconstitucionalidad procedían contra omisiones relativas o, en otras palabras, legislación existente, pero que es deficiente (Astudillo, 2007). Hasta ese momento, el juicio de amparo no procedía contra ningún tipo de omisión.

El planteamiento era que, en el caso, las autoridades responsables (las dos Cámaras del Congreso de la Unión) incurrieron en una omisión legislativa. Pero es importante distinguir entre lo que son las omisiones legislativas absolutas y las omisiones legislativas relativas. Las primeras se presentan cuando el órgano legislativo simplemente no ha ejercido su competencia de crear leyes en ningún sentido, ni ha externado normativamente ninguna voluntad para hacerlo. En cambio, las omisiones legislativas relativas ocurren cuando el órgano legislativo ha ejercido su competencia, pero de manera parcial o simplemente no la realiza de manera completa e integral, impidiendo así el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes.⁶³

Así, la Primera Sala de la SCJN consideró que era correcto el concepto de violación que ARTICLE 19 esgrimía, pues el amparo por la omisión legislativa era procedente debido a que existía un mandato constitucional de carácter absoluto, derivado del artículo Tercero Transitorio de la reforma político electoral de febrero de 2014. Por lo que la inactividad del legislativo, su parálisis u omisión, incurría en violaciones a los derechos de ARTICLE 19.

Efectivamente, la SCJN consideró que en virtud de que la Constitución impuso al Congreso de la Unión el deber de expedir una ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134 constitucional, en un plazo que ya había transcurrido en exceso sin que eso hubiera ocurrido, por ello el Poder Legislativo había incumplido totalmente esa obligación. En

⁶³ *Idem.*

consecuencia, concedió la razón a ARTICLE 19 en este punto: se configuraba una omisión legislativa *absoluta*.

Así las cosas, la SCJN considero procedente el juicio de amparo y reconoció no sólo el interés legítimo de la parte quejosa, sino las razones de su procedencia y admisión. En este caso, la omisión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución se estimó violatoria a la libertad de expresión, de prensa y de información, ya que la ausencia de dicho marco normativo permitía el uso arbitrario y discrecional de la repartición de la publicidad oficial y generaba censura a los medios de comunicación y periodistas críticos. Por estas razones fue que la Corte acreditó la violación a la libertad de expresión.

Para llegar a dicha conclusión, consideró que en materia de publicidad oficial, ARTICLE 19 junto con la organización Fundar, Centro de Análisis e Investigación, habían presentado diversos informes sobre gastos en comunicación social y la manera en la que se adjudica la publicidad oficial en nuestro país.⁶⁴ Así, para la Suprema Corte resultó evidente que la principal actividad de la asociación "es la promoción y protección de la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como colectiva; actividad que ha llevado a cabo en sus más de nueve años de operaciones en México, en los cuales ha documentado y denunciado las agresiones que sufren los periodistas, medios de comunicación y personas que en general ejercen su derecho a la libertad de expresión".⁶⁵

De acuerdo con lo anterior, ARTICLE 19 acreditó tener un especial interés en la defensa y promoción de la libertad de expresión, al tiempo que la omisión que reclama afectaba su "capacidad de cumplir con el objeto

⁶⁴ Entre los que destacan los siguientes: "Informe Libertad de expresión en venta. Acceso a la información y censura indirecta en publicidad oficial"; "Boletín Libertad de expresión en venta: Informe sobre el gasto de publicidad oficial"; y "Publicidad Oficial: Recursos públicos ejercidos por el Poder Ejecutivo Federal en 2013, primer año del presidente Enrique Peña Nieto". Publicados entre el 14 de mayo de 2014 y el 6 de abril de 2017. Consultables en «<https://articulo19.org/category/publicaciones/>».

⁶⁵ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1359/2015, *op. cit.*

para el que fue constituida, de tal manera que la eventual emisión de la legislación omitida le reportaría un beneficio determinado, actual y cierto: estar en la posibilidad de cumplir de manera cabal con el objeto social para el que dicha asociación fue constituida".⁶⁶

Dicho lo anterior, la Primera Sala de la SCJN estudió y discutió el recurso de revisión el 15 de noviembre de 2017. Tras alcanzar una votación por mayoría, cuatro a favor y uno en contra, se concedió el amparo y protección de la justicia federal a Campaña Global por la Libertad de Expresión A19 A.C.

Hay que resaltar que entre los integrantes que componían la Primera Sala de la SCJN,⁶⁷ el Ministro Pardo Rebolledo se apartó de la mayoría, pues consideró que la parte quejosa no acreditaba el interés legítimo. En su voto concurrente resaltó que no compartía el proyecto de sentencia del Ministro ponente, pues "el objeto social de la asociación civil no puede considerarse el único elemento para valorar la existencia del interés legítimo, por lo que en el caso era necesario analizar la libertad de expresión, la omisión legislativa reclamada y la trascendencia de dicha afectación en la esfera específica del derecho cuestionado, para concluir si existía ese interés cualificado que se exige en la Constitución".⁶⁸

Ahora bien, en cuanto al fondo, el vínculo entre el ejercicio de la libertad de expresión y las restricciones indirectas, resultado de la arbitrariedad en el ejercicio del gasto de publicidad oficial, fue materia de un minucioso análisis por parte de la SCJN. Se abordó la naturaleza y alcance del derecho a la libertad de expresión, el rol social de los medios de comunicación y su importancia en democracia, así como el efecto de censura sutil e indirecta en la asignación opaca y arbitraria de la publicidad oficial.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ Ministra Norma Lucía Piña Hernández y Ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

⁶⁸ Voto concurrente del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, en: Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1359/2015, *op. cit.*

Ante ello, la Primera Sala de la SCJN concluyó con contundencia que

- a) La ausencia de la regulación en cuestión propicia un ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social, lo cual constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, claramente proscrito por la Constitución. Ello en franca contravención de los artículos 7o. de la Constitución y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- b) La falta de reglas claras y transparentes que establezcan los criterios con los cuales se asigna el gasto de comunicación social de las distintas instancias de gobierno —omisión atribuible al Congreso de la Unión— constituye un medio de restricción indirecta a la libertad de expresión prohibido por los artículos 7 de la Constitución y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- c) La ausencia de esta regulación propicia que la política de gasto en comunicación social canalice los recursos fiscales hacia medios afines a las posiciones del gobierno y niegue el acceso a esos recursos —o simplemente se amenace con restringirlo— a los medios de comunicación que son críticos con las políticas del gobierno.
- d) La dimensión colectiva de la libertad de expresión impone al Estado el deber de actuar de manera neutral en la asignación de esos recursos entre los medios de comunicación. Por esa razón, es imprescindible que existan reglas que permitan al Estado actuar de tal manera que asegure que todas las voces de la sociedad que se expresan en los medios de comunicación sean escuchadas de una manera completa y justa.

Esta sentencia representó un cambio en el paradigma de los procesos de amparo indirecto en nuestro sistema jurídico. Demostró que el ámbito

de protección de derechos humanos, por medio del juicio de amparo, era mucho más amplio y apegado a los nuevos estándares, no sólo de las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos, sino de los estándares y criterios internacionales en la materia. De ahí que la resolución haya marcado un antes y un después.

4. De la sentencia, su cumplimiento y el proceso legislativo

En el segundo resolutivo de la sentencia, se ordenó que "el Congreso de la Unión cumpla con la obligación establecida en el artículo tercero transitorio del decreto de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 y, en consecuencia, proceda a emitir una ley que regule el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución antes de que finalice el segundo periodo ordinario de sesiones de este último año de la LXIII Legislatura, es decir, antes del 30 de abril de 2018."⁶⁹

Es importante señalar que, dentro de la sentencia y sus efectos, no se impuso el contenido de la ley que debía discutirse y adoptarse. Es decir, la SCJN en ningún momento le señala ni exige al Congreso de la Unión, como autoridad responsable, cómo debe llevarse a cabo el proceso legislativo, ni tampoco determina el contenido de dicha ley, respetando el principio de autonomía de los poderes. En esta tesitura, la Primera Sala estimó que le compete al Poder Judicial señalarle al Congreso de la Unión los contenidos de las leyes emanadas de las funciones de éste, pues las mismas se presumen son productos de procesos democráticos y participativos y le competen únicamente al Poder Legislativo estas facultades y potestades. Esto abría una ventana de oportunidad a la discrecionalidad de la mayoría en el Congreso que estaba depositada en el Partido Revolucionario Institucional (PRI), pues al tener el control en ambas cámaras, podían aprobar cualquier ley sin importar el contenido.

⁶⁹ *Idem.*

Así, el 7 de febrero de 2018, el colectivo *Medios Libres*⁷⁰ exigió al Congreso de la Unión que atendiera el tema de la publicidad oficial en tiempo y forma, así como una ruta de trabajo para el proceso legislativo, para que se pudiera contar con una legislación antes del 30 de abril de 2018. Asimismo, se compartió un decálogo en el cual se integraban 10 puntos esenciales con los que la futura ley debía contar:

1. La publicidad oficial no debe desaparecer.
2. Se requiere una Ley General que atienda a los tres niveles de gobierno.
3. Definir criterios de asignación basados en la idoneidad
4. Máxima publicidad de las autoridades como de los medios de comunicación, para contar con una rendición de cuentas eficaz y controlar el uso de la publicidad oficial.
5. Transparencia y regulación de la medición de audiencia, circulación, visitas y rating.
6. Contenidos de utilidad pública y libres de promoción personalizada.
7. La publicidad oficial debe ser siempre identificable.
8. Fomento a la pluralidad y a la diversidad.
9. Mecanismos de control eficaces.
10. Uso racional de los recursos públicos.

A partir de las mesas de trabajo llevadas a cabo por el Congreso de la Unión, principalmente impulsadas por los partidos que tenían la mayoría, denunciarnos que se trataba de una simulación legislativa bajo la cual se buscaba emitir una ley reglamentaria a modo. Ni las distintas iniciativas de ley presentados por distintos partidos políticos, como MORENA, PAN, PRD, PT, ni las recomendaciones del colectivo *Medios Libres*, fueron tomadas en cuenta; solamente se impulsó un dictamen del

⁷⁰ Conformado por más de 85 integrantes de sociedad civil, organizaciones, académicos, periodistas y medios de comunicación.

PRI —partido mayoritario—, en alianza con los partidos Verde Ecologista y Nueva Alianza.

El proceso legislativo tuvo su origen en la Cámara de Diputados y durante el mes de abril se aprobó su dictamen. Este documento no atendía los problemas que supone la publicidad oficial, como ser un mecanismo de control indirecto de las líneas editoriales, la asignación discrecional de recursos públicos millonarios, su utilización para fines proselitistas o electorales, entre otros. Parte de las advertencias que se realizaron sobre el dictamen fueron las siguientes:⁷¹

1. El dictamen incentivaba el uso proselitista de la publicidad oficial.
2. El dictamen seguía permitiendo la ineficiencia y discrecionalidad en el uso de los recursos.
3. El dictamen centralizaba más el control del gasto en publicidad oficial.
4. Había una ausencia de fomento al pluralismo y la diversidad.
5. El dictamen no proponía transparencia y regulación de la medición de audiencia, circulación, visitas y rating.

Así, en las últimas semanas del mes de abril de 2018, a escasos días de vencer el plazo otorgado por la Primera Sala de la SCJN, hubo un empate en las Comisiones de Radio, Televisión y Cinematografía y la Comisión de Gobernación; mientras que en la Comisión de Estudios Legislativos se votó en contra del dictamen. Lo anterior mostraba la desaprobación de una iniciativa que estuvo manipulada y pactada desde un inicio, y que la oposición intentó detener.

El dictamen no representaba, en lo más mínimo, un consenso de todas las partes involucradas, es decir, no representaba la voluntad de la socie-

⁷¹ MEDIOS LIBRES (2018), "Predictamen de la Ley General de Comunicación Social atenta contra #MediosLibres". Disponible en: «<https://publicidadoficial.com.mx/predictamen-de-ley-de-comunicacion-social-atenta-contra-medioslibres/>».

dad civil, de la academia, de los medios de comunicación, de los periodistas, ni de la oposición. Mucho menos retomaba el espíritu de la sentencia dictada dentro del AR 1359/2015. Este dictamen representaba los intereses políticos de un determinado sector y era el pretexto para cumplir formalmente con una orden judicial y no entrar en desacato frente al Máximo Tribunal. El representante en México de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, Jan Jarab, señaló con claridad: "la Suprema Corte no pide la formalización del statu quo: exige un cambio".⁷²

La noche del miércoles 25 de abril de 2018, el Pleno del Senado de la República, con 60 votos favor, 46 en contra y una abstención, aprobó la Ley General de Comunicación Social, en la cual no se cumplía con lo establecido en la sentencia, ya que persistió en el articulado de dicho ordenamiento la ausencia de reglas claras y transparentes y, con ello, una vulneración a la libertad de expresión en su dimensión colectiva y una clara afectación a la dimensión individual de la libertad de expresión. La ley aprobada no contemplaba reglas claras para la asignación del gasto, como tampoco topes presupuestales. En pocas palabras, las violaciones a la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de prensa, persistían y se "normativizaban".

En el *Informe sobre México de los relatores especiales de la ONU y la CIDH sobre la libertad de expresión, 2018*, a raíz de la visita conjunta de los expertos en 2017, se concluyó lo siguiente respecto al tema de publicidad oficial y la Ley General de Comunicación Social:

55. En una decisión de suma relevancia, la Suprema Corte recientemente ordenó al Congreso desarrollar regulaciones para la práctica de publicidad oficial. Según algunos informes, el gobierno federal ha gastado más allá de 34 mil millones de pesos en los

⁷² Villegas, P. (2008), "La ley de publicidad oficial en México que los críticos tildan de inútil", *The New York Times*, 17 de abril de 2018. Disponible en: «<https://www.nytimes.com/es/2018/04/17/espanol/america-latina/enrique-pena-nieto-publicidad-oficial.html>».

últimos cuatro años en dicha publicidad. Las reglas de esa publicidad son oscuras, que llevan a muchos a concluir, con evidencia sustancial, que los actores de gobierno utilizan los fondos de publicidad para dar forma y distorsionar la cobertura de medios y difuminar las líneas entre historias de noticias verificables y propaganda o incidencia política. Ese gasto también sirve como subsidio para mantener los medios heredados a flote para el detrimento de fuentes alternativas de información. Acogemos la decisión de la Suprema Corte e instamos al Congreso a no sólo adoptar reglas claras y públicas que rigen la publicidad y aseguran reportajes frecuentes y específicos, sino que también desarrollan un plan para limitar de forma progresiva esos gastos en conjunto, en consulta con la sociedad civil y los expertos pertinentes. Manifestamos nuestra disponibilidad para proporcionar asesoría técnica al Congreso en relación con las normas internacionales sobre publicidad oficial en los meses venideros antes de la adopción de esa ley.

[...]

66. Preocupa a los Relatores Especiales que la nueva legislación no cumpla con los principios básicos ni con las recomendaciones de organismos internacionales o expertos en derechos humanos. En particular, la ley no establece normas claras sobre sus objetivos, criterios y procedimientos de asignación y mecanismos de supervisión, dejando un amplio margen de discreción y abuso de las autoridades. El informe de la CIDH "Principios rectores de la regulación de la Publicidad Oficial y la Libertad de Expresión" (2012) señala que el establecimiento de normas específicas, claras y precisas es esencial para evitar el abuso y el gasto excesivo. Los Relatores Especiales instan al Gobierno de México a modificar la legislación, de acuerdo con estos principios y mejores prácticas.⁷³

⁷³ CIDH (2018), "Informe Especial sobre la situación de la Libertad de Expresión en México". Disponible en: «https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF».

El opaco proceso legislativo jamás consideró la participación ni las voces de la ciudadanía, como tampoco hizo caso a lo recomendado y solicitado por organismos constitucionales autónomos, como el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), y el Instituto Nacional Electoral (INE); tampoco contempló aquello que señalaron organismos internacionales, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OAC-NUDH), y las Relatorías para la libertad de expresión de la CIDH y de las Naciones Unidas (ONU).

5. La Ley General de Comunicación Social y el Poder Judicial de la Federación

Tras un lamentable proceso legislativo y habiendo aprobado en ambas Cámaras el dictamen, el 11 de mayo de 2018 el presidente Enrique Peña Nieto promulgó la Ley General de Comunicación Social.⁷⁴ Justo seis años después de que el entonces presidente prometiera que regularía la publicidad oficial. Seis años después del movimiento #YoSoy132, que surgió de la necesidad de contar con medios libres y objetivos para poder tener información veraz y oportuna en momentos tan relevantes como las campañas electorales.

Posterior al supuesto cumplimiento de la sentencia de la SCJN, al haberse emitido la referida ley, el Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México, declaró cumplida la sentencia el 24 de mayo de 2018, por el simple hecho de haber emitido la ley, sin importar su contenido. Para ello, ARTICLE 19 como parte quejosa interpuso recurso de inconformidad ante la determinación del juez de declarar por cumplida la ejecutoria de amparo.

⁷⁴ Ley General de Comunicación Social, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de mayo de 2018. Disponible en «http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCS_110518.pdf».

Dentro de los argumentos del recurso de inconformidad se encontraba que el fallo protector no podía considerarse cumplido, debido a que no bastaba con que el Congreso de la Unión expidiera una ley —cualquiera— con la cual se alegara regular dispuesto en el artículo 134, párrafo octavo, de la Constitución. Lo que debió concluir el Juez de Distrito, es que subsiste la falta de regulación en tanto el estado de cosas inconstitucional, evidenciado por la Primera Sala de la SCJN, persistía; esto es, la falta de criterios claros de asignación del gasto de publicidad oficial, que daba pie a continuar con restricciones indirectas contra los medios de comunicación.

De dicha inconformidad tocó conocer al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo el número 22/2018. En un análisis demasiado limitado y sin entrar al fondo del asunto, los Magistrados del órgano colegiado confirmaron lo determinado por el Juez de Distrito. En su resolución consideraron que el fallo protector debía considerarse cumplido por el simple hecho de haber emitido una ley reglamentaria del artículo 134, sin importar que ella no regulara el gasto ni el correcto uso de la comunicación social, ni que existan las faltas de garantías para la libertad de expresión y el derecho a la información.

Lo formal pesó más que lo material. La pobre interpretación de estos órganos judiciales se limitó a conceder el cumplimiento del fallo, ya que la omisión de contar con una ley ya no existe. A pesar de que ésta legalice todas las malas prácticas señaladas y denunciadas por años. Sin importar de que el proceso legislativo tuvo tropiezos y múltiples violaciones. Dejando de lado que, a través de esta nueva ley, van a persistir las violaciones a la libertad de expresión y el derecho a la información. En unas líneas se concluyó que, "con la emisión de la Ley General de Comunicación Social, el Congreso de la Unión satisfizo plenamente el efecto del fallo protector, pues con tal acción finalmente cumplió con el mandato

de emitir una ley que regulara el párrafo octavo del artículo 134 constitucional".⁷⁵

6. Impugnaciones en contra de la Ley General de Comunicación Social

Después de la promulgación de la Ley General de Comunicación Social, cuya entrada en vigor fue el 1 de enero de 2019, se presentaron diversos recursos legales para combatir su inconstitucionalidad. ARTICLE 19 promovió un nuevo juicio de amparo indirecto (193/2019 del índice del Juzgado Sexto de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito), mientras que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el partido político Movimiento Ciudadano y un grupo de senadores, presentaron acciones de inconstitucionalidad.

Estas acciones legales tienen como fin específico declarar la inconstitucionalidad de la ley por su contenido. Como ya hemos mencionado, no está enfocado ni dirigido a la garantía ni al ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, así como tampoco regula el uso correcto del gasto de comunicación social, lo cual —como ya dijo la SCJN— se presta a arbitrariedades que generan un efecto de censura indirecta en los medios de comunicación.

En el caso del amparo 193/2019, el Juez de Distrito determinó que la parte quejosa —ARTICLE 19— no contaba con el "interés jurídico" para la presentación de la demanda de amparo indirecto. Evidentemente nunca se alegó ese tipo de interés en el escrito inicial de demanda, pues era a través del interés legítimo que aducía haber sido violentada con la expedición de la ley impugnada. Y es más irónico debido a que la SCJN

⁷⁵ Sentencia recaída en el Recurso de Inconformidad 22/2018, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en la Ciudad de México, 23 de agosto de 2019.

ya había reconocido y sentado un precedente sobre el interés legítimo para la presentación y admisión de las demandas de amparo de ARTICLE 19.

Una vez más se esgrimió que la expedición de la ley tildada de inconstitucional no sólo genera una afectación general, al ser violatoria de los derechos humanos y de la Constitución, al contravenir claramente el artículo 134 de la Constitución, sino que también obstaculiza el cumplimiento del objeto social de ARTICLE 19 y le impide contar con las herramientas legislativas que sean necesarias para defender las causas que representa.

A raíz de ello, se interpuso recurso de revisión en contra de la sentencia de fecha 10 de junio de 2019, del Juzgado Sexto de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito. A dicho recurso de revisión se le asignó el número 375/2019, del índice del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

En octubre de 2019, ARTICLE 19 solicitó a la Primera Sala de la SCJN que reasumiera su competencia originaria (308/2019) debido a que el amparo en cuestión está íntimamente ligado al Amparo en Revisión 1359/2015, que resolvió en noviembre de 2017; además de que, derivado del cumplimiento de esa sentencia, se originó la Ley General de Comunicación Social, impugnada a través del nuevo juicio de amparo intentado.

Finalmente, el 4 de noviembre de 2020, la Primera Sala de la SCJN reasumió su competencia originaria. Esto refleja una nueva oportunidad para que se resuelva sobre la constitucionalidad de la ley impugnada. Nuevamente es el Máximo Tribunal quien tendrá la última palabra.

De forma paralela al juicio de amparo indirecto promovido por ARTICLE 19, en contra de la Ley General de Comunicación Social se encuentran pendientes las Acciones de Inconstitucionalidad 52/2018 y sus acumuladas 53/2018 y 55/2018; éstas fueron promovidas por diversos

integrantes de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el partido político Movimiento Ciudadano y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y versan sobre las violaciones que genera a la libertad de expresión y al derecho a la información la Ley General de Comunicación Social, aprobada por el Congreso de la Unión el 26 de abril de 2018 y promulgada por el Ejecutivo el 11 de mayo del mismo año.

A más de un año de haber sido promovidos el amparo y las acciones de inconstitucionalidad, la SCJN tiene una enorme responsabilidad y encomienda para determinar el rumbo de la relación entre los medios de comunicación y los gobiernos. La decisión que tome sobre la constitucionalidad o no de la ley, definirá la existencia (o no) de garantías institucionales mínimas para un ejercicio desinhibido, libre, crítico y robusto de la libertad de expresión y el derecho a la información en México.

Dicho lo anterior, es evidente que haber aprobado una ley con estas características tuvo como consecuencia seguir violentando los derechos a la libertad de expresión y a la información. Asimismo, se quebranta lo establecido en el artículo 1o. constitucional pues, como se mencionó al inicio de este texto, a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011 las autoridades del Estado están obligadas a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México es parte.

Así, lo que el Congreso de la Unión construyó, y que posteriormente el Poder Judicial respaldó al pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia y la legalidad de la Ley General de Comunicación Social, dejó un sabor agri dulce en cuanto al litigio estratégico como vía para lograr la regulación de la publicidad oficial. Por un lado, se sentaron importantes precedentes en materia de amparo para su procedencia contra omisiones legislativas y la reinterpretación de la "fórmula Otero". Por otro lado, el cumplimiento de la ejecutoria en cuestión dio pie a una nueva violación constitucional, que perpetuó la situación estructural de violaciones a los

derechos de libertad de expresión e información, que se materializa en la falta de criterios claros de asignación de la publicidad oficial.

IV. Contexto actual de la libertad de expresión y la publicidad oficial

A diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, podemos afirmar que los avances jurídicos y políticos han sido demasiados, principalmente en la forma en que los operadores jurídicos han interpretado y aplicado las leyes y la Constitución en pro de tener un garantismo jurídico cada vez más visible y estructurado, que ha sentado precedentes importantes.

Asimismo, es posible identificar que los estándares y criterios internacionales de derechos humanos se han incorporado a nuestro sistema jurídico, dejando atrás los antiguos criterios sobre jerarquía normativa, dando paso a la centralidad, progresividad y universalidad de los derechos humanos. De igual forma, es fácil observar cómo se invocan estos estándares al momento de impartir justicia y de llevar a cabo litigios estratégicos.

Sin embargo, en el plano de la libertad de expresión y de la publicidad oficial, los resultados y las consecuencias de la Ley General de Comunicación Social no han sido positivos. Con el cambio de poder y con una nueva administración, la forma de practicarlas tampoco ha traído buenos aires.

El 1 de diciembre de 2018, tomó posesión como presidente de la República Andrés Manuel López Obrador, que en el periodo de transición anunció un plan de combate a la corrupción que contenía 50 puntos. En el punto 29, señalaba que el presupuesto para la publicidad oficial se reduciría en un 50%. Esto, a primera vista, era una buena noticia, considerando que en el sexenio del gobierno de Enrique Peña Nieto se gastó más de 61 mil millones de pesos en este rubro. Por lo que era razonable contar con una reducción considerable en el gasto de publicidad oficial.

Sin embargo, esta reducción no resolvió el problema de la asignación arbitraria y discrecional de la publicidad oficial. El problema persiste si no se cuenta con criterios claros, transparentes y objetivos de asignación que consideren factores como la idoneidad, la medición de audiencia, los costos, la circulación, el perfil del público al que va destinada la campaña y, sobre todo, que promuevan la diversidad y el pluralismo de medios. He ahí el inconveniente de contar con una ley como la aprobada en abril de 2018.

El colectivo *#Medios Libres* solicitó desde el inicio del nuevo gobierno que se llevaran a cabo mesas de diálogo para la discusión de una nueva iniciativa de ley para regular la publicidad oficial. Se trabajó una iniciativa ciudadana⁷⁶ la cual se buscó que todos los partidos políticos respaldaran para su discusión en un formato de parlamento abierto, que incluyera pluralidad de voces y espacios en un nuevo proceso legislativo. El único partido político que no recibió al colectivo fue MORENA, partido en el poder y con mayoría en ambas cámaras. Las discusiones nunca llegaron, por lo que la Ley General de Comunicación Social continúa vigente con la nueva administración.

Así, el gobierno federal se asentó cómodamente en las reglas no escritas del juego de la publicidad oficial. En el presupuesto de egresos para el ejercicio fiscal 2019 se presupuestó poco más de 5 mil millones de pesos a ese rubro. El 17 de abril de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la política de comunicación social,⁷⁷ la cual representaba algunos avances importantes en la materia, aunque insuficientes para garantizar un mejor uso del gasto en publicidad oficial. Impulsar un cambio real en la relación entre medios y gobierno debía pasar por la abrogación de la Ley General de Comunicación Social, la discusión y emisión de una nueva, y un cambio profundo de las prácticas institucionales.

⁷⁶ MEDIOS LIBRES (2018), "Iniciativa de ley para regular la publicidad oficial". Disponible en: «<https://publicidadoficial.com.mx/wp-content/uploads/2018/10/LGPO-VF-24102018.pdf>».

⁷⁷ Secretaría de Gobernación (2019) "Acuerdo por el que se establece la Política de Comunicación Social del Gobierno Federal". Disponible en: «https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5558048&fecha=17/04/2019».

La forma de llevar a cabo la comunicación social en este gobierno ha cambiado drásticamente, y no necesariamente para bien. Si bien se ha disminuido considerablemente el gasto de publicidad oficial, ahora la fuente de la información está centralizada en la figura presidencial, que día a día en los salones de Palacio Nacional emite sus conferencias "mañaneras". La publicidad oficial se ha llevado a cabo a través de estos espacios, no a través de los medios de comunicación.

En el año 2019 el gobierno federal ejerció la cantidad de \$3,245,595,820.81 pesos, subejerciendo casi 1.9 mil millones de pesos. De igual forma, llama la atención que, del monto ejercido en 2019, el 85% del total se haya realizado en los meses de noviembre y diciembre. Asimismo, se redujo el número de medios de comunicación beneficiados por publicidad oficial, pues en 2018 fueron 875 mientras que en 2019 fueron 564:

Cuadro 4

MES 2019	TOTAL	PORCENTAJE
Enero	\$1,638,055.65	0.05%
Febrero	\$1,371,026.67	0.04%
Marzo	\$940,474.87	0.03%
Abril	\$2,376,844.59	0.07%
Mayo	\$4,397,131.48	0.14%
Junio	\$13,400,890.73	0.41%
Julio	\$25,158,277.01	0.78%
Agosto	\$41,391,872.90	1.28%
Septiembre	\$57,011,994.01	1.76%
Octubre	\$71,404,576.41	2.20%
Noviembre	\$306,010,649.13	9.43%
Diciembre	\$2,720,494,027.34	83.82%
Total	\$3,245,595,820.81	100.00%

Otra tendencia que se identificó y que es constante con las antiguas prácticas, es la concentración del gasto en determinados medios de comunicación:

Cuadro 5

5 MEDIOS MÁS BENEFICIADOS	PORCENTAJE
ESTUDIOS AZTECA, S.A. DE C.V. .	10.87%
GRUPO TELEVISIA, S.A.B.	10.84%
LA JORNADA, DEMOS DESARROLLO DE MEDIOS, S.A. DE C.V	8.03%
MEDIOS MASIVOS MEXICANOS, S.A. DE C.V. (VARIOS PERIODICOS)	3.84%
EL UNIVERSAL CIA. PERIODISTICA NACIONAL, S.A. DE C.V.	3.17%
Total de los 5 medios más beneficiados	36.74%
Total de los medios restantes	63.26%
Total	100.00%

Como se puede observar, la falta de regulación clara perpetúa el infame "no pago para que peguen" como criterio real de asignación del gasto de publicidad oficial.

V. Conclusión

La publicidad oficial debe ejercerse de manera democrática, poniendo en el centro de la ecuación a la sociedad en su derecho a ser informada, y a los medios en su derecho de ejercer libre y plenamente su libertad de expresión. Para ello, es más que necesario contar con reglas claras en un marco legal apegado no sólo a lo establecido en la sentencia 1359/2015, sino a los estándares internacionales en materia de publicidad oficial y libertad de expresión.

El rol del Poder Judicial ha sido crucial a lo largo de estos años, desde las reformas constitucionales hasta su participación en la resolución de diversos procesos judiciales, dentro de los cuales está el amparo por omisión legislativa analizado. Si bien han existido grandes avances y precedentes que han marcado un parteaguas en nuestro sistema jurídico y de derechos humanos, también es cierto que muchos jueces continúan interpretando y aplicando de manera restrictiva y/o regresiva las normas,

lo que ocasiones que los derechos humanos de la sociedad se vean menguados y no sean garantizados.

El papel que las organizaciones de la sociedad civil, a través de los litigios estratégicos, ha sido crucial para el avance y progreso del sistema judicial. Muchos logros se han obtenido en temas de desaparición forzada, acceso a la justicia, derecho a la verdad, derecho a la información, libertad de expresión, entre otros. Desde la trinchera de la sociedad civil organizada se han emprendido luchas encomiables en contra de las arbitrariedades e injusticias, provenientes del poder público y de poderes fácticos.

El caso específico de la libertad de expresión y la publicidad oficial fue un triunfo social en el que, a través de la resolución de la Primera Sala, se beneficiaba a los medios de comunicación, periodistas y a la sociedad en general. Pero acciones ilegítimas como procesos legislativos opacos y con una apertura simulada, ponen un freno a los progresos que por la vía judicial se alcanza. De esta manera, las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y juicio de amparo son una poderosa herramienta discursiva y práctica, pero sus aspiraciones de construir una sociedad más justa, igualitaria y democrática son todavía una asignatura pendiente que forma parte de la lucha cotidiana por los derechos humanos.

Bibliografía

Libros

ASTUDILLO, C. (2007), "La inconstitucionalidad por omisión en México", en CARBONELL, M (comp.), *En busca de las normas ausentes*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SALAZAR, P. (2014), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

Tesis del Pleno y las Salas la SCJN

"DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL," Tesis [J.]: P/J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 202. Reg. Digital 2006224.

"INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE." Tesis [J.]: 1a./J. 38/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, página 690. Reg. digital 2012364.

"INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)." Tesis [J.]: P/J. 50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, página 60. Registro digital 2007921.

"JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. ES PROCEDENTE CONTRA OMISSIONES LEGISLATIVAS." Tesis [A.]: Tesis: 1a. LVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 55, Tomo II, junio de 2018, página 965. Reg. digital 2017065.

"LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL." Tesis [A.]: 1a. CCXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación*, y

su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, página 287. Reg. digital 165760.

"LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS JUEGAN UN PAPEL ESENCIAL EN EL DESPLIEGUE DE SU FUNCIÓN COLECTIVA." Tesis [A.]: 1a. CCXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, página 288. Reg. digital 165758.

"PRINCIPIO DE RELATIVIDAD. SU REINTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011." Tesis [A.]: 1a. XXI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018, página 1101. Reg. digital 2016425.

Sentencia de la SCJN

Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013.

Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2044/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 17 de junio de 2009.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 366/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 5 de septiembre de 2012.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 241/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 4 de septiembre de 2013.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 737/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de octubre de 2013.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 476/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 15 de enero de 2014.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 216/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 5 de noviembre de 2014.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1359/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 17 de noviembre de 2015.

Voto concurrente del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1359/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 17 de noviembre de 2015.

Tesis aisladas de Tribunales Colegiados de Circuito

"INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE PARA SU CONFIGURACIÓN," Tesis [A.]: TI.4o.A.24 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo II, diciembre de 2013, página 1133. Reg. digital 2005186.

Resoluciones Tribunales Colegiados

Sentencia recaída en el Recurso de Inconformidad 22/2018, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en la Ciudad de México, 23 de agosto de 2019.

Sentencias de tribunales internacionales

Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209. Disponible en: «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf».

Corte IDH, Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215. Disponible en: «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf».

Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011, Serie C No. 224. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf».

Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216. Disponible en: «http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf».

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. "Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011", Serie C No. 225. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf».

Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). "Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985". Serie A No. 5.

Disponible en «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf».

Corte IDH. Caso "La Última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile). Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Disponible en «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf».

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001," Serie C No. 74. Disponible en «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf».

Sentencias de otros tribunales

CSJN (2007), "Caso Río Negro", sentencia del 5 de septiembre de 2007. Disponible en «<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-editorial-rio-negro-sa-neuquen-provincia-accion-amparo-fa07000146-2007-09-05/123456789-641-0007-0ots-eupmocsollaf>».

CSCL (2010), "Recurso 9148/09", sentencia del 22 de abril de 2010.

Informes CIDH

CIDH (2003), "Informe anual 2003 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202003.pdf>».

CIDH (2011), "Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión", Disponible en: «<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/PUBLICIDAD%20OFICIAL%202012%20O5%2007.pdf>».

CIDH (2018), Informe Especial sobre la situación de la Libertad de Expresión en México, Disponible en: «https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF».

Leyes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de abril de 2013.

Ley General de Comunicación Social, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de mayo de 2018.

Decreto que reforma los artículos 6o., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Informes OSC

ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA Y FUNDAR CENTRO DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN (2015), "El gasto en Publicidad Oficial del Gobierno Federal en 2014". Disponible en «<http://publicidadoficial.com.mx/?p=2147>».

ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA Y FUNDAR CENTRO DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN (2015) "Libertad de expresión en venta. Acceso a la información y censura indirecta en publicidad oficial". Disponible en «<https://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/LibertadDigitalOk.pdf>».

ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2020), "Informe anual Disonancia: voces en disputa". Disponible en: «<https://disonancia.articulo19.org/wp-content/uploads/2020/07/DISONANCIA-INF-A19-2019-PDF-WEB.pdf>».

ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2019), "Informe anual Ante el silencio, ni borrón ni cuenta nueva". Disponible en «https://articulo19.org/wp-content/uploads/2019/05/Ante-el-Silencio-Ni-Borron-Ni-Cuenta-Nueva_ABRv2.pdf».

ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2018), "Informe anual Democracia Simulada, nada que aplaudir". Disponible en: «https://articulo19.org/wp-content/uploads/2018/03/INFORME-A19-2017_v04.pdf».

ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA (2017), "Informe anual Libertades en resistencia". Disponible en: «https://articulo19.org/wp-content/uploads/2017/04/Libertades-en-Resistencia_Informe-2016-A19.pdf».

ARTICULO 19, OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA Y FUNDAR CENTRO DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN (2015), "Libertad de expresión en venta. Acceso a la información y censura indirecta en publicidad oficial". Disponible en: «<https://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/LibertadDigitalOk.pdf>».

MEDIOS LIBRES (2018), "Predictamen de la Ley General de Comunicación Social atenta contra #MediosLibres", Disponible en «<https://publicidadoficial.com.mx/predictamen-de-ley-de-comunicacion-social-atenta-contr-medioslibres/> ».

Notas periodísticas

VILLEGAS, P. (2008), "La ley de publicidad oficial en México que los críticos tildan de inútil" The New York Times, 17 de abril de 2018. Disponible en: «<https://www.nytimes.com/es/2018/04/17/espanol/america-latina/enrique-pena-nieto-publicidad-oficial.html> ».

Regulación de la publicidad gubernamental a la luz del derecho a la libertad de expresión en México (amparo en revisión 1359/2015 de la Primera Sala de la SCJN)*

Jorge F. Calderón Gamboa**

Santiago J. Vázquez Camacho***

SUMARIO: I. Introducción. II. El caso. III. La sentencia. IV. Los votos de la Ministra y los Ministros. V. Análisis de la sentencia. VI. Conclusiones.

I. Introducción

El presente texto tiene la finalidad de analizar la decisión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la SCJN) en el amparo en revisión 1359/2015 en el que amparó a la asociación civil denominada Campaña Global por la Libertad de Expresión A19 (en adelante Artículo 19) en contra de la omisión del Congreso de la Unión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la Constitución General).

En primer lugar, se expondrá una síntesis del caso. En segundo lugar, se sintetizarán las conclusiones y las razones más relevantes de la sentencia

* Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente de los autores y no representan la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de alguna Ponencia de los y las Ministras que la conforman. Los casos fueron analizados a finales de 2020.

** Maestro en derecho. Secretario de estudio y cuenta en la ponencia de la Ministra Norma Lucía Piña Hernández en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*** Maestro en derecho. Secretario de estudio y cuenta en la ponencia de la Ministra Norma Lucía Piña Hernández en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

y de los votos de cada Ministra y Ministro. Acto seguido, se realizará el análisis de la sentencia, el cual se subdividirá en tres apartados: el primero en relación con el interés legítimo de personas morales para tutelar la libertad de expresión; el segundo sobre las restricciones indirectas al derecho de libertad de expresión con motivo de la falta de regulación de la publicidad oficial, y el tercero sobre la necesidad de regular el gasto público en comunicación social y la emisión de la Ley General de Comunicación Social en cumplimiento de lo ordenado por la SCJN. Finalmente, se sintetizarán las conclusiones más relevantes del análisis efectuado.

II. El caso

La SCJN resolvió el amparo en revisión 1359/2015 el 15 de noviembre de 2017. La temática central del caso se relaciona con la regulación de la publicidad oficial o gubernamental y la procedencia del amparo contra omisiones legislativas. Ello en el marco del ámbito de protección del acceso a la información como componente de la libertad de expresión.

Los hechos consistieron en que el 23 de mayo de 2014, Artículo 191 promovió juicio de amparo en contra de las cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión por la omisión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo tercero transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución General en materia político-electoral, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014; así como por la parálisis de cualquier acto tendente a expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución General.

El artículo tercero transitorio de dicho decreto establece expresamente lo siguiente:

¹ Artículo 19 es una asociación que tiene como objeto social promover la investigación, análisis, enseñanza y defensa de los derechos humanos, en particular de los derechos a la libertad de expresión, prensa e información.

Tercero. El Congreso de la Unión deberá expedir, durante el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura, la ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución, la que establecerá las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, y que garantizará que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así como que respete los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos.²

Al respecto, la quejosa argumentó que se habían violado en su perjuicio los artículos 1, 6, 7, 14 y 16 constitucionales, en relación con los artículos 49 y 134 del mismo ordenamiento, así como lo dispuesto en los artículos 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1, 2 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1, 2 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el principio 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad, el Principio 7 de la Declaración de Chapultepec, así como los artículos 6 y 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el precepto 3 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

El Juez de Distrito resolvió mediante sentencia del 18 de julio de 2014, sobreseer el juicio de amparo. Inconformes, los representantes de Artículo 19 interpusieron un recurso de revisión y solicitaron a la Suprema Corte de Justicia su atracción por considerar que cumplía con los requisitos de importancia y trascendencia.

El 5 de agosto de 2015 la Primera Sala determinó ejercer su facultad para atraer el amparo en revisión promovido por Artículo 19.

² Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia político-electoral. *Diario Oficial de la Federación*, 10 de febrero de 2014. Artículo Tercero transitorio.

En sesión de 15 de noviembre de 2017, la Primera Sala de esta SCJN resolvió el Amparo en Revisión 1359/2015, por mayoría de 4 votos en el sentido de revocar la sentencia recurrida y conceder el amparo a la quejosa Campaña Global para la Libertad de Expresión A19, A.C., para el efecto de que el Congreso de la Unión cumpla con la obligación establecida en el artículo tercero transitorio del decreto de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 y, en consecuencia, emita una ley que regule el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución antes de que finalizara el segundo periodo ordinario de sesiones de este último año de la LXIII Legislatura, es decir, antes del 30 de abril de 2018.

III. La sentencia

La Primera Sala se pronunció sobre cuatro temas relevantes en su sentencia: i) el interés legítimo de personas morales para alegar la violación a un derecho fundamental derivada de una omisión legislativa; ii) la procedencia del amparo contra omisiones legislativas pese a sus efectos *erga omnes*; iii) la violación del legislador ordinario al derecho de libertad de expresión; y iv) la necesidad de regular el gasto público en comunicación social.

1. El interés legítimo de personas morales para alegar la violación a un derecho fundamental derivada de una omisión legislativa

La sentencia parte de diversos precedentes en los que se ha concluido que las personas morales pueden tener un interés legítimo para alegar violaciones a derechos humanos por parte de las autoridades.

Por ejemplo, se hace mención del amparo en revisión 323/2014, un caso en el que se discutía la procedencia del juicio de amparo en contra de omisiones que afectaban el derecho a la educación. La Primera Sala consideró que *la asociación civil quejosa acreditó encontrarse en una especial*

situación frente al ordenamiento para combatir la omisión de diversas autoridades de promover las responsabilidades administrativas y penales y las acciones resarcitorias de daños en contra de funcionarios públicos federales y de entidades federativas por las irregularidades en el manejo, destino y aplicación del Fondo de Aportaciones para la Educación Básica y Normal.

Lo anterior, toda vez que "su objeto social se encuentra encaminado a realizar actos tendientes a estudiar la adecuada prestación de los servicios, públicos; así como evaluar, analizar, dictaminar [...] el ejercicio eficiente del gasto público educativo" e investigar y evaluar las condiciones del derecho a la educación. Con dicha argumentación esta Primera Sala consideró se actualizaba la existencia de un vínculo entre la quejosa y el derecho cuestionado en dicho precedente y, en consecuencia, aquélla contaba con interés legítimo.

Asimismo, se cita lo resuelto en el amparo en revisión 566/2015, en donde la Suprema Corte sostuvo que artistas y promotores de la cultura tenían interés legítimo para reclamar la omisión de culminar un proyecto cultural en Tepic, al considerar que las omisiones afectaban su capacidad de realizar sus labores artísticas y de promoción de la cultura.

Sin embargo, en ambos precedentes el acto reclamado por parte de las autoridades no era una omisión legislativa.

En el presente caso, la Primera Sala consideró que la persona moral o jurídica denominada Artículo 19 acreditó tener un especial interés en la defensa y promoción de la libertad de expresión, al tiempo que la omisión legislativa que reclamó afectaba su capacidad de cumplir con el objeto para el que fue constituida, de tal manera que la eventual emisión de la legislación omitida le reportaría un beneficio determinado, actual y cierto: estar en la posibilidad de cumplir de manera cabal con el objeto social para el que dicha asociación fue constituida.

2. La procedencia del amparo contra omisiones legislativas pese a sus efectos *erga omnes*

La Primera Sala consideró que cuando exista un mandato constitucional dirigido al Poder Legislativo en el que se le imponga claramente el deber de legislar o de hacerlo en algún sentido específico, los tribunales de amparo tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de la Constitución. Por el contrario, sostener la improcedencia del juicio de amparo contra omisiones legislativas cuando se alega que vulneran derechos fundamentales implicaría desconocer la fuerza normativa de la Constitución General.

Lo anterior, sostuvo, no implicaba desconocer el principio de relatividad de las sentencias, ya que el mismo debía ser reinterpretado a la luz del nuevo marco constitucional con la finalidad de que dicho mecanismo procesal pueda cumplir con la función constitucional que le está encomendada: la protección de todos los derechos fundamentales de las personas.

En este orden de ideas, la Primera Sala sostuvo que el principio de relatividad ordena a los tribunales de amparo estudiar únicamente los argumentos de las partes —supliéndolos si así procediera— y, en su caso, conceder el amparo sólo para el efecto de que se restituyan los derechos violados de los quejosos, sin que sea relevante para efectos de la procedencia del juicio el hecho de que una sentencia estimatoria eventualmente pudiera traducirse también en alguna ventaja o beneficio para personas que no fueron parte del litigio constitucional.

Si bien los jueces de amparo no pueden ordenar directamente en sus sentencias la protección de los derechos de personas que no hayan acudido al juicio de amparo, determinó que resultaba perfectamente admisible que, al proteger a los quejosos, indirectamente y de manera eventual, se beneficiara a terceros ajenos a la controversia constitucional.

En este sentido, concluyó que cuando en la demanda de amparo indirecto se señala como acto reclamado una omisión legislativa absoluta no se actualiza ninguna causal de improcedencia que suponga una vulneración al principio de relatividad, siendo que en el caso resultaba procedente el amparo promovido por Artículo 19.

3. La violación del legislador ordinario al derecho de libertad de expresión

Partiendo de la existencia de una omisión legislativa, es decir, que el legislador ordinario omitió regular una determinada cuestión existiendo una norma constitucional que de manera clara y precisa lo obliga a hacerlo, la Primera Sala determinó que la omisión de expedir la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución violó el derecho de Artículo 19 a la libertad de expresión, de prensa y de información, ya que la ausencia de dicho marco normativo permitía un uso arbitrario y discrecional de la repartición de la publicidad oficial y generaba censura a los medios de comunicación y periodistas críticos.

Para llegar a esa conclusión, la Primera Sala destacó la importancia de la libertad de expresión y del papel de los medios de comunicación en una sociedad democrática, partiendo de diversos precedentes de la Suprema Corte, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de tribunales constitucionales y de la doctrina especializada.

Al respecto, concluyó que la dimensión colectiva de la libertad de expresión contribuye a la conformación de una ciudadanía informada y crítica, condición indispensable para el adecuado funcionamiento de una democracia representativa como la mexicana.

Asimismo, determinó que uno de los elementos de la dimensión colectiva de la libertad de expresión era la existencia de medios de comunicación profesionales e independientes, los cuales tenían un papel clave

para el adecuado funcionamiento de una democracia, toda vez que permiten a los ciudadanos recibir información y conocer opiniones de todo tipo al ser precisamente el vehículo para expresar ideas sobre asuntos de interés público y difundirlas entre la sociedad.

Una vez destacada la importancia de la libertad de expresión y del papel de los medios de comunicación en una sociedad democrática, la Primera Sala concluyó que la ausencia de reglas claras y transparentes sobre la asignación del gasto de comunicación social —como resultado de la omisión legislativa que reclamó Artículo 19— daba lugar a un estado de cosas inconstitucional que vulnera la libertad de expresión en su dimensión colectiva y también se traduce en una clara afectación a la dimensión individual de la libertad de expresión de la quejosa.

Para la Primera Sala, la ausencia de la regulación en cuestión propicia un ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social, lo cual constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, claramente proscrito por la Constitución General tanto por normas de fuente nacional como internacional, ya que propicia que la política de gasto en comunicación social canalice los recursos fiscales hacia medios afines a las posiciones del gobierno y niegue el acceso a esos recursos —o simplemente se amenace con restringirlo— a los medios de comunicación que son críticos con las políticas gubernamentales.

En esta línea, estimó que, al restringir la omisión legislativa de manera indirecta a la libertad de expresión, ello traía consigo un "efecto silenciador" de los medios de comunicación críticos, en la medida en que a través de la asfixia financiera se prescinde de puntos de vista que enriquecen el debate robusto que debe existir en una democracia sobre asuntos de interés público.

Estimó que el estado de cosas inconstitucional derivado de la omisión legislativa también tenía un *efecto disuasivo* en el ejercicio de la libertad

de expresión de los medios de comunicación en general, toda vez que las afectaciones financieras que sufren los medios críticos pueden llevar a los demás a adoptar *posiciones deferentes* con el gobierno con la finalidad de no perder los recursos asignados a la difusión de publicidad oficial.

En virtud de lo anterior, la Primera Sala concluyó que la omisión del Congreso de la Unión de emitir la ley que ordena el artículo tercero transitorio del decreto de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 provocaba que cualquier gasto que se hiciera en esta materia sea potencialmente arbitrario, puesto que no sería evidente que cumpla con los principios que deben disciplinar el gasto en comunicación social, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución. Asimismo, estimó que dicha omisión daba lugar a un estado de cosas inconstitucional que vulnera la libertad de expresión en su dimensión colectiva y también se traducía en una clara afectación a la dimensión individual de la libertad de expresión de Artículo 19.

IV. Los votos de la Ministra y los Ministros

1. Voto del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo

El Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo emitió un voto particular al estar en contra de consideraciones del proyecto, así como del sentido de éste, por lo siguiente:

- Consideró que en el caso no se logró desvirtuar la causal de improcedencia invocada respecto al interés legítimo con el que acudió la parte quejosa, y que se debió sobreseer en el juicio de amparo, al no cumplirse con los requisitos para considerar que una persona jurídica como lo es la parte quejosa pudiera acudir al juicio de amparo.

- Conforme a lo resuelto en la contradicción de tesis 111/2013 del Pleno donde dio origen a la jurisprudencia P/J. 50/2014 (10a.)³ y conforme a lo que prevé la Constitución Federal, el amparo tiene la posibilidad de remediar las afectaciones a la Constitución y a los derechos humanos que se resientan en una esfera jurídica determinada, por lo que las violaciones o transgresiones a la Constitución que no produzcan esa afectación deben ser combatidas en distintos mecanismos de control constitucional.
- En el caso: i) la quejosa no demostró la condición diferenciada que existe frente al resto de la sociedad, ni la afectación diferenciada que justifique acudir al juicio de amparo a reclamar la omisión de emitir una ley, porque aquella es una sociedad civil que tiene un objeto social que es la protección de la libertad de expresión; ii) el beneficio de la concesión de amparo no se actualizaría en la esfera jurídica de la quejosa, sino para toda la sociedad. En el proyecto no se puntualizaron ni especificaron las consecuencias diferenciadas que se generarían en la esfera de la parte agraviada a partir de la concesión de amparo, pues para determinar si existe un interés cualificado, se debió estudiar si el amparo podría generar un efecto positivo en dicha esfera. Pues el efecto de la concesión de amparo es que el Poder Legislativo emita la ley correspondiente, dicho acto no incide en la esfera de la quejosa, ni acarrear un beneficio específico sino, por el contrario, sería un beneficio a todos los sujetos, por lo que no se puede considerar que la asociación acude con interés legítimo.

³ INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Jurisprudencia. Tesis: P/J. 50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, pág. 60. Registro digital 2007921.

2. Voto del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

El Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena emitió voto concurrente, pues a pesar de que coincidió con la mayoría en el sentido del asunto, disintió de la interpretación del principio de relatividad de las sentencia de amparo que se propuso, por lo siguiente:

- De ser cierto que la afectación que actualiza el interés legítimo en el presente caso es aquel que se materializa en un daño a la libertad de expresión —la calidad del debate público por la forma en que actualmente se ejerce el gasto público en propaganda oficial— se debió reconocer que ello encontraba su causa en las reglas o criterios utilizados actualmente para ejercer el gasto en dicho rubro, mas no en la omisión legislativa atribuida al Congreso de la Unión. Dicha omisión es una de las razones de la afectación, pero no es la causa directa y ello debe ser insuficiente para revocar el sobreseimiento impugnado.
- El interés legítimo no se debe hacer descansar en la eventual afectación que se generaría por la distribución de recursos en la compra de propaganda oficial para la calidad del debate democrático —protegido por la libertad de expresión—; sino, por el contrario, la afectación que actualiza el interés legítimo en el presente caso es la que se genera por la omisión del legislador en materializar los principios materiales previstos en el artículo 134 constitucional.
- Consideró que debía precisarse que la quejosa debió identificarse como un tercero a la omisión legislativa impugnada, pues al versar sobre gasto público en propaganda oficial del Estado, el promovente no afirmó ser un sujeto a regularse con la eventual ley reglamentaria, ya que no se dedica a la venta de espacios de propaganda, sino que acude como un eventual espectador o destinatario de la comunicación social del Estado.

- Como tercero a la omisión legislativa, debe acreditar una afectación cualificada respecto al resto de la población, pues de lo contrario sólo sería portador de un interés simple.⁴ Sin embargo, dicha afectación se encuentra en la falta de reglamentación de los principios materiales de los contenidos de la comunicación social que deben desarrollar los poderes públicos, de los cuales el quejoso puede alegar ubicarse en una especial situación por sus actividades y objeto social.
- Estimó relevantes ciertas consideraciones de algunos precedentes como el de la acción de inconstitucionalidad 163/2007 donde se estableció que los principios del artículo 134 constitucional no sólo son principio de política pública sino criterios de validez de los actos y normas jurídicas. Al resolverse el amparo en revisión 192/2014, se estableció que dichos principios pueden invocarse en amparo no sólo cuando se impugnen las reglas de contratación pública, sino respecto de todas aquellas reglas que las tomen como base, como es el derecho administrativo sancionador. Por lo que en el caso, la quejosa pudo afirmar que existía una afectación inminente a los principios materiales del referido artículo, especialmente los relativos a que la comunidad social del Estado debe ser "institucional y con fines informativos, educativos, o de orientación social" y de acuerdo con el tercero transitorio, una afectación al mandato de que el gasto respectivo debe ser a conforme los criterios de "eficacia, eficacia, economía, transparencia y honradez".
- En el amparo en revisión 578/2015, se determinó que el legislador tiene competencia para regular el contenido de los mensajes

⁴ "INTERÉS LEGÍTIMO. NO SE ACTUALIZA CUANDO LA AFECTACIÓN ALEGADA, DE RESULTAR EXISTENTE, SE EXTIENDA A LA POBLACIÓN EN GENERAL" Primera Sala de la SCJN, Tesis: 1a. CLXXXIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, pág. 448, Registro digital 2009201.

emitidos por los medios de comunicación, y que dichas leyes deben respetar mandatos constitucionales, sobre todo, cuando tengan impacto en la calidad de la deliberación pública. Los artículos 6a., 7o. y 28 constitucionales establecen ciertos principios educativos o culturales a los cuales la población tiene derecho cuando se ubica como consumidor de los contenidos de los medios de comunicación. Es un tipo de afectación análogo al referido que el quejoso puede afirmar resentir como tercero a la omisión legislativa reclamada.

- Conforme a lo anterior, es claro que la propaganda del Estado debe cumplir con los principios materiales referidos en el artículo 134 constitucional y sus transitorios y que la omisión en la emisión de una ley reglamentaria sí genera la consecuencia de que no se tengan parámetros al respecto, lo que de manera inminente —y no conjetural— genera una afectación en todo el auditorio, pues no cuenta con una comunicación social "institucional", al no existir una ley aplicable a los tres niveles de gobierno, ni está garantizado que esa comunicación social tenga fines informativos, educativos o de orientación social".
- Para la mayoría de los integrantes de la Primera Sala la afectación cualificada del quejoso se comprueba por una consecuencia mediata, a saber, la falta de una ley podría generar una distribución parcial de los recursos destinados a la compra de propaganda oficial; en cambio, el tratamiento que propongo hace descansar la afectación jurídicamente relevante en una consecuencia inmediata de la omisión legislativa: la afectación a los principios del 134, pues para que la comunicación social del Estado sea institucional y tenga fines educativos o de comunicación social, es necesaria una ley que determine los umbrales de exigencia constitucional mínimos contra los cuales podamos contratar la calidad de los mensajes del Estado. Para determinar que algunos medios de comunicación están siendo silenciados en el debate público no

sólo es necesario verificar una omisión legislativa, ni siquiera es suficiente analizar los criterios de ejercicio de gasto público, sino que es indispensable constatar sus efectos empíricos en la calidad del debate público, lo cual no es posible medir en este caso. Sin embargo, ello no es necesario, la omisión legislativa genera una afectación de comprobación inmediata que hace innecesario confiar en las predicciones de la ejecutoria aprobada en la sesión de hoy.

- Respecto de los efectos, estimó que era necesario precisar su alcance ya que en la presente ejecutoria no puede interpretarse en el sentido de vincular al legislador a acreditar en la etapa de ejecución de sentencia un resultado absoluto —que no se puede garantizar si es que el proceso deliberativo-democrático se llevaría en condiciones ideales—, a saber, que para el 30 de abril de 2018 se encuentre emitida la referida legislación. En la demanda de amparo, la quejosa argumenta que el efecto de una eventual concesión de amparo debería ser obligar al Congreso a iniciar el proceso legislativo, afirmando que su pretensión es que no se paralice. Desde mi perspectiva, los efectos de la sentencia deben basarse en esta premisa.
- Consideró que la Sala puede ser más nítida en que la fijación de un plazo fatal para el cumplimiento de la sentencia es exigible *prima facie*, pues lo relevante es obligar al Congreso a proseguir el procedimiento legislativo de inmediato, garantizando la tramitación de las diversas etapas del artículo 72 constitucional, sin embargo, llegado el plazo determinado en la sentencia el Congreso puede acreditar que dicho plazo no es posible satisfacerlo por una causa justificada. Lo que importa es que la ley reglamentaria que se emita en cumplimiento de esta sentencia y colme la omisión legislativa satisfaga los estándares de calidad democrática previstos en el artículo 72 de la Constitución.

3. Voto de la Ministra Norma Lucía Piña Hernández

La Ministra Norma Lucía Piña Hernández emitió un voto concurrente en el que estimó que debía interpretarse de otra forma el principio de relatividad de las sentencias de amparo conforme a los siguientes razonamientos:

- Concluye que el principio de relatividad de las sentencias de amparo no resulta aplicable a las omisiones legislativas absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, es decir, en casos, como el presente, en que la Constitución impone al legislador ordinario el deber de legislar sobre determinada materia y en determinado plazo, y éste omite absolutamente cumplir con su deber.
- Para llegar a dicha conclusión, parte de advertir que cualquier reinterpretación del principio de relatividad no debe privarlo de contenido, pues ello implicaría, *de facto*, ignorar una norma constitucional central en el diseño del juicio de amparo y los jueces, como el resto de los poderes, están sometidos al imperio de la Constitución General.
- Sin embargo, debe considerarse que el juicio de amparo no es sino un mecanismo de garantía jurisdiccional de los derechos humanos, esto es, se trata de un instrumento cuya finalidad es la tutela de esos derechos, de los intereses legítimos de las personas, y de la supremacía constitucional. Y dado este carácter instrumental, el juicio de amparo es valioso si —y sólo en la medida en que— sirva a ese objetivo.
- Estima que hay razones constitucionales para reinterpretar el principio de relatividad, consistentes fundamentalmente en darle un alcance congruente con la reciente transformación de nuestro sistema jurídico al deber de todas las autoridades de respetar, pro-

mover, proteger y garantizar derechos humanos, y el de interpretar las normas relativas de manera más favorable a éstos.

- Considera que no se viola el principio de relatividad en estos casos, porque los efectos del amparo no implican "abolir" ley alguna ni privar de eficacia general a la acción del legislador, y en esta medida, se respeta el objetivo principal que motivó la consagración de este principio. Además, se logra dotar de eficacia a la acción del Constituyente, es decir, hacer eficaces las normas de la propia Constitución, la Ley Suprema, frente a la omisión del legislador ordinario, autoridad que está sometida, como todas las demás, al imperio de la Constitución. En este sentido, lejos de violarse el contenido del principio de relatividad, al concederse el amparo en contra de este tipo de omisiones legislativas, se da plenitud a una de las finalidades del juicio de amparo: preservar la supremacía y eficacia de las normas constitucionales frente a la actividad irregular de los poderes constituidos.
- Considera que tampoco se viola el principio de división de poderes si se tienen en cuenta estas premisas: todos los poderes constituidos están sometidos a la Constitución, incluido, por supuesto, el legislador ordinario. A éste le corresponde legislar conforme a la Constitución, y al Judicial, hacer cumplir la Norma Suprema frente al actuar irregular de cualquiera de los poderes constituidos, incluido el legislador ordinario. Entonces, si es la propia Constitución la que obliga al Poder Legislativo a ejercer su competencia en determinado caso, éste no tiene discreción ni libertad alguna para omitir cumplir con su deber. Y la función del Poder Judicial en estos casos es, precisamente, preservar la supremacía de la Constitución frente a la actuación irregular del legislador ordinario cuando omite absolutamente acatar esa norma constitucional. Sin que esto implique, por lo demás, que el Poder

Judicial pueda substituir la facultad del Legislativo para determinar el contenido de la ley que está obligado a expedir.

- Lo anterior se robustece si se tiene en cuenta que el Constituyente previó la procedencia del amparo, por primera vez, en contra de omisiones de autoridades que violen derechos humanos mediante las reformas constitucionales de 2011. En este sentido, debe entenderse que la intención del legislador al incluir la procedencia en contra de omisiones, era incluir —al menos— las omisiones legislativas absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, máxime que no previó expresamente que el amparo fuera improcedente en contra de éstas.
- Estimó que la intención del Constituyente al introducir la procedencia del juicio de amparo, expresamente, en contra de omisiones, era la de incluir a las omisiones legislativas, pues, por ejemplo, en relación con los derechos sociales, una de las formas más comunes de violación de estos derechos humanos radica en concebirlos como normas programáticas y, por ende, en que el Estado omita desplegar las garantías necesarias para implementar estos derechos, y la primera garantía que es necesario disponer para tutelar cualquier derecho humano, es precisamente la emisión de legislación secundaria que provea las herramientas necesarias para su protección.
- Finalmente, estima que extender la aplicación del principio de relatividad a un supuesto que no está previsto, expresamente, por el legislador, tendría como efectos restringir injustificadamente el acceso a la justicia y dejar de tutelar los derechos humanos y la supremacía constitucional, por lo que no parece haber razones de peso que avalen la opción por la improcedencia del juicio de amparo, para reclamar omisiones legislativas absolutas, en competencias de ejercicio obligatorio.

4. Voto del Ministro José Ramón Cossío Díaz

Finalmente, el Ministro José Ramón Cossío Díaz también emitió un voto concurrente en el que sostuvo diversas consideraciones respecto al interés legítimo de Artículo 19:

- Concluyó que en el caso la persona moral quejosa acreditó tener un interés legítimo para acudir al juicio de amparo y reclamar la omisión legislativa; sin embargo, en la sentencia debió desarrollarse y acreditarse el daño calificado y actual generado con motivo de dicho acto en su calidad de tercera a la omisión.
- Partió de las condiciones particulares del interés legítimo, las cuales son las siguientes: a) es un interés personal —individual o colectivo—, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante; b) el interés deberá estar garantizado por un derecho objetivo, sin que dé lugar a un derecho subjetivo; c) la parte agraviada debe alegar una violación a los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica; y d) se traduce en un beneficio jurídico si se le llegara a conceder el amparo a la parte quejosa.
- Asimismo, sostuvo que para que exista un interés legítimo, se requiere la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica —no exclusivamente en una cuestión patrimonial—, apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida, ante lo cual, una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse.
- Conforme a lo anterior, consideró que los argumentos de la sentencia no demostraron una afectación actual y calificada derivada

de la omisión legislativa, sino un daño conjetural e hipotético, en virtud de que la afectación descrita es una consecuencia que deriva de las normas actualmente aplicables en materia de gasto oficial y no así de la omisión reclamada.

- Estimó que para acreditarse la afectación actual debían medirse los efectos en su aplicación y constatar sus consecuencias en las condiciones de crítica a la forma en que se ejerce el poder público. De ahí que el interés legítimo debió justificarse en razón de la afectación que la omisión generaba en los contenidos actuales de la comunicación social.
- Por tal motivo, la afectación cualificada de la quejosa respecto al resto de la población encontraba su razón en la falta de reglamentación de los principios materiales de los contenidos de la comunicación social, de los cuales la recurrente podía alegar ubicarse en una especial situación por sus actividades y objeto social.
- Podía constatar que existía, en perjuicio de la quejosa, una afectación inminente a los principios materiales del artículo 134 de la Constitución Federal; esto en cuanto dicho precepto establece que la comunicación social del Estado debe ser institucional y con fines informativos, educativos o de orientación social; y de conformidad con el artículo tercero transitorio, el gasto debe ser conforme a los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez.
- Concluyó que la persona moral quejosa guarda una posición especial frente al ordenamiento, pues además de ser un potencial integrante del auditorio de los medios de comunicación, su objeto social la habilitaba para promover y realizar acciones en favor de las condiciones del ejercicio de la libertad de expresión, lo cual incluye que los medios de comunicación emitan contenidos de conformidad con los principios constitucionales, aspecto que no sucede con la omisión legislativa.

V. Análisis de la sentencia

1. Sobre el interés legítimo de personas morales para tutelar la libertad de expresión

La sentencia en estudio es parte de una secuencia de sentencias pioneras en el debate respecto de la interpretación amplia del interés legítimo,⁵ así como de las personas morales para acudir al amparo por alegadas violaciones a los derechos humanos,⁶ pero particularmente sobre la materia de estudio, esta sentencia abre la puerta a la posibilidad de que una organización no gubernamental (ONG), con base en su objeto social, utilice el amparo para reclamar omisiones legislativas en beneficio de la protección de un derecho humano; en este caso el de la libertad de expresión y su componente respectivo con el acceso a la información.

De esta forma es que la sentencia, de manera oficiosa como una cuestión de orden público, entró al análisis de esta cuestión con base en diversos precedentes,⁷ y determinó que la ONG acreditó tener un especial interés en la defensa y promoción de la libertad de expresión, al tiempo

⁵ La Sala acudió a los precedentes más relevantes: Amparo en Revisión 366/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 5 de septiembre de 2012, la Contradicción de Tesis 111/2013, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 5 de junio de 2014, el Amparo en Revisión 152/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de abril de 2014, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 216/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 5 de noviembre de 2014, Amparo en Revisión 323/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 11 de marzo de 2015 y el Amparo en Revisión 566/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 15 de febrero de 2017.

⁶ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 323/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 11 de marzo de 2015.

⁷ La Corte ha entendido que para que exista interés legítimo se requiere: (i) que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo; (ii) que el acto reclamado produzca una afectación en la esfera jurídica entendida en sentido amplio, ya sea directa o indirecta por la situación especial del reclamante frente al ordenamiento; (iii) la existencia de un vínculo entre una persona y la pretensión, de tal forma que la anulación del acto produzca un beneficio actual o futuro pero cierto; (iv) que la afectación sea apreciada bajo un parámetro de razonabilidad; y (v) que dicho interés resulte armónico con la dinámica y los alcances del juicio de amparo.

que la omisión que reclama afecta su capacidad de cumplir con el objeto para el que fue constituida. De tal manera que la eventual emisión de la legislación omitida le reportaría un beneficio determinado, actual y cierto para la quejosa: estar en la posibilidad de cumplir de manera cabal con el objeto social para el que la asociación fue constituida.

Como previamente se expuso, de los votos de los Ministros (*supra*) se desprende que tres de ellos se refirieron puntualmente sobre este tema y su visión en la aplicación de los estándares requeridos para demostrar un interés legítimo en el caso concreto. Los Ministros Gutiérrez y Cossío en concurrencia plantearon un análisis distinto, así como la necesidad de acreditar una afectación calificada de la ONG respecto del resto de la población y sus matices diferenciados de análisis. Mientras que el Ministro Pardo votó en contra de este punto, al considerar que en el caso no se actualiza el interés calificado requerido y que la emisión de la ley correspondiente no acarrea un beneficio específico para la ONG sino para la sociedad. Lo anterior evidencia el debate abierto sobre este tópico.

Sin embargo, resulta relevante que el criterio adoptado en esta sentencia ha sido retomado por la SCJN para la eventual protección por parte de algunas ONG respecto de otros derechos, como pudiera ser al medio ambiente sano o derechos sociales, entre otros, como vía para la tutela de derechos colectivos.⁸

En la materia que nos ocupa, con esta sentencia se da un reconocimiento del impacto colectivo que tiene el ejercicio de la libertad de expresión, y con ello cómo su protección, aunque pareciera abstracta, la pueden en-

⁸ Véase Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018; Amparo en Revisión 610/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 15 de enero de 2020; Amparo en Revisión 641/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 18 de octubre de 2017; Amparo en Revisión 659/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, 14 de marzo de 2018.

cabezar organizaciones de la sociedad civil organizada, cuyo objeto social se relacione con la materia, como aconteció en el presente caso, con la ONG Artículo 19, como promotora y protectora de la libertad de expresión en México.

Atendiendo a este precedente, se desprende que también otros temas de la agenda pública nacional relacionados con la libertad de expresión podrían ser materia de reclamo vía amparo por la sociedad civil, así como de eventual escrutinio por la SCJN.

2. Restricciones indirectas al derecho de libertad de expresión con motivo de la falta de regulación de la publicidad oficial

La sentencia en estudio destaca principalmente por los aspectos técnicos procesales y que se evidencia controvertidos por la propia discusión de los Ministros y Ministras, respecto del interés legítimo, el tratamiento frente a una omisión legislativa de carácter absoluto y los efectos generales en la relatividad de la sentencia. Sin embargo, el tema de fondo fue a fin de cuentas el derecho a la libertad de expresión con motivo de si la omisión legislativa de reglamentar la publicidad oficial constituía un mecanismo de restricción indirecta a este derecho.

Frente a ello, la sentencia recoge diversos estándares nacionales e internacionales para fijar el parámetro de regularidad constitucional sobre libertad de expresión en una sociedad democrática y destacando el papel de los medios de comunicación como actores fundamentales para un pleno ejercicio de la libertad de expresión.

Sobre este particular, si bien la sentencia parte del marco conceptual previamente desarrollado por esta SCJN y el Tribunal Interamericano, principalmente sobre la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión y la relevancia de los medios de comunicación, resulta novedoso el análisis que se aborda respecto de la publicidad oficial como un mecanismo de restricción indirecta.

Para arribar a ello, la sentencia afirma que efectivamente la ausencia de reglas claras y transparentes sobre la asignación del gasto de comunicación social —como resultado de la omisión legislativa que reclama la quejosa— da lugar a un estado de cosas inconstitucional que vulnera la libertad de expresión en su dimensión colectiva y también se traduce en una clara afectación a la dimensión individual de la libertad de expresión de la quejosa. Por lo que la ausencia de la regulación en cuestión propicia un ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social, lo cual constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, claramente proscrito por la Constitución, lo cual vulnera los artículos 7o. constitucional y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Arribar a dicha conclusión representa un ejercicio argumentativo sofisticado, ya que evidenciar una restricción indirecta no es del todo sencillo ni evidente como sería tratándose de una restricción directa. No obstante, la sentencia articula una serie de elementos como que: i) la falta de regulación propicia el ejercicio arbitrario del presupuesto; ii) ello propicia que el gasto en comunicación se destine a medios afines al gobierno y se pueda restringir a medios críticos; iii) lo cual deriva en un efecto disuasorio para la crítica, y iv) califica ello como un "estado de cosas inconstitucionales" que vulnera la libertad de expresión en su dimensión colectiva e individual.

Al respecto, consideramos que para arribar a cada una de estas premisas o afirmaciones la sentencia debió contar con mayores fundamentos o soportes contextuales y técnicos, lo que podrían haber robustecido la argumentación de cada premisa y su articulación para demostrar lo que denomina como un estado de cosas inconstitucionales, lo cual pareciera que no queda del todo claro el alcance de dicho estado en la sentencia.

Otro aspecto relevante por desarrollar pudo ser la realización de una interpretación más detallada y sofisticada del parámetro de regularidad constitucional pero no sólo en materia de libertad de expresión en lo

general como sí se realizó, sino particularmente sobre las restricciones indirectas a la misma, partiendo del estándar convencional. Así el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra lo siguiente:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

[...]

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.⁹

Si bien en la sentencia se arriba a la conclusión de que se violó esta disposición, la cual es muy similar a lo dispuesto en el artículo 7 constitucional,¹⁰ no se hace una explicación expresa de cómo esta disposición es aplicable al supuesto de análisis ni cómo derivado de la subsunción del estándar se viola al caso en concreto.

Frente a ello, estimamos que resulta necesario que en la aplicación de parámetros internacionales no sólo se citen los artículos sino que de existir interpretación expresa sobre la cláusula ya interpretada por el último máximo del tratado, como resulta sobre el artículo 13.3 conven-

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969. San José, Costa Rica. Artículo 13.3.

¹⁰ "Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 60. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito."

cional, se realice un análisis consensuado de su aplicación, pues finalmente las interpretaciones del Máximo Tribunal del país resultan parte esencial del control de convencionalidad aplicable a esta materia.

Sobre el sentido y alcance de las restricciones indirectas en interpretación del artículo 13.3 de la CADH la Corte IDH se ha pronunciado en los casos: *Ríos y otros vs. Venezuela* (párrs. 340); *Opinión Consultiva OC-5/85* (párr. 48); *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* (párr. 156 a 164); *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* (párr. 94); *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela* (párrs. 161 a 199). De este último caso, resultan de gran relevancia los siguientes estándares por considerar:

1.1. Restricciones indirectas – alcances del artículo 13.3 de la Convención

161. En el presente caso se ha argumentado que se estaría frente a una posible restricción indirecta al derecho a la libertad de expresión, razón por la cual la Corte resalta que el artículo 13.3 de la Convención hace referencia expresa a tal situación al señalar que "[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". Este Tribunal considera que el alcance del artículo 13.3 de la Convención debe ser el resultado de una lectura conjunta con el artículo 13.1 de la Convención, en el sentido que una interpretación amplia de esta norma permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de "vías o medios indirectos" para restringirlas.¹¹

¹¹ En similar sentido, el artículo 5 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión establece que "[l]a censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito,

162. Al respecto, la Corte señala que lo que busca este inciso es ejemplificar formas más sutiles de restricción al derecho a la libertad de expresión por parte de autoridades estatales o particulares. En efecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de declarar en casos anteriores la restricción indirecta producida, por ejemplo, mediante una decisión que dejó "sin efecto legal el título de nacionalidad" del accionista mayoritario de un canal de televisión¹² o por "el proceso penal, la consecuente condena impuesta [...] durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años" en contra de un candidato presidencial.¹³

163. Por otra parte, la enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa ni impide considerar "cualesquiera otros medios" o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías.¹⁴ En este sentido, el artículo 13 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión indica otros ejemplos

artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión".

¹² Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001", Serie C No. 74. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf», párr. 162. Este caso se relacionó con la privación arbitraria del título de nacionalidad por parte del Estado peruano al señor Ivcher Bronstein, con el objeto de privarlo del control editorial del canal de televisión que dirigía, por cuanto la legislación peruana vigente en el año de 1997 disponía que, para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos en el Perú, se requería gozar de la nacionalidad peruana.

¹³ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004", Serie C No. 111, Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf», párr. 107. Los hechos en este caso se relacionan con la condena y las restricciones para salir del país, impuestas al Ingeniero Ricardo Canese como consecuencia de manifestaciones hechas mientras era candidato presidencial. Producto del proceso penal en su contra, el señor Canese fue sometido a una restricción permanente para salir del país que no observó los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática.

¹⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009", Serie C No. 194. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf», párr. 340, y Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009", Serie C No. 195. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf», párr. 367.

de medios o vías indirectas, al manifestar que "[l]a utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión".¹⁵ Igualmente, el perito García Belaunde durante la audiencia pública hizo referencia a otras posibles formas de restricción indirecta relacionadas con: i) "la publicidad, [ya que] los Estados son importantes agentes de publicidad y [...] dar mucha publicidad o quitarla puede ser importante y, dado el caso, puede haber una especie de asfixia para los medios que básicamente viven de la publicidad", o ii) "la tributación [cuando se dan] casos [en] que [las] empresas [...] han sido cargadas tributariamente" con el fin de generar molestias o enviar mensajes al medio de comunicación.

164. Asimismo, la Corte recuerda que para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinjan efectivamente, en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.¹⁶ Además, la Corte reitera que el artículo 13.3 de la Convención impone al Estado obligaciones de garantía, aun en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales

¹⁵ Artículo 13 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

¹⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009", Serie C No. 194. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf», párr. 340, y Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009", Serie C No. 195. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf», párr. 367.

indirectas, sino también controles particulares que produzcan el mismo resultado.¹⁷ Al respecto, la Corte resalta que la restricción indirecta puede llegar a generar un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad.¹⁸

Asimismo, sobre el tema concreto de publicidad oficial, existen al menos tres informes relevantes emitidos por la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión IDH; a saber: 1) *Violaciones Indirectas a la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial, del año 2003*; 2) *Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, emitido en el año 2010*, y 3) *Principios sobre la regulación de la publicidad gubernamental y la libertad de expresión, del año 2012*.

En general, en dichos principios se destaca la necesidad de adoptar normas legales específicas sobre la publicidad para prevenir el uso arbitrario de fondos públicos, las cuales deben ser sencillas e inclusivas. Asimismo, señalan que el establecimiento de normas específicas, claras y precisas es esencial para evitar el abuso y el gasto excesivo.

Si bien la sentencia se basó en mayor medida en el informe anual de 2003 de dicha Relatoría sobre Libertad de Expresión, los informes especializados antes señalados no fueron recogidos en el parámetro de regu-

¹⁷ Cfr. Corte IDH, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas", Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Disponible en: «<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showDocument.asp?DocumentID=26>», párr. 48, y Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009", Serie C No. 195. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf», párr. 367.

¹⁸ Mutatis mutandi, Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004", Serie C No. 107. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf», párr. 133, y Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014", Serie C No. 279. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf», párr. 376.

laridad que establece la sentencia en estudio, lo cual estimamos debe ser tomado en cuenta cuando se analice la temática específica en la debida adopción de la normativa en estudio.¹⁹

Un punto final de este apartado de la sentencia fue el aclarar que no es que los medios de comunicación tengan un "derecho" a que se les asigne recursos estatales por difundir publicidad oficial, lo cual no se desprende de ninguna disposición, sino que "[l]o que la Constitución exige es, por un lado, que el ejercicio del gasto en comunicación social del gobierno atienda a los principios previstos en el artículo 134 constitucional y, por otro lado, que la libertad de expresión no sea afectada por la ausencia de reglas claras sobre ese tipo de gasto".

Dicha aclaración resulta importante a la luz de la interpretación del alcance de la libertad de expresión, no obstante, consideramos que pudo haber sido objeto de mayor desarrollo, principalmente como punto de partida en la correspondiente interpretación sobre la publicidad oficial, y no sólo como un párrafo de advertencia marginal final.

En razón de lo anterior, en tratándose de la libertad de expresión la sentencia es precisa en recoger con claridad los principales estándares sobre la materia. Asimismo, la metodología y apartados de análisis resultan adecuados. No obstante, estimamos que la interpretación que se dio a dos puntos de análisis se puede complementar de manera más actualizada y precisa el parámetro de regularidad constitucional correspondiente a: lo que corresponde a restricciones indirectas a la libertad de expresión y estándares interamericanos sobre publicidad oficial.

Finalmente, respecto de la articulación de los elementos en análisis, pareciera que también queda un tanto ambiguo el concepto de "estado de

¹⁹ Asimismo, advertimos que posteriormente a la emisión de la sentencia los relatores de la ONU y la CIDH sobre libertad de expresión emitieron un informe sobre México, a raíz de su visita conjunta a México en 2017.

cosas inconstitucionales", proveniente de la doctrina y jurisprudencia colombiana y peruana (Velázquez Gómez y Archundia Sierra. 2019) (Tole Martínez, J. 2006, pp. 254-312) (Mendoza Martelo, G. E. 2012, pp. 426-427)²⁰ a fin de definir cómo en nuestro derecho mexicano puede ser éste interpretado, su alcance y consecuencias.

3. La necesidad de regular el gasto público en comunicación social y la emisión de la Ley General de Comunicación Social en cumplimiento de lo ordenado por la SCJN

En este apartado se expondrá por qué era relevante concluir en la sentencia que la omisión de regular los principios y reglas contenidas en el párrafo octavo del artículo 134 constitucional conforme a lo ordenado por el Poder Constituyente afectaba la esfera jurídica de Artículo 19. Para ello, se expondrá cómo se reformó dicho precepto constitucional en el tiempo, se analizará el contenido del mismo y se resaltarán la importancia de que fuera regulado por el legislador ordinario. Asimismo, se describirá cómo las autoridades fueron colmando esas lagunas legislativas a lo largo del tiempo hasta la emisión de la Ley General de Comunicación Social en cumplimiento de lo ordenado por la SCJN y cómo dicha legislación presenta diversos problemas que deberán ser atendidos por el Alto Tribunal cuando resuelva las acciones de inconstitucionalidad que se encuentra pendientes de resolución.

A. La introducción del párrafo octavo del artículo 134 constitucional

Como se desprende de la sentencia, el artículo 134 constitucional fue reformado por decreto del 10 de febrero de 2014 y su régimen transitorio obligó al legislador ordinario a reglamentar el párrafo octavo de dicho precepto como sigue:

²⁰ Sentencia de habeas data 2579/2003 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de Perú, con fecha de 6 de abril de 2004.

Artículo 134. [...]

[...]

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

[...]

Tercero. El Congreso de la Unión deberá expedir, durante el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura, la ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución, la que establecerá las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, y que garantizará que el gasto en comunicación social cumpla con *los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez*, así como que respete los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos (énfasis añadido).

Sin embargo, en la decisión de la SCJN no se hacen explícitas las reformas al artículo 134 constitucional ni cómo es que en un mismo precepto se combina la materia electoral con la relativa a la administración de los recursos públicos.

Como ilustra Roberto Martínez Espinosa, la reforma de 1982 al artículo 134 "añadió los principios de eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez en la administración de los recursos públicos e hizo

explícita la responsabilidad de los servidores públicos por incumplimiento, tanto de esos principios como de las reglas establecidas para la celebración de contratos y realización de adquisiciones gubernamentales" (Martínez Espinosa, R. 2014, p. 31).

Posteriormente, en la reforma constitucional de 2007, se introdujo el contenido del párrafo octavo del artículo 134 constitucional. Como señala Roberto Martínez Espinosa, dicha reforma implantó tres elementos:

El primero de ellos fue la inclusión de una modalidad específica del principio de imparcialidad, ya establecido en el tercer párrafo del texto derivado de la reforma de 1982, por la cual se obligaba no sólo a los gobiernos federal y del Distrito Federal, sino también a los de los estados y municipios, a aplicar con imparcialidad, en relación con los partidos políticos, los recursos cuya administración les correspondiese, con el propósito explícito de preservar la equidad en las contiendas electorales. El segundo fue el establecimiento de una serie de reglas para la propaganda gubernamental, *dirigidas a evitar su uso para beneficio personal de los servidores públicos*. El tercero fue delegar al legislador ordinario la atribución de establecer un régimen sancionador específico por la violación de estas normas en los estados (énfasis añadido) (Martínez Espinosa, R. 2014, p. 31).

Dicha inclusión al artículo 134 constitucional mezcla normas que regulan el gasto o la administración de los recursos públicos con la materia electoral. El párrafo octavo tutela fines diversos a los que tutela el resto del artículo 134, ya que lo que busca esencialmente es "impedir que los servidores públicos utilicen la propaganda gubernamental para desequilibrar en su favor la competencia electoral, y si bien es verdad que también se regula el uso de un recurso público como el tiempo en radio y televisión, esto es solamente de un modo indirecto" (Martínez Espinosa, R. 2014, p. 34). En este sentido, si la reforma de 2007 era inminentemente electoral, tal vez lo que debió hacer el Constituyente Permanente era incluir esos contenidos en el artículo 41 constitucional

y no en el artículo 134 cuyo objeto está más relacionado con preservar la integridad de la hacienda pública y con normar el uso de recursos públicos que con una finalidad específicamente electoral.²¹

Posteriormente, en la reforma de 2014 no se modificó el contenido del párrafo octavo del artículo 134 constitucional. Sin embargo, el decreto de reforma constitucional en materia político-electoral "actualizó" el mandato para emitir la ley reglamentaria, estableciendo como plazo límite "el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la LXII Legislatura", es decir, en abril de 2014, el cual evidentemente feneció.

Tuvieron que pasar 4 años más desde abril de 2014 para que el legislador ordinario emitiera una ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 constitucional: la Ley General de Comunicación Social publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 2018.

B. El contenido del párrafo octavo del artículo 134 constitucional

El párrafo octavo del artículo 134 constitucional tiene muchos conceptos jurídicos indeterminados que desde 2007 requerían ser precisados y acotados por el legislador ordinario, como lo es, por ejemplo, lo que significa el carácter "institucional" o los fines "educativos" o de "orientación social" de la propaganda de comunicación social o lo que significa la "promoción personalizada de cualquier servidor público".

Por otra parte, el artículo Tercero Transitorio ordenó al legislador ordinario que en la regulación del párrafo octavo del artículo 134 constitucional se garantice "que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así

²¹ Conforme a lo anterior, sostener que el amparo en revisión era improcedente por no tratarse de la materia electoral es muy discutible, ya que el uso indebido de la propaganda gubernamental no es exclusivo del ámbito electoral aunque pueda tener una gran incidencia en dicho ámbito.

como que respete los toques presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos", sin embargo, también ordena de manera genérica que se establezcan "las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno".

Como se observa, la omisión del legislador ordinario de regular el contenido del precepto constitucional no sólo debe centrarse en lo concerniente "a la falta de reglas claras y transparentes que establezcan los criterios con los cuales se asigna el gasto de comunicación social de las distintas instancias de gobierno", como lo sostuvo la SCJN en la sentencia de amparo, sino también en la falta de precisión de diversos conceptos jurídicos indeterminados que den certeza o seguridad jurídica a los auditorios sobre los umbrales de exigencia constitucional mínimos que deben tener los contenidos de la propaganda oficial; los alcances de las prohibiciones contenidas en dicho precepto constitucional, y de lo que pueda ser sancionable en caso de incumplimiento de dichas prohibiciones constitucionales.

Entre mayor sea la precisión de los conceptos normativos en dicho precepto por parte del legislador ordinario, menor el margen de discrecionalidad de las autoridades y de su posible actuación arbitraria o ilegal, no sólo en el gasto de comunicación social, sino en la calidad de los contenidos de dicha propaganda oficial, lo cual está íntimamente relacionado con la afectación al derecho de acceso a la información de la ciudadanía.

Como mencionan Ana Cristina Ruedas y Leopoldo Maldonado:

En México, la expectativa de los gobiernos que determinan a qué medio se le brinda dinero para comunicación social es que éstos hablen bien (asignación positiva) o, de plano, no hablen mal de

las acciones de la administración pública (asignación negativa). Bajo esta lógica, las oficinas de comunicación social a nivel federal, estatal y municipal se convierten en "censoras" que condicionan las líneas editoriales de los medios de comunicación. Esto configura un golpe continuado a la democracia, un rasgo estructural que impone intereses ajenos al bienestar social como pauta de entendimiento entre medios y poder político [Ruedas, A. C. y Maldonado, L. 2017].

No sólo se afectan los derechos fundamentales —en este caso de Artículo 19— con motivo de la omisión regulatoria del legislador ordinario respecto a la imparcialidad con la que debe asignarse el gasto de comunicación social, sino que también con la omisión de determinar la calidad y forma de los contenidos de dicha publicidad a efecto de que no se ubique la misma en las prohibiciones principales del precepto constitucional como lo es la "promoción personalizada" o la propaganda que no sea de carácter "institucional" o no tenga fines "educativos" o de "orientación social".

C. La omisión legislativa y el cumplimiento de la sentencia mediante la emisión de la Ley General de Comunicación Social

Mucho se ha escrito alrededor del criterio sentado en este precedente en relación con la posibilidad de reclamar omisiones legislativas a través del juicio de amparo. En este trabajo, no nos centraremos en este tema en particular, sobre todo en lo relativo a la procedencia del amparo cuando se reclamen omisiones legislativas.

Sí destacamos que la sentencia representó un gran avance al darle esos efectos al amparo, tanto al ampliar "la base de procedencia del juicio de amparo indirecto, al reconocer su dimensión colectiva y/o difusa" y "[...] los efectos de sentencia, al reinterpretar el principio de relatividad cuando se trata de derechos fundamentales" (Sánchez de Tagle, G., 2017).

Ahora bien, en cumplimiento de la sentencia de amparo, el 11 de mayo de 2018 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General de Comunicación Social. Esa ley en su artículo 1o. sostiene que es de orden público e interés social, de observancia general en toda la República y reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo relativo a la propaganda bajo cualquier modalidad de comunicación social.

Los dictámenes de las comisiones de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados del proyecto de Ley General de Comunicación Social aluden respectivamente a lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 1359/2015.

Sin embargo, dicha ley fue impugnada por diversos integrantes de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el partido político Movimiento Ciudadano y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a través de las acciones de inconstitucionalidad 52/2018 y sus acumuladas 53/2018 y 55/2018, las cuales, a inicios de 2021, aún se encontraban pendientes de resolución ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para algunas organizaciones no gubernamentales, la Ley General de Comunicación Social "establece condiciones que violan de forma indirecta la libertad de expresión, pues genera espacios de discrecionalidad a las autoridades para contratar publicidad oficial a medios cercanos al gobierno. Este ejercicio arbitrario del presupuesto en materia de comunicación social o publicidad oficial constituye un mecanismo de restricción o limitación indirecta de la libertad de expresión, claramente proscrito por la Constitución".²²

²² Véase el amicus curiae del 20 de febrero de 2020 presentado por Artículo 19 y Fundar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la acción de inconstitucionalidad 52/2018 y sus acumuladas 53/2018 y 55/2018. Puede ser consultado en el siguiente enlace: «<https://publicidadoficial.com.mx/wp-content/uploads/2020/02/Amicus-PO.pdf>».

Para llegar a esa conclusión, las organizaciones argumentan lo siguiente respecto de la Ley General de Comunicación Social:

- i) No define lo que debe entenderse por "institucional" y, por el contrario, permite en su artículo 14 la comunicación social "personalizada" sin que el artículo 134 constitucional prevea excepciones, además de que en su artículo 4, fracción I, se considera que las campañas de comunicación pueden tener como objeto la difusión de logros de los gobiernos y sujetos obligados, abriendo la posibilidad de que éstas se sigan utilizando como una herramienta para promover figuras públicas y/o partidos políticos y generando una sobreexposición de los mismos a la sociedad mexicana;
- ii) La ley no señala los términos y condiciones para que los recursos de comunicación social se circunscriban a los principios constitucionales establecidos en el artículo tercero transitorio de la reforma y en el artículo 134 de la Constitución, de conformidad con lo resuelto en el amparo en revisión 1359/2015. La ley omite establecer los techos presupuestales para el gasto de comunicación social y deja a la absoluta discrecionalidad de las dependencias y entidades obligadas la elección de los medios de comunicación, sin establecer pautas y criterios claros de asignación y al no prever un sistema de medición de *rating* y circulación ni ningún otro elemento objetivo de valoración para la asignación del gasto de publicidad oficial;
- iii) El artículo 7, párrafo segundo, de la ley promueve la discrecionalidad al excluir de la regulación los pagos que se hagan a los medios de comunicación para publicar "disposiciones normativas, resoluciones y actos administrativos o judiciales y demás información sobre las actuaciones gubernamentales que deban publicarse o difundirse por mandato legal". Esta disposición normativa abre la puerta a la discrecionalidad y al desvío de recursos de uno a otro concepto, así como a la asignación arbitraria del

gasto de comunicación social atendiendo a criterios de asignación negativa o positiva, dependiendo de la línea editorial de los medios de comunicación;

- iv) En suma, para las organizaciones la ley: i) incentiva el uso pro-se-litista de la publicidad oficial; ii) sigue permitiendo la ineficiencia y discrecionalidad en el uso de los recursos; iii) centraliza más el control del gasto en publicidad oficial; iv) no contiene disposición alguna que permita promover la diversidad y el pluralismo en el país, y; v) no propone transparencia y regulación de la medición de audiencia, circulación, visitas y *rating*.

Por otra parte, destaca que en el "Informe Especial sobre la Situación de la Libertad de Expresión en México" de 2018 a raíz de la visita conjunta del Relator Especial para la libertad de expresión de la CIDH, Edison Lanza, y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, se hicieron observaciones y recomendaciones respecto a la Ley General de Comunicación Social en el sentido siguiente:

65. Una propuesta de ley para regular la publicidad oficial se presentó en el Congreso en marzo de 2018 en seguimiento a una sentencia emblemática de la Corte Suprema. En un proceso acelerado, el Senado aprobó la legislación propuesta, que el Presidente convirtió en ley el 11 de mayo de 2018, sin cambios.

66. Preocupa a los Relatores Especiales que la nueva legislación no cumpla con los principios básicos ni con las recomendaciones de organismos internacionales o expertos en derechos humanos. En particular, la ley no establece normas claras sobre sus objetivos, criterios y procedimientos de asignación y mecanismos de supervisión, dejando un amplio margen de discreción y abuso de las autoridades. El informe de la CIDH "Principios rectores de la regulación de la Publicidad Oficial y la Libertad de Expresión" (2012) señala que el establecimiento de normas específicas, claras

y precisas es esencial para evitar el abuso y el gasto excesivo. Los Relatores Especiales instan al Gobierno de México a modificar la legislación, de acuerdo con estos principios y mejores prácticas.

91. Los Relatores Especiales instan a las autoridades a hacer lo siguiente: (a) En consulta con la sociedad civil y con expertos, adoptar una ley general para regular la publicidad oficial por parte de todas las instituciones a nivel federal, de los estados y municipios, con el objeto de reducir la discrecionalidad conforme a estándares internacionales de derechos humanos. Los recursos para publicidad oficial deberían asignarse en función de criterios preestablecidos, claros, objetivos y transparentes. (b) Hacer cumplir la obligación jurídica de publicar de manera proactiva información relevante sobre criterios de contratación, motivos para la asignación presupuestaria, gastos y contratos de publicidad de entidades públicas.²³

Habrá que esperar la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la constitucionalidad de esta ley general, la cual, al parecer, no zanjó de manera contundente las omisiones regulativas especificadas en el amparo en revisión que se analiza en este trabajo.

D. La regulación del contenido del párrafo octavo del artículo 134 constitucional en materia electoral por parte del Instituto Nacional Electoral

Ante la omisión legislativa, las autoridades electorales tuvieron que regular o interpretar el contenido del párrafo octavo del artículo 134 constitucional a fin de dotarlo de mayor obligatoriedad y brindar certeza respecto de sus alcances en la materia electoral.

²³ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe conjunto del Relator Especial para la libertad de expresión de la CIDH, Edison Lanza, y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, sobre su misión a México. Junio de 2018.

En la exposición de motivos de la reforma constitucional de 2007 se precisó que uno de los objetivos de la misma era elevar a rango de norma constitucional las regulaciones a que debe sujetarse la propaganda gubernamental, de todo tipo, tanto durante las campañas electorales como en periodos no electorales.

La adición al artículo 134 de la Constitución General incorporó la tutela de dos bienes jurídicos o valores esenciales de los sistemas democráticos: la imparcialidad y la equidad en los procedimientos electorales. De esta manera, el legislador puso especial énfasis en tres aspectos:

- Impedir el uso del poder público a favor o en contra de cualquier partido político o candidato a cargo de elección popular; así como el uso de éste para promover ambiciones personales de índole política.
- Blindar la democracia mexicana evitando el uso del dinero público para incidir en la contienda electoral y de la propaganda institucional para promoción personalizada con fines electorales.
- Exigir a quienes ocupan cargos de gobierno total imparcialidad en las contiendas electorales, usando los recursos públicos bajo su mando para los fines constitucionales y legalmente previstos.²⁴

Por otra parte, la exposición de motivos de la iniciativa que dio origen a la reforma constitucional de 2014, así como los dictámenes de las Cámaras de origen y revisora, en esencia, establecieron, por una parte, la obligación de todo servidor público de aplicar con imparcialidad los recursos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad en la contienda entre los partidos políticos.

²⁴ Al respecto, véase el voto particular de la Magistrada Otálora y del Magistrado Rodríguez en el expediente SUP-REP-156-2020, resuelto por la Sala Superior del TEPJF el 14 de diciembre de 2020.

Como lo señaló la Primera Sala de la Suprema Corte, la naturaleza del artículo 134 constitucional no es eminentemente electoral.²⁵ Sin embargo, como lo ha sostenido la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en numerosos asuntos, el Instituto Nacional Electoral (INE) tiene competencia para conocer de las presuntas violaciones a dicho precepto cuando cualquier servidor público aplica los recursos públicos que están bajo su responsabilidad sin ser imparcial y de manera tal que afecte la equidad en la contienda entre partidos políticos.²⁶

Las obligaciones y prohibiciones contenidas en el artículo 134 constitucional se encuentran concretadas como infracciones en materia electoral en el artículo 449 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE):

Artículo 449.

1. Constituyen infracciones a la presente Ley de las autoridades o de las servidoras y los servidores públicos, según sea el caso, de

²⁵ "REGULACIÓN DE COMUNICACIÓN SOCIAL. EL PÁRRAFO OCTAVO DEL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL NO VERSA SOBRE MATERIA ELECTORAL" Primera Sala de la SCJN, Tesis: 1a. XVI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018, pág. 1102, Registro digital 2016426.

²⁶ Destaca el expediente SUP-REP-67/2020, resuelto el 6 de mayo de 2020, en el que la Sala Superior sostuvo que el Instituto Nacional Electoral era competente para conocer de la denuncia de diversos partidos políticos por el presunto uso indebido de recursos públicos y promoción personalizada por parte del Presidente de la República, derivado de la inclusión de su nombre en las cartas que se hacen llegar a las empresarias y empresarios seleccionados para otorgarles un crédito por veinticinco mil pesos, con motivo de la contingencia sanitaria por el COVID-19. En dicho asunto, la Comisión de Quejas y Denuncias del INE otorgó medidas cautelares para que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), de inmediato, en un plazo que no excediera de veinticuatro horas, realizara las acciones, trámites y gestiones suficientes para detener o suspender la elaboración, distribución y entrega de las cartas. Las medidas cautelares fueron impugnadas por el IMSS. La Sala Superior, al resolver el recurso de revisión, reiteró su criterio relativo a que el INE era competente para conocer de las denuncias sobre violaciones al artículo 134 constitucional, párrafo octavo, al tener los hechos posible impacto en dos procesos electorales locales (Hidalgo y Coahuila) y ser el Presidente de la República el servidor público denunciado. Asimismo, confirmó las medidas cautelares ante la probable promoción personalizada del Presidente de la República.

cualquiera de los Poderes de la Unión; de los poderes locales; órganos de gobierno municipales; órganos de gobierno de la Ciudad de México; órganos autónomos, y cualquier otro ente público:

[...]

c) La difusión, por cualquier medio, de propaganda gubernamental dentro del periodo que comprende desde el inicio de las campañas electorales hasta el día de la jornada electoral inclusive, con excepción de la información relativa a servicios educativos y de salud, o la necesaria para la protección civil en casos de emergencia;

d) El incumplimiento del principio de imparcialidad establecido por el artículo 134 de la Constitución, cuando tal conducta afecte la equidad de la competencia entre los partidos políticos, entre las personas aspirantes, precandidatas y candidatas durante los procesos electorales;

e) Durante los procesos electorales, la difusión de propaganda, en cualquier medio de comunicación social, que contravenga lo dispuesto por el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución;

[...] ²⁷

Por su parte, el Consejo General del INE aprobó el 21 de diciembre de 2020 la resolución INE/CG693/2020 por la que fijó los mecanismos y criterios tendentes a garantizar los principios de imparcialidad y equidad en los procesos electorales federal y locales 2020-2021. Dicha reso-

²⁷ Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2014. Artículo 449.

lución fue impugnada por dos televisoras y el partido MORENA y se encuentran pendientes de resolución ante la Sala Superior del TEPJF.²⁸

Al respecto, en la resolución destacan los requisitos que debe cumplir la propaganda gubernamental difundida hasta la conclusión de la jornada electoral:

A. En términos de lo dispuesto en el artículo 449, numeral 1, incisos c), d) y e) de la LGIPE, la propaganda gubernamental difundida hasta la conclusión de la Jornada Electoral deberá:

I. Tener carácter institucional y fines informativos educativos o de orientación social, por lo que no está permitida la exaltación, promoción o justificación de algún programa o logro obtenido en los gobiernos local o federal o de alguna administración específica.

II. Abstenerse de incluir frases, imágenes, voces o símbolos que pudieran ser constitutivos de propaganda política o electoral, o bien elementos de propaganda personalizada de servidor público alguno. No podrá difundir logros de gobierno, obra pública, e incluso, emitir información dirigida a justificar o convencer a la población de la pertinencia de una administración en particular.

III. Limitarse a identificar el nombre de la institución, su escudo oficial como medio identificativo sin hacer alusión a cualquiera de las frases, imágenes, voces o símbolos de cualquier índole que pudieran ser constitutivos de propaganda política o electoral o que estuvieran relacionadas con la gestión de algún gobierno o administración federal o local en particular.

B. Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales y hasta la conclusión de la jornada comicial, la inclusión de ele-

²⁸ Expedientes SUP-RAP-140/2020, SUP-RAP-1/2021 y SUP-RAP-2/2021 interpuestos por MORENA, Televisión Azteca S.A. de C.V. y Televisora del Valle de México, SA.PI. de C.V.

mentos visuales, auditivos, imágenes, nombres, lemas, frases, expresiones, mensajes o símbolos que conlleven velada, implícita o explícitamente, la promoción de un gobierno o sus logros en el marco de la ejecución y/o entrega de los bienes, servicios y recursos de los programas sociales o de cualquier otro mecanismo implementado para tal fin, se considera contrario al principio de imparcialidad y, en consecuencia, podría afectar la equidad y el efectivo ejercicio del derecho al voto libre.

Para garantizar el derecho a la información de la ciudadanía durante el desarrollo del Proceso Electoral, no se suspenderán o darán de baja las páginas de internet de instituciones de gobierno, sin embargo, en ellas deberá evitarse incluir elementos visuales, auditivos, imágenes, nombres, lemas, frases, expresiones, mensajes o símbolos que conlleven velada, implícita o explícitamente, la promoción de un gobierno o sus logros.

Como se observa, el Instituto Nacional Electoral, con base en sus facultades contenidas en el artículo 41 constitucional, ha suplido las deficiencias normativas del legislador ordinario en el ámbito electoral para evitar que la presencia e intervención del Estado asfixie las condiciones de competencia electoral.

VI. Conclusiones

Es claro que la publicidad o propaganda oficial o gubernamental debe ser regulada de manera que se revierta "un patrón histórico de silenciamiento a los medios de comunicación a través del ejercicio de los recursos públicos, y en consecuencia, acabar con resabios de autoritarismo que pretenden constreñir el ejercicio pleno y robusto de la libertad de expresión".²⁹

²⁹ Véase el amicus curiae del 20 de febrero de 2020 presentado por Artículo 19 y Fundar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la acción de inconstitucionalidad 52/2018 y sus acumuladas 53/2018 y 55/2018. Puede ser consultado en el siguiente enlace: «<https://publicidadoficial.com.mx/wp-content/uploads/2020/02/Amicus-PO.pdf>».

Como se desprende del "Informe especial sobre asignación y contratación de publicidad oficial" de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la falta de criterios objetivos, claros y transparentes en que las dependencias y autoridades de los tres órdenes de gobierno puedan fundar y motivar la elección de contratación de medios publicitarios, genera que, sin justificación alguna, realicen discrecionalmente contrataciones con los medios de comunicación sin que se ajusten a parámetros objetivos como tiraje, costos de publicidad, oportunidad en la distribución o distribución geográfica en territorio nacional.

Ello provoca que las dependencias y autoridades no apliquen en la práctica criterios objetivos e imparciales con que se garantice la igualdad de oportunidades entre los diversos medios que buscan contar con publicidad oficial, lo que se traduce en una afectación al derecho a la libertad de expresión en sus ámbitos individual, social y político.

Como lo sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si bien los marcos regulatorios de la publicidad oficial son perfectibles, éstos deben establecer parámetros básicos para "impedir que la comunicación institucional del Estado sea utilizada con fines electorales o como un mecanismo de presión sobre medios de comunicación y periodistas. Un régimen legal adecuado en materia de distribución de la pauta estatal debe necesariamente disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos para efectuar esa distribución, de forma tal que estos fondos públicos no sean utilizados de un modo que restrinja la libertad de expresión".³⁰

Claramente, la sentencia de la SCJN constituyó un gran avance al haber sido un vehículo normativo que catalizó el cumplimiento de la obligación constitucional que ordenó al legislador ordinario regular el párrafo

³⁰ Véase los Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, emitido en el año 2010, párrafo 20.

octavo del artículo 134 constitucional, además de haber ampliado las posibilidades del juicio de amparo en tanto recurso efectivo e idóneo de protección de derechos fundamentales como lo es la libertad de expresión.

Bibliografía

Amicus curiae del 20 de febrero de 2020 presentado por Artículo 19 y Fundar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la acción de inconstitucionalidad 52/2018 y sus acumuladas 53/2018 y 55/2018. Puede ser consultado en el siguiente enlace: «<https://publicidadoficial.com.mx/wp-content/uploads/2020/02/Amicus-PO.pdf>».

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF 6/12, de 7 de marzo de 2011.

CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe conjunto del Relator Especial para la libertad de expresión de la CIDH, Edison Lanza, y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, sobre su misión a México. Junio de 2018.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969. San José, Costa Rica.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001", Serie C No. 74. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf».

Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004", Serie C No. 111, Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf».

Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009", Serie C No. 194. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf».

Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 de enero de 2009", Serie C No. 195. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf».

Corte IDH, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas", Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Disponible en: «<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showDocument.asp?DocumentID=26>».

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004", Serie C No. 107. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf».

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014", Serie C No. 279. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf».

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral. *Diario Oficial de la Federación*, 10 de febrero de 2014. Artículo Tercero transitorio.

Expediente SUP-REP-67/2020, resuelto por la Sala Superior del TEPJF el 6 de mayo de 2020.

Expediente SUP-RAP-140/2020, de la Sala Superior del TEPJF

Expediente SUP-RAP-1/2021, de la Sala Superior del TEPJF

Expediente SUP-RAP-2/2021, de la Sala Superior del TEPJF

"INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Jurisprudencia. Tesis: P/J. 50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, pág: 60. Registro digital 2007921.

"INTERÉS LEGÍTIMO. NO SE ACTUALIZA CUANDO LA AFECTACIÓN ALEGADA, DE RESULTAR EXISTENTE, SE EXTIENDA A LA POBLACIÓN EN GENERAL" Primera Sala de la SCJN, Tesis: 1a. CLXXXIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, pág. 448. Registro digital 2009201.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2014.

MARTÍNEZ ESPINOSA, R. (2014), "Artículo 134 constitucional y su interpretación judicial electoral en México", en Serie Temas Selectos de Derecho Electoral, núm. 44, TEPJF México.

MENDOZA MARTELO, G. E. (2012), "El estado de cosas inconstitucional", en PÉREZ VÁZQUEZ, C. y HERNÁNDEZ VALENCIA, J. (coords.), *Un diálogo entre jueces. Trabajos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales*, México, SCJN-Oficina

del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pp. 426-427.

RUEDAS, A. C. y MALDONADO, L. (2017), "Publicidad gubernamental: la oportunidad de la Corte para construir contrapesos", *Nexos*, El juego de la Suprema Corte, 8 de noviembre de 2017: «<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7036>».

SÁNCHEZ DE TAGLE, G. (2017), "Omisión legislativa y libertad de expresión. El amparo de Artículo 19", *Nexos*, El juego de la Suprema Corte, 31 de octubre de 2017: «<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7028>».

Sentencia de habeas data 2579/2003 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de Perú, con fecha de 6 de abril de 2004.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 366/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 5 de septiembre de 2012.

Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 111/2013, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 5 de junio de 2014.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 152/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de abril de 2014.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 216/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 5 de noviembre de 2014.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 323/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 11 de marzo de 2015.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 566/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 15 de febrero de 2017.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 610/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 15 de enero de 2020.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 641/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 18 de octubre de 2017.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 659/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, 14 de marzo de 2018.

TOLE MARTÍNEZ, J. (2006), "La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 15, julio-diciembre 2006, pp. 254-312.

VELÁZQUEZ GÓMEZ y ARCHUNDIA SIERRA. (2019), "El juicio de amparo frente a la inconstitucionalidad por omisión legislativa", *Revista Dike*, Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica. abril-septiembre, 2019, pp. 281-313.

Voto particular de la Magistrada Otálora en el expediente SUP-REP-156-2020, resuelto por la Sala Superior del TEPJF el 14 de diciembre de 2020

Voto particular del Magistrado Rodríguez en el expediente SUP-REP-156-2020, resuelto por la Sala Superior del TEPJF el 14 de diciembre de 2020.

La incorporación de la orientación sexual y la identidad de género como categoría sospechosa. Un avance para el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI

María Elisa Franco Martín del Campo*

SUMARIO: I. Introducción. II. La prohibición de discriminar por orientación sexual e identidad de género. III. Una aproximación al desarrollo de los derechos humanos de las personas LGBTI en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos IV. El Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala. V. Conclusiones.

I. Introducción

Este estudio se enmarca en un proyecto editorial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte o SCJN) a diez años de las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos, por lo que el análisis propuesto se relacionará con la manera en que la reforma constitucional en materia de derechos humanos ha impactado tanto en el reconocimiento como en la garantía de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI).¹ En este sentido, la incorporación de las preferencias sexuales como categoría sospechosa en el último párrafo del artículo primero constitucional cumple un papel muy importante.

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México e investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ En este texto será utilizada la expresión personas LGBTI, ya que es la que usa la SCJN, así como la Corte y la Comisión Interamericanas.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos ha representado un cambio de paradigma.² De este nuevo paradigma hay tres elementos que me permiten articular el análisis propuesto en este texto: i) la prohibición constitucional de discriminar por las preferencias sexuales, ii) la importancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH),³ y iii) la obligación de todas las autoridades de garantizar derechos humanos, sobre este punto nos centraremos en la garantía de los derechos humanos en la SCJN a partir de la sentencia del Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala.

A partir de los tres elementos señalados con antelación se estructura el presente estudio. Primero se abordará la incorporación en la reforma constitucional de 2011 de las preferencias sexuales como categoría sospechosa y lo que significa. En un segundo apartado se mostrará una mirada panorámica sobre el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), este apartado se encontrará dividido en dos grandes ejes: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión interamericana o CIDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte IDH). Finalmente, se presentan algunos elementos relevantes del Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala para el avance en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI.

Con estos tres apartados se pretende cumplir con el objetivo principal de este texto: mostrar que la reforma constitucional de derechos humanos y la forma en la que se le ha dado vida desde la Suprema Corte representan un valioso avance para los derechos humanos de las personas LGBTI.

² Para profundizar sobre este tema se sugiere consultar Carbonell M. y Salazar P. (2011), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

³ Para dimensionar la importancia del DIDH para el sistema jurídico mexicano se recomienda revisar la sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013.

II. La prohibición de discriminar por orientación sexual e identidad de género

El principio de igualdad y no discriminación reviste tal importancia que la Corte Interamericana ha señalado que pertenece al dominio de *ius cogens*⁴ y que sobre este principio descansa todo el andamiaje jurídico, tanto nacional como internacional, y que permea todo el ordenamiento jurídico.⁵ En el último párrafo del artículo primero constitucional encontramos la prohibición de discriminar, así como en prácticamente todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

A partir del DIDH es posible afirmar que existen tres elementos que nos permiten identificar la discriminación: i) distinción, exclusión o restricción; ii) basada en alguna categoría sospechosa; iii) que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de alguno o varios derechos humanos.

Si bien es cierto que en prácticamente todos los tratados internacionales de derechos humanos se reconoce el principio de igualdad y no discriminación, también lo es que no en todos ellos encontramos desarrollados

⁴ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que una norma imperativa de derecho internacional general o *ius cogens* "es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

⁵ *Cfr.*, *inter alia*, Corte IDH, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 61. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf»; Corte IDH, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf»; Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, párr. 91. Disponible en «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf»; Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 79. Disponible en «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf».

los elementos que nos permiten identificar si estamos frente a un caso de discriminación. Dichos elementos los encontramos en tratados internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;⁶ la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés);⁷ la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad;⁸ la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;⁹ la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia;¹⁰ y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.¹¹

Para el objetivo principal de este apartado, que es el análisis de la prohibición de discriminación por orientación sexual, es indispensable tener presentes los tres elementos que permiten identificar la discriminación; pero para efectos de nuestro estudio es de especial relevancia el segundo de ellos, es decir, las categorías sospechosas. Resulta metodológicamente conveniente desarrollar brevemente lo que se entiende por categoría sospechosa.

El concepto de categoría sospechosa tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. Esto se debe a que estableció la

⁶ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, entró en vigor el 4 de enero de 1969. México la firmó el 1 de noviembre de 1966 y la ratificó el 20 de febrero de 1975.

⁷ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. México la firmó el 17 de julio de 1980 y la ratificó el 23 de marzo de 1981.

⁸ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 7 de junio de 1999, entró en vigor el 14 de septiembre de 2001. México la firmó el 8 de junio de 1999 y la ratificó el 6 de diciembre de 2000.

⁹ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, entró en vigor el 3 de mayo de 2008. México la firmó el 30 de marzo de 2007 y la ratificó el 17 de diciembre de 2007.

¹⁰ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 5 de junio de 2013, entró en vigor el 11 de noviembre de 2017. México la ratificó el 19 de noviembre de 2019.

¹¹ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 5 de junio de 2013, entró en vigor el 20 de febrero de 2020. México la firmó el 13 de noviembre de 2018 y la ratificó el 19 de noviembre de 2019.

existencia de criterios prohibidos para la diferenciación legislativa, teniendo como consecuencia que toda norma que distinga a partir de estos criterios prohibidos debe ser sometida a un escrutinio estricto (Valdivia, 2020).

La doctrina de las categorías sospechosas desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos ha impactado en el constitucionalismo latinoamericano a través de su aplicación en altas cortes como en los casos argentino (Treacy, 2011), chileno (Díaz de Valdés, 2018; Íñiguez, 2014), colombiano (Restrepo, 2018), ecuatoriano (Ortiz, 2018), peruano (Valdivia, 2020); así como en el mexicano, que por ser de especial importancia en el presente estudio será abordado en el siguiente párrafo. Esta doctrina también ha sido aplicada por la Corte IDH (Íñiguez, 2014; Valdivia, 2020).

La Suprema Corte ha entendido que las categorías sospechosas se refieren a factores prohibidos de discriminación¹² y ha señalado que estos factores se encuentran enunciados en el artículo 1o., párrafo último, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹³ En este sentido, las categorías sospechosas que establece el último párrafo del artículo primero constitucional son el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

De las categorías sospechosas señaladas en el artículo primero constitucional nos enfocaremos en las preferencias sexuales. La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 incorporó en el

¹² "CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO", Pleno, Tesis [J.]: P/J. 10/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, p. 8. Reg. digital 2012589.

¹³ "CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 291 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, QUE DEFINE A ESA INSTITUCIÓN COMO LA UNIÓN DE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL", Primera Sala, Tesis [A.]: 1a. CCXXIV/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, p. 501. Reg. digital 2012507.

último párrafo del artículo primero las preferencias sexuales, tras una extensa motivación (García Ramírez y Morales Sánchez, 2012). García Ramírez y Morales Sánchez en su obra *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)* sintetizan de manera clara los debates que se dieron en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores para incorporar la expresión preferencias sexuales en el texto constitucional. De esta síntesis se toman algunos elementos que se consideran importantes para el análisis planteado en este apartado del estudio.

En el dictamen DD-XII-2010 de la Cámara de Diputados se incorporaron las preferencias sexuales como categoría sospechosa, se sostuvo que era:

Necesario explicitar la prohibición de toda discriminación por motivo de las preferencias sexuales de las personas. Esta modificación obedece a la realidad a la que se enfrentan por estos motivos muchos hombres y mujeres que llegan a ser discriminados en los ámbitos familiar, escolar, laboral y social, que ha producido agresiones físicas, verbales, psicológicas, tortura e incluso la muerte [Dictamen DD-XII-2010 de la Cámara de Diputados, citado en García Ramírez y Morales Sánchez, 2012, p. 112].

Además, los diputados señalaron en el referido dictamen que la incorporación de las preferencias sexuales como categoría sospechosa representaría un sustancial avance en la lucha contra la discriminación y que, a su vez se fortalecería la igualdad y la dignidad humana.

En el debate en la Cámara de Senadores se propuso que el término preferencias sexuales fuera sustituido por el de orientación sexual e identidad de género en congruencia con el desarrollo del tema en el DIDH, puntualmente en la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2008, y que fue firmada por México; así

como con la Resolución dedicada a los derechos humanos y su vinculación con la orientación sexual e identidad de género que la Organización de Estados Americanos adoptó en junio de 2008. Lamentablemente esta propuesta no prosperó en los debates sobre la reforma al artículo primero constitucional.

En este sentido, la expresión preferencias sexuales no es adecuada, y la expresión que debió usarse en congruencia con el desarrollo del tema en el DIDH, tal como fue propuesto en su momento en la Cámara de Senadores, es la de orientación sexual e identidad de género. Para junio de 2011, la orientación sexual y la identidad de género ya se encontraban reconocidas como categorías sospechosas en instrumentos internacionales tanto del Sistema Universal como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; resulta oportuno señalar que la Comisión y la Corte Interamericana han utilizado la expresión orientación sexual e identidad de género, y que desde 2013 tiene reconocimiento convencional en la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

No obstante, la incorporación de las preferencias sexuales como categoría sospechosa —aunque fuera preferible la expresión orientación sexual e identidad de género— representa un avance para el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI. Sobre este avance hay dos ideas que desarrollar en este apartado, la primera es que la incorporación de esta categoría sospechosa coloca al constitucionalismo mexicano a la vanguardia en el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI; la segunda, es que "abrió la puerta" a la SCJN para garantizarles diversos derechos humanos a partir del principio de igualdad y no discriminación. De esta manera, la reforma constitucional en materia de derechos humanos ha representado mucho para el reconocimiento, garantía y efectivo ejercicio de los derechos humanos de las personas LGBTI.

Respecto a la primera idea, es preciso señalar que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴ no se encontraban la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas hasta que, en el año 2012, la Corte Interamericana estableció en la paradigmática sentencia *Atala Riffo y niñas vs. Chile* que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana (párr. 91). La Corte IDH arribó a esta conclusión al considerar que:

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo [párr. 85].

De esta manera encontramos que, con la reforma de junio de 2011 en materia de derechos humanos, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se prohibió con anterioridad la discriminación contra las personas LGBTI; ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vía interpretación de la Corte Interamericana, a partir del año 2012 reconoció la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas.¹⁵

¹⁴ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁵ La Corte Interamericana ha mantenido en su jurisprudencia constante este criterio: Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, párr. 91. Disponible en «<https://www.corteidh.or.cr/docs/>

La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 5 de junio de 2013, reconoce en su preámbulo la orientación sexual como categoría sospechosa; asimismo, en el artículo primero se reconoce que la discriminación puede estar motivada por la orientación sexual, así como por la identidad y la expresión de género. Casi dos años antes de tener este desarrollo convencional en la región, en nuestra Constitución ya se reconocían las preferencias sexuales como categoría sospechosa.

Por otro lado, sobre el impacto que ha tenido el reconocimiento constitucional como categoría sospechosa de las preferencias sexuales en sede jurisdiccional para la garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI, la igualdad y no discriminación representan un presupuesto indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos; por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al matrimonio y el derecho a la familia, que se analizan más adelante en el apartado sobre el Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala.

A partir de la interpretación y aplicación del último párrafo del artículo primero constitucional, la Suprema Corte ha garantizado diversos derechos humanos de las personas LGBTI. El desarrollo del tema en nuestro Máximo Tribunal es digno de destacarse, pues ha abordado temas como el reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo, la filiación homoparental, el derecho a la seguridad social para parejas del mismo sexo, así como el derecho a la identidad de género de las personas trans.¹⁶

casos/articulos/seriec_310_esp.pdf»; Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C No. 315. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf»; Corte IDH, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf».

¹⁶ Para un estudio pormenorizado del desarrollo de los derechos humanos de las personas LGBTI en la SCJN se sugiere consultar Martínez, A. y Gómez, H. (2020), *Los derechos de la diversidad sexual*,

En este apartado se ha analizado la importancia de la incorporación de las preferencias sexuales en la reforma constitucional de junio de 2011. Con este estudio se desarrolló el primero de los hilos conductores enunciados en la introducción. Ahora daremos paso al análisis sobre la importancia del DIDH para el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI.

III. Una aproximación al desarrollo de los derechos humanos de las personas LGBTI en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Con el nuevo paradigma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, el DIDH tiene un lugar muy importante en el reconocimiento, garantía y efectivo ejercicio de los derechos humanos de todas las personas en México. De esta manera, el desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de la población LGBTI tiene relevancia constitucional.

En este sentido, a continuación, se presentan de manera "panorámica" los avances en el SIDH respecto del reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI. Una metodología apropiada para abordar estos avances implica hacerlo a partir de los órganos principales que integran al Sistema Interamericano: la Comisión y la Corte Interamericanas.

Conviene precisar que este apartado no pretende pormenorizar en los estándares que se han desarrollado en la CIDH¹⁷ o en la Corte IDH¹⁸

Cuadernos de Jurisprudencia núm. 2, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁷ Para conocer los estándares desarrollados por la Comisión Interamericana en la materia se sugiere consultar la página de la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI disponible en «<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>» (consultada el 7 de marzo de 2020).

¹⁸ Respecto a los estándares desarrollados por la Corte Interamericana sobre el tema se sugiere consultar Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018), Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 19: Derechos de las personas LGTBI, Costa Rica, Corte IDH.

sobre los derechos humanos de las personas LGBTI, sino mostrar de manera general los avances en la materia.

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Un punto de partida necesario para este acápite es la Relatoría sobre los Derechos de las personas LGBTI.¹⁹ En noviembre de 2011, dentro del 143 periodo de sesiones, instituyó una unidad especializada para los derechos humanos de las personas LGBTI; en febrero de 2014 la Unidad LGBTI dio lugar a la Relatoría sobre los Derechos de las personas LGBTI. Este cambio de Unidad a Relatoría dentro de la Comisión Interamericana refleja la importancia que ha dado al tema.

La CIDH creó la Relatoría debido a la discriminación estructural que ha enfrentado la población LGBTI en la región y que tiene como consecuencias violencia, impunidad y criminalización; así como violaciones a derechos humanos como salud, trabajo, educación y participación política. En este contexto, la Relatoría tiene como mandato monitorear la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI.

En cumplimiento de su mandato, la Relatoría ha preparado informes en los que ha desarrollado estándares muy importantes para el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos humanos de la población LGBTI.²⁰ Entre los temas que ha abordado la Relatoría destacan la violencia, la criminalización, el derecho a la participación política, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad personal y

¹⁹ La información sobre la Relatoría desarrollada en este apartado fue tomada de su página de internet Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI. Disponible en «<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>» (consultada el 7 de marzo de 2020).

²⁰ CIDH (2020), "Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", OEA/Ser.L/V/II Doc.239/20. Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>».

CIDH (2015), "Violencia contra personas LGBTI", OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36. Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>».

CIDH (2018), "Reconocimiento de Derechos de personas LGBTI", OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 184. Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>».

el acceso a la justicia. También se ha ocupado de la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las personas trans en la región.

La Comisión Interamericana también ha abonado a la efectiva garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI mediante diversos informes de admisibilidad, de fondo y de solución amistosa. En este sentido, los casos que la CIDH ha llevado a la Corte Interamericana han representado un importante punto de partida para el desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos de la población LGBTI, particularmente su derecho a la igualdad y no discriminación. Estos casos son los de Karen Atala Riffo e hijas contra Chile, Ángel Alberto Duque contra Colombia, Homero Flor Freire contra Ecuador, y Azul Rojas Marín contra Perú.

En el siguiente apartado se presentarán los avances que significa cada uno de estos casos para el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI en la región.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la Corte IDH encontramos cuatro sentencias de fondo y una opinión consultiva sobre derechos humanos de la población LGBTI. A continuación, presentaré una mirada general sobre estas sentencias, así como los estándares desarrollados por la Corte Interamericana relevantes para este estudio.

La sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile es una sentencia paradigmática, ya que por primera vez la Corte Interamericana conoció de un caso de discriminación por orientación sexual, y estableció, como hemos señalado en el apartado anterior, que la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párr. 91).

El caso es sobre discriminación por orientación sexual en un proceso judicial que tuvo como consecuencia que la señora Atala Riffo fuera

privada de la custodia de sus tres hijas. La decisión judicial que retiró a la víctima del cuidado y custodia de sus hijas estuvo basada en prejuicios por su orientación sexual.

En el caso *Duque vs. Colombia*, la Corte IDH se pronunció sobre el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en perjuicio de Ángel Alberto Duque, por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la defunción de su pareja, lo anterior debido a que se trataba de una pareja del mismo sexo.

La Corte Interamericana concluyó que la imposibilidad de la víctima para acceder en condiciones de igualdad, respecto de las parejas heterosexuales, a la pensión de sobrevivencia representa una diferencia de trato que vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación. En este sentido, reiteró el estándar establecido en el caso *Atala Riffo* que "ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual" (párr. 104).

La sentencia *Flor Freire vs. Ecuador* aborda un caso de discriminación por orientación sexual, ya que el señor Flor Freire fue separado de su puesto en la Fuerza Terrestre ecuatoriana por la supuesta comisión de actos sexuales homosexuales en el interior de las instalaciones militares. Las normas aplicadas al señor Flor Freire sancionaban con mayor severidad los actos sexuales homosexuales que los actos sexuales no homosexuales.

En esta sentencia la Corte IDH señaló que la orientación sexual de una persona se encuentra relacionada con el concepto de libertad y de autodeterminación para escoger de manera libre las circunstancias que le dan sentido a su existencia de acuerdo con sus propias convicciones. En este sentido, la orientación sexual de una persona dependerá de la manera en que se autoidentifique, por lo que éste es el único criterio relevante al momento de definir la orientación sexual (párr. 103). La Corte

Interamericana también señaló que "los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual" (párr. 119).

En el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú* la Corte Interamericana se pronunció por primera vez sobre los prejuicios en contra de la población LGBTI que se manifiestan en forma de violencia. La víctima del caso al momento de su detención se identificaba como hombre gay. Actualmente se identifica como mujer. La señora Azul Rojas Marín fue víctima de una detención arbitraria por motivo de su orientación sexual; durante su detención fue víctima de tortura y violación sexual. La investigación por la violación sexual y la tortura fue realizada a partir de prejuicios por la orientación sexual e identidad de género de la víctima, lo que se tradujo en impunidad.

En esta sentencia la Corte IDH reconoció que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos humanos (párr. 90). Asimismo, reiteró que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en consecuencia, el Estado no puede discriminar a una persona por motivo de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.

Otro estándar muy relevante desarrollado por la Corte Interamericana en el caso *Azul Rojas Marín* respecto a los derechos humanos de la población LGBTI es que la violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, ya que la víctima es elegida con la finalidad de mandar un mensaje de exclusión o de subordinación (párr. 93).

La Opinión Consultiva 24 desarrolla diversos derechos humanos de las personas LGBTI, se trata de un desarrollo muy importante dentro del Sistema Interamericano para el reconocimiento y garantía de los derechos

de la población LGBTI. La opinión consultiva articula los estándares a partir de los siguientes ejes: i) el derecho a la igualdad y no discriminación; ii) el derecho a la identidad de género y los procedimientos de cambio de nombre; y iii) la protección de los vínculos de las parejas del mismo sexo.

Los temas a los que se refiere la Opinión Consultiva 24 fueron abordados con anterioridad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por cierto, multicitada por la Corte IDH en la referida opinión consultiva. De modo que la SCJN es un referente en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI, prueba de ello es el Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala que analizaremos en el siguiente apartado de este estudio.

IV. El Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala

Estas líneas no pretenden ser un examen exhaustivo de la sentencia del Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala, que es una sentencia paradigmática en la garantía de los derechos humanos de la población LGBTI. La finalidad de este apartado es destacar algunos de los criterios desarrollados por la SCJN teniendo como hilo conductor del análisis el impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, puntualmente la incorporación de las preferencias sexuales como categoría sospechosa en el artículo primero constitucional.

No es de interés para los objetivos de este texto desarrollar los pormenores procesales del asunto que conoció la Suprema Corte; sin embargo, para efectos de mayor claridad se retoman aquellos indispensables. La Primera Sala de la Suprema Corte conoció del recurso de revisión de un amparo que fue sobreseído por un Juzgado de Distrito, frente a la impugnación que realizó una persona homosexual a normas de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima; así como del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Colima. La persona quejosa consideró contrario al principio de igualdad y no

discriminación, reconocido en el artículo primero constitucional, la distinción que se realiza en los citados ordenamientos jurídicos respecto a las relaciones conyugales, ya que establecen que el matrimonio es el contrato civil que celebran un hombre y una mujer, mientras que el enlace conyugal es aquel que celebran personas del mismo sexo.

La SCJN analizó de manera diligente el contenido de las normas señaladas en el párrafo anterior frente al amplio desarrollo constitucional y convencional del principio de igualdad y no discriminación. A partir de la doctrina de las categorías sospechosas, la Suprema Corte llevó a cabo un escrutinio estricto y concluyó que la distinción en la legislación de Colima impugnada, entre matrimonio y enlace conyugal a partir de la orientación sexual de las personas constituía discriminación.

El Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala realiza un aporte muy valioso para la garantía y efectivo ejercicio de los derechos humanos de las personas LGBTI: hace evidente que los prejuicios y estereotipos por motivo de la orientación sexual han representado una auténtica barrera para sus derechos humanos, particularmente el de formar una familia.

Se estima que el siguiente párrafo de la sentencia pone en evidencia la manera en que nuestro Máximo Tribunal se asume como garante de los derechos humanos de las personas LGBTI, en concordancia con el artículo primero constitucional:

Las violaciones históricas que los homosexuales han sufrido han sido ampliamente reconocidas y documentadas: asesinatos, violencia física, violencia sexual, violencia verbal, acoso público, penalización legal de su orientación sexual, discriminación en sus empleos y en el acceso a ciertos servicios, además de su exclusión de algunos aspectos de la vida pública (párr. 162).

En la sentencia analizada, la SCJN avanza de manera importante en el reconocimiento y garantía de diversos derechos humanos de la pobla-

ción LGBTI, como el derecho al matrimonio y a la filiación homoparental, a partir del reconocimiento constitucional de las preferencias sexuales como categoría sospechosa.

De tal manera, el Amparo en Revisión 704/2014 de la Primera Sala representa un ejemplo de la manera en que la Suprema Corte ha dado vida a la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011, avanzando en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI. Esta sentencia es un ejemplo del nuevo paradigma constitucional, ya que además de aplicar la categoría sospechosa incorporada en junio de 2011 al último párrafo del artículo primero constitucional, aplica el DIDH en congruencia con el contenido del primer y segundo párrafo del artículo primero.

V. Conclusiones

La reforma constitucional en materia de derechos humanos ha representado mucho para el reconocimiento, garantía y efectivo ejercicio de los derechos humanos, particularmente, de las personas LGBTI.

El principio de igualdad y no discriminación, especialmente con la incorporación de las preferencias sexuales como categoría sospechosa en el artículo primero de la Constitución, ha permitido el reconocimiento y garantía de otros derechos humanos para la población LGBTI. En este sentido, no puede dejarse de lado el análisis previamente realizado respecto de la expresión que debió incorporarse en el texto constitucional: la de orientación sexual e identidad de género.

A diez años de las reformas constitucionales puede concluirse el presente estudio señalando que, si bien es cierto que falta mucho para que los derechos humanos de las personas LGBTI sean efectivamente garantizados, también lo es que se han dado pasos importantes en este camino.

Bibliografía

Libros

CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (coord.) (2011), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018), Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: *Derechos de las personas LGTBI*, Costa Rica, Corte IDH.

GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J. (2012), *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.

MARTÍNEZ, A. y GÓMEZ, H. (2020), *Los derechos de la diversidad sexual*, Cuadernos de Jurisprudencia núm. 2, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SALAZAR, P. (coord.) (2014), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República.

Artículo académico

DÍAZ DE VALDÉS, J. M. (2018), "Las categorías sospechosas en el derecho chileno / Suspect classifications in chilean law", *Revista de derecho (Valparaíso)*, (50), pp. 189-218. Disponible en: «<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edssci&AN=edssci.S0718.68512018000100189&lang=es&site=eds-live> live».

- ÍÑIGUEZ, A. R. (2014), "La noción de 'categoría sospechosa' y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional / The Notion of 'Suspect Class' and the Right to Equality Before the Law in the Jurisprudence of the Constitutional Court", *Revista de derecho (Valparaíso)*, (43), pp. 495-516. Disponible en: «<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edssci&AN=edssci.S0718.68512014000200013&lang=es&site=eds-live>».
- ORTIZ, J. D. (2018), "La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas", *Iuris Dictio*, 21(21), pp. 81-95. Disponible en: «<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiction/article/view/1139/1215>».
- RESTREPO, D. P. (2018), "La Edad de los Adolescentes Como Categoría Sospechosa Constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVIII, Número 272, Septiembre-Diciembre 2018, pp. 839-861. Disponible en: «<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67579>».
- TREACY, G. F. (2011) "Categorías sospechosas y control de constitucionalidad", *Revista Lecciones y Ensayos*, 89, pp. 181–216. Disponible en: «<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.b36f2b609a1645a89fb314970e4f752d&lang=es&site=eds-live>».
- VALDIVIA, T. (2020) "¿Sospechar para igualar? Un análisis «estricto» de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Derecho PUCP*, (84). Disponible en: «<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.fd0dd6cc0e21415fb77070e0fcafd30e&lang=es&site=eds-live>».

Páginas web

Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI. Disponible en «<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>» (consultada el 7 de marzo de 2020).

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: «http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_190221.pdf».

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: «http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm».

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx#:~:text=En%20la%20presente%20Convenci%C3%B3n%20la,en%20condiciones%20de%20igualdad%2C%20de>».

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia. Disponible en: «http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp».

Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Disponible en: «http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp».

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Disponible en: «<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>».

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>».

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx>».

Tesis de Pleno y de Sala de la SCJN

"CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO", Pleno, Tesis [J.]: P./J. 10/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, p. 8. Reg. digital 2012589.

"CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 291 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, QUE DEFINE A ESA INSTITUCIÓN COMO LA UNIÓN DE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL", Primera Sala, Tesis [A.]: 1a. CCXXIV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, s.t, septiembre de 2016, s.p., Reg. digital 2012507.

Sentencias de la SCJN

Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 704/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 18 de marzo de 2015.

Sentencias de Tribunales Internacionales

Corte IDH, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre

de 2003. Serie A No. 18. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf».

Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf».

Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C No. 315. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf».

Corte IDH, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf».

Corte IDH, Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf».

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

CIDH (2020), "Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", OEA/Ser.L/V/II Doc.239/20. Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>».

CIDH (2015), "Violencia contra personas LGBTI", OEA/Ser.L/V/II. Rev.2. Doc. 36. Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>».

CIDH (2018), "Reconocimiento de Derechos de personas LGBTI", OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 184. Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>».

¿Modificar las actas o modificar el sistema? La identidad de personas trans en la jurisprudencia de la Suprema Corte Mexicana

Daniel Antonio García Huerta*

SUMARIO: Introducción. I. La movilización de las personas trans en México: una historia en construcción. II. Análisis del criterio emitido por la SCJN respecto al derecho al reconocimiento de la identidad de personas trans: Amparo en Revisión 1317/2017. III. Conclusiones.

Introducción

De manera reciente el contexto latinoamericano, y particularmente el mexicano, ha experimentado un desarrollo importante en temas de género. En la agenda pública e institucional, así como en diversos dispositivos culturales, es posible encontrar referencias a temas que, en otros tiempos, habrían sido vedados, ignorados o ridiculizados. No sólo las relaciones entre personas del mismo sexo o la interrupción legal del embarazo permean con mayor naturalidad la vida social mexicana, sino que también las representaciones y demandas por los derechos de las personas trans comienzan a ocupar un papel relevante en las exigencias por el cambio social y la democratización del país.

* Especialista en Derechos Humanos en la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Candidato a Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Las opiniones contenidas en este documento reflejan exclusivamente el punto de vista del autor y no suponen un posicionamiento por parte de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH ni del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El desenvolvimiento de estos temas en la vida social e institucional mexicana encuentra sus causas en dos razones principales. Por un lado, en la movilización sociolegal que el movimiento trans ha generado durante los últimos años, con apoyo e influencia de otros movimientos sociales. Y, por el otro, en el surgimiento de una renovada estructura de oportunidades que ha promovido la generación de espacios más amplios de intervención desde el derecho. Así, el presente texto analiza la manera en que ambos factores condujeron a la adopción por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de decisiones importantes en torno al reconocimiento de la identidad de género de personas trans que han logrado sentar bases importantes para la garantía de los derechos de esta población.

El argumento principal de esta propuesta sostiene que el resultado de dichas decisiones deriva del devenir y fortalecimiento de un movimiento social de personas trans que, mediante el uso de herramientas legales, ha logrado colocar sus reivindicaciones en el seno del escenario legal. Dicho resultado se ha visto beneficiado del surgimiento y aprovechamiento de diversas oportunidades políticas y legales que han abierto camino para ensanchar las vías de reconocimiento de derechos humanos de las personas trans en nuestro país. Particularmente, el texto destaca el papel que la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011 ha jugado en el aseguramiento de estas posibilidades.

Así, la primera sección de este documento analiza la relación que existe entre la movilización socio-legal y la estructura de oportunidades políticas y legales —especialmente la reforma en derechos humanos de 2011—. Por otro lado, la segunda sección realiza un análisis crítico de una decisión adoptada por la SCJN sobre el tema. Dicho análisis destaca los elementos positivos que han impactado en el aseguramiento del derecho a la identidad de las personas trans, pero también da cuenta de las limitaciones que subyacen en su argumentación.

I. La movilización de las personas trans en México: una historia en construcción

La década de los setenta fue un catalizador para la vida democrática de nuestro país. Con posterioridad a los hechos ocurridos en Tlatelolco, y en el marco de fuertes demandas por una necesaria apertura democrática, nuevos colectivos sociales comenzaron a emerger a la vida pública. En 1978, y como parte de los actos de conmemoración de la Revolución Cubana, el Frente Homosexual de Acción Revolucionaria (FHAR) hizo su primera aparición pública convirtiéndose en la primera manifestación de acción colectiva de personas homosexuales en nuestro país y en el referente de movilización sobre la cuestión homosexual en México (Diez, 2011, 695). Más tarde, se conformaría el Movimiento por la Liberación Homosexual (MLH), un esfuerzo más amplio que aglutinaría a otras organizaciones, colectivos e intelectuales que sumarían importantes esfuerzos a la causa (Martínez Carmona, 2015, 2018).

El movimiento de liberación homosexual en México agrupó a diversas identidades. Sin embargo, la homosexual siempre se mantuvo como referente principal de sus causas, no sin costos importantes para el movimiento. En el caso del FHAR, por ejemplo, la incorporación de la identidad homosexual como bandera de lucha le generó importantes desencuentros entre sus integrantes, así como con otras organizaciones sociales. Particularmente, los colectivos y organizaciones de mujeres lesbianas denunciaron dicha definición como una conducta misógina que traía como consecuencia la invisibilización de la condición lésbica (Mogrovejo, 2000, 75–80).

Sin embargo, y contrario a lo que podría pensarse, la identidad homosexual no significó necesariamente la anulación de otras identidades, particularmente de aquellas vinculadas con el fenómeno trans. Por el

contrario, y aunque no con el nombre y de la manera en que se le conoce ahora, la identidad trans ocupó un lugar particular en la agenda de movilización de dicho Frente. Tal como lo señala Barrón Gavito, el FHAR "siempre consideró que las personas sobre las cuales se ejercía la mayor represión eran los denominados lumpenproletarios [...] es decir, las travestis, vestidas y las locas" (Barrón Gavito, 2010, 95). Dichos sujetos constituían para el FHAR el sujeto transformador de la política sexual por lo que desde un inicio asumió como uno de sus objetivos utilizar la identidad homosexual de manera disruptiva y transgresora. Es decir, generar modelos de shock a través del despliegue contestatario y 'radical' de la expresión de identidades sexuales rechazadas por la sociedad de la época (Revolucionaria 1979). Lo anterior trajo consigo una ola de rechazo por parte de sectores del propio movimiento homosexual que veían en dichas estrategias un enfoque radical que, lejos de apoyar al movimiento, lo dañaba (Barrón Gavito, 2010) y que, al final del día, terminaron por generar costos y fracturas importantes para el movimiento.

Por ejemplo, para LAMBDA, otro de los grupos pioneros del movimiento, la defensa de dichos sujetos suponía la reproducción de estereotipos que asociaban a lo homosexual con lo femenino, y que servían de base para el despliegue de conductas de marginación y estigmatización. Por su parte, para los grupos de mujeres de lesbianas, la defensa de los travestis suponía, necesariamente, la promoción de estereotipos asignados a lo *femenino*. Es decir, de conductas, gestos y formas de vestir asociadas a la manera en que socialmente se concibe a las mujeres; los cuales, los movimientos feministas de la época intentaban atacar y deconstruir. (Mogrovejo, 2000)

El enfoque disruptivo del FHAR en torno a las *locas* y *vestidas* permite comprender que aún en el inicio de la movilización homosexual en México el fenómeno trans no era invisible, sino que se encontraba integrado. Es decir, la identidad homosexual surgió como un concepto paraguas

que aglutinó a otras identidades pero que, a la vez, promovió su visibilización en la esfera política, social e institucional de nuestro país. Ello no significa que la cuestión trans haya surgido con el movimiento homosexual. De hecho, la escena ocupó espacios importantes —aunque clandestinos— en la vida nocturna y cultural del país de aquella época, principalmente de la Ciudad de México. De ello existen testimonios sumamente conocidos como el del ‘Baile de los 41’ o, de manera más reciente, como el del bar ‘El Nueve’ y su anfitriona Xóchitl (Osorno, 2014). En cambio, la relación anotada entre el fenómeno trans y el movimiento homosexual permite comprender que los sectores transgénero, transexual y travestis de la época se adecuaron fácilmente a la lógica homosexual en tanto que encontraron en ella un potente discurso que recogía, en cierta medida, parte importante de sus problemáticas (Martínez Carmona, 2015, 79).

Hasta el comienzo de los años 90, la cuestión homosexual continuó aglutinando gran parte de la agenda de la diversidad sexual en México. Sin embargo, gracias a la irrupción del discurso de los derechos humanos en la vida nacional; a la generación de nuevos marcos teóricos de referencia principalmente vinculados con la teoría *queer*, así como a la influencia de ideas provenientes de movimientos sociales de Europa y Estados Unidos la cartografía sexual en México se amplió para dar paso a nuevas políticas de reconocimiento (Gutiérrez, Navarrete y Tovar, 2007, 106; Mogrovejo, 2008, 69; Ulloa López, 2017). El sector homosexual, por ejemplo, adoptó como referencia principal el término *gay* y, a la par, identidades que anteriormente se encontraban asimiladas al marco homosexual comenzaron a reclamar espacios independientes y su propia visibilidad (Laguarda, 2007). Con ello, el empleo del término *diversidad sexual* y la representación de identidades sexo-diversas comenzaron a emerger al plano político a través de actividades como la Marcha del Orgullo por el Respeto a la Diversidad Sexual en México y el despliegue de las siglas LGBTI (Jimenez de Sandi, 2016). Las identidades trans fueron parte de este proceso de apertura.

La llegada del SIDA marcó una coyuntura particularmente crítica para el movimiento por la diversidad sexual. La crisis de salud, aunada a la estigmatización y a la inacción del gobierno de la época, provocó que los colectivos sexo-diversos, principalmente hombres homosexuales y personas trans, tuvieran que asumir en sus propias manos la respuesta a la epidemia. Pese a lo grave y desafortunado de la situación, la crisis del SIDA oxigenó al movimiento que, para ese momento, se encontraba desarticulado (Estrada Corona, 2010; Hernández Chávez, 2008). Como consecuencia, los primeros esfuerzos de organización colectiva trans comenzaron a surgir, primordialmente, con el objetivo de articular sentidos, identidades, significados y demandas en torno a la experiencia trans (Sandoval Rebollo, 2011, 110). En esta etapa surgieron organizaciones como Crisálida, Eón Inteligencia Transgénérica, Gen-T, Disforia de Género, Humana, entre otras.

Posteriormente, y entrado el nuevo milenio, las organizaciones trans comenzaron a adoptar esquemas de mayor formalidad con el objetivo de incidir políticamente en el escenario institucional. Los objetivos de estas organizaciones ya no eran sólo reflexionar sobre la experiencia trans, sino hacerla visible y materializarla en las instituciones y dinámicas sociales. La constitución legal de organizaciones y la conformación de redes de colectivos surgieron como mecanismos esenciales para promover el respeto y garantía de los derechos humanos de esta población y, de manera más específica, la satisfacción de demandas concretas como la atención al VIH/SIDA; el reconocimiento legal de su identidad y el acceso a esquemas de reemplazo hormonal y cirugías de reasignación sexual (Gutiérrez Martínez, 2019, 88–89).

Esta etapa marcó el inicio de la movilización legal de la comunidad trans en México. Las organizaciones recién conformadas comenzaron a utilizar el derecho para traducir sus necesidades en demandas planteadas en términos de derechos humanos y ciudadanía. Es decir, comenzaron a utilizar el derecho y sus instituciones de manera alternativa y en su beneficio propio (Zemans, 1983, 700). En un inicio el ámbito de intervención

se redujo al espacio legislativo, en donde las organizaciones encontraron importantes aliados. El ámbito judicial, por el contrario, permaneció poco explorado en gran medida gracias a la desconfianza que las instituciones judiciales generaron para el movimiento por la diversidad sexual en sus primeras etapas; a lo endeble de sus estructuras para la atención de demandas democráticas de este tipo, así como a la ausencia de redes de apoyo especializadas en el ámbito jurídico (Martínez Carmona, 2020, 244).

La estructura de oportunidades para la movilización legal de la comunidad trans

La estructura de oportunidades es una teoría de las ciencias sociales que intenta describir y analizar el marco de reglas, instituciones y herramientas socialmente estructurado con el que cuentan los grupos y actores sociales para promover sus demandas y asegurar resultados concretos (Latorre-Catalán, 2017). Por un lado, dicha teoría incorpora a las *oportunidades políticas*, entendiendo por aquéllas a las condiciones políticas e institucionales que tienen lugar dentro de un sistema social y que promueven o inhiben el despliegue de ciertas estrategias de movilización y el aseguramiento de resultados particulares (McAdam, Tarrow y Tilly, 2001, 43; Meyer y Minkoff, 2004). Y, por el otro, a las *oportunidades legales* entendidas como aquellos recursos e instituciones del ámbito jurídico que aseguran o limitan las posibilidades de que los actores sociales hagan uso del derecho para promover y avanzar sus demandas. Algunos ejemplos de este tipo de oportunidades son las condiciones de acceso a los tribunales, el reconocimiento constitucional de derechos humanos, así como la apertura y receptividad de las cortes para abordar temas considerados difíciles (Fazio, 2012; Hilson, 2002; Vanhala, 2012, 2018; Wilson y Rodríguez Cordero, 2006).

Tal como fue esbozado en párrafos anteriores resulta imposible comprender el desenvolvimiento del movimiento trans en México sin hacer referencia a las condiciones políticas y legales por las que ha transitado

nuestro país. Además de la apertura democrática de los años setenta, así como del surgimiento y articulación de movimientos sociales centrados en la sexualidad, nuestro país atravesó por algunas otras coyunturas que ampliaron las posibilidades políticas de incidencia de la comunidad trans, así como de otros movimientos orientados bajo la lógica de los derechos humanos.

La década de los noventa marcó un referente importante para la articulación de demandas en términos de derechos humanos. México comenzó a experimentar una acelerada apertura hacia este concepto que se tradujo en la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y en la adopción —al menos formal— de un discurso presidencial sustentado en dichos derechos. Aguayo explica que estos cambios tuvieron como base el derrumbe del modelo económico revolucionario que generó en México la necesidad de mirar hacia organismos internacionales de financiación y a celebrar instrumentos de apertura comercial como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Dicha apertura, aunada a las transiciones democráticas latinoamericanas que dejaban atrás las violaciones sistemáticas a derechos que persistieron durante años, trajo como consecuencia un mayor interés y dedicación por parte de organizaciones internacionales en la materia, lo que provocó un auge considerable de los derechos humanos en nuestro país (Aguayo Quezada, 1997).

Hacia el final de los noventa, el país experimentó otra situación de particular apertura. Después de un proceso de reforma gradual que derivó en el debilitamiento de su dependencia federal, en 1997, la Ciudad de México celebró por primera vez en su historia elecciones democráticas para elegir de manera directa a sus representantes. Además, sería la primera ocasión en que la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal podría legislar en materia civil y penal, así como regular algunos temas relacionados con los derechos humanos y la participación ciudadana. Tal escenario se vio fortalecido por la llegada al gobierno de la capital mexicana del Partido de la Revolución Democrática (PRD); un

partido de tendencia progresista que mostró una apertura importante hacia temas sociales por su vinculación con sectores que habían participado de la larga transición democrática por la que había atravesado el país desde la segunda mitad del siglo XX. (Serafin Castro, 2010, 92)

La llegada de Cuauhtémoc Cárdenas al gobierno de la Ciudad de México, así como el establecimiento de una Asamblea Legislativa con una cantidad considerable de integrantes progresistas abrió nuevas rutas de acción política para la agenda de diversidad sexual. La agenda de izquierda promovida por el PRD generó un marco idóneo para la articulación de demandas políticas sobre el tema. Pero la poca experiencia en política y legislación de las y los recién estrenados asambleístas capitalinos produjo la necesidad de buscar espacios alternativos de asesoramiento y consulta que las organizaciones sociales del momento supieron aprovechar. Como parte de esta nueva trayectoria, integrantes de la comunidad de la diversidad sexual comenzaron a ocupar cargos públicos dentro de la estructura institucional capitalina. Patria Jiménez fue, por ejemplo, la primera asambleísta abiertamente homosexual en ocupar una curul en la Ciudad de México.

De manera casi paralela a esta apertura política, nuevas posibilidades legales comenzaron a asomarse. En 2001, por ejemplo, el artículo 1o. de la Constitución experimentó una reforma de gran importancia al reconocer la prohibición de cualquier acto de discriminación basado en lo que se conoce como *categorías sospechosas*. La nueva configuración del artículo 1o. constitucional únicamente previó la incorporación de los términos 'género' y 'preferencias' sin especificar si se trataba de aquellas vinculadas con la diversidad sexual. Sin embargo, en ese mismo año, se expidió la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación la cual sí incorporó de manera expresa en su artículo 4o. las preferencias sexuales como motivo prohibido de discriminación, aunque dejó fuera el concepto de género. Pese a la aparente confusión en el empleo de los términos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género, y a que estos cuerpos normativos no incorporaron de origen la categoría

de identidad de género, es importante recordar que las cláusulas constitucionales relacionadas con la prohibición de discriminar no constituyen listas taxativas, sino enunciativas. Ello quiere decir que nuevos motivos prohibidos de discriminación pueden ser incorporados a ellas a través de procesos de movilización e interpretación legal, como veremos más adelante.

La incorporación constitucional del principio de igualdad abrió boca para un encuadre más amplio y reforzado de las causas vinculadas con la diversidad sexual, incluida la de los derechos de las personas trans. Con un referente conceptual y discursivo sólido sustentado en la igualdad y los derechos humanos, el movimiento trans comenzó a impulsar su agenda en diversos foros institucionales, principalmente de la Ciudad de México. Para el año 2006 surgió el *Frente Ciudadano Pro Derechos de las Personas Transgénero y Transexuales* que aglutinó a una cantidad importante de organizaciones y colectivos enfocados en procesos de sensibilización, cabildeo y comunicación de la agenda trans, y un año más tarde se conformó la *Red de Trabajo Trans* como un colectivo de organizaciones dedicado a las mismas labores, pero específicamente en la Ciudad de México.

La operación de estos colectivos y los vínculos establecidos con integrantes de izquierda en el Poder Legislativo Federal y en la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México comenzaron a rendir frutos. En 2006, el Diputado Inti Muñoz presentó una iniciativa de Ley Federal de Identidad de Género en la Cámara de Diputados, la cual no tuvo mayor trascendencia. Un año más tarde, el Diputado David Sánchez Camacho presentó un paquete de iniciativas de reformas a diversos cuerpos normativos federales, acompañado de la propuesta de crear una Ley Federal para la No Discriminación de los Derechos Humanos y Civiles de las Personas Transgénero y Transexuales. El objetivo de tales iniciativas era el de incorporar a la identidad de género como un aspecto prohibido de discriminación en la Constitución y en otras disposiciones legales. Desafortunadamente, las iniciativas presentadas no fueron dictaminadas

por las Comisiones respectivas y su trámite legislativo se vio paralizado (Carrillo Sánchez, 2008, cap. 3).

Frente a este escenario, el movimiento trans aprovechó de nuevo las estructuras legales y políticas existentes en la Ciudad de México. En 2007, el Diputado José Carlos Díaz Cuervo presentó ante la ALDF un conjunto de iniciativas para reformar el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal y la Ley de Salud del Distrito Federal con el objetivo de reconocer el derecho a la identidad de las personas trans y el acceso a servicios de salud para la atención de solicitudes de reasignación sexo-genérica. A diferencia de los intentos anteriores esta iniciativa fue aprobada parcialmente por la ALDF quien dejó fuera del marco legal el acceso a los servicios de salud por razones supuestamente presupuestales. Las reformas parciales al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal representaron un avance importante para la movilización trans, aunque también reprodujeron importantes vicios relacionados con la garantía del derecho a la identidad de esta población. Particularmente, las reformas aprobadas exigían a las personas trans presentar peritajes médicos y psicológicos que diagnosticaran disforia de género, así como iniciar un proceso legal que podía llegar a ser sumamente costoso. (Congreso 2019, 37)

Por su parte, durante estos años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación comenzó a configurar criterios jurisprudenciales relevantes que, años más tarde, se convertirían en motores clave para impulsar la agenda por la diversidad sexo-genérica y, particularmente, de la agenda trans. Curiosamente, el criterio del libre desarrollo de la personalidad fue pronunciado por primera vez por la SCJN al resolver el caso de una persona trans que impugnó parte del proceso de rectificación de actas nacimiento en la Ciudad de México. En la sentencia al Amparo Directo 6/2008, el Ministro Sergio Valls señaló que es en la psique de las personas donde reside el libre desarrollo de la personalidad jurídica, por referirse a las decisiones que proyectan la autonomía y la dignidad de las personas. Agregó que sólo un Estado respetuoso del pluralismo que reconozca un

marco de protección constitucional para la coexistencia de formas de vida diversas puede preciarse de respetar y garantizar dicho principio de autonomía personal.¹ Más tarde, el criterio de libre desarrollo de la personalidad sería utilizado por la SCJN para resolver otros casos relevantes vinculados con la interrupción legal del embarazo,² el matrimonio igualitario, la disolución del vínculo matrimonial,³ el consumo lúdico de marihuana⁴ y el derecho a la identidad de las personas trans,⁵ entre otros.

Pocos años después una nueva oportunidad legal se abriría paso en nuestro país. En el año 2011 fue aprobada y publicada la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Una reforma de gran calado que vino a modificar de manera sustancial la forma de entender y operar estos derechos en toda la estructura del Estado. La reforma constitucional colocó en el centro del escenario jurídico nacional a los derechos humanos y a las personas como sus titulares, a la vez que precisó el papel de las distintas autoridades mexicanas como garantes de los mismos (Caballero Ochoa y García Huerta, 2016). Además del cúmulo de modificaciones que la reforma trajo al artículo 1o. constitucional en materia de bloque de constitucionalidad, interpretación conforme y principio pro persona, la reforma de 2011 permitió saldar una deuda importante que la Constitución heredó del proceso de reforma del año 2001. En esta ocasión, el Constituyente incorporó de manera expresa a la orienta-

¹ Sentencia recaída en el Amparo Directo 6/2008, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio Valls, 6 de enero de 2009.

² Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio Valls, 16 de agosto de 2010.

³ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 5420/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 26 de agosto de 2020. Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 113/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 18 de junio de 2020.

⁴ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 4 de noviembre de 2011. Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 623/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cosío, 13 de junio de 2018.

⁵ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1317/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 17 de octubre de 2018.

ción sexual como categoría sospechosa y, de la mano de la categoría de género reconocida anteriormente, terminó por configurar un esquema más amplio de protección a la diversidad sexual en nuestro país y, particularmente, a los derechos humanos de las personas trans.

La reforma del año 2011 representó un importante estímulo para la sociedad civil mexicana, incluyendo al movimiento trans. En 2014, y como parte de un proceso de reorganización colectiva, agrupaciones orientadas a la defensa de los derechos de esta población impulsaron una reforma legislativa en la Ciudad de México con el objetivo de asegurar el acceso al reconocimiento a su identidad sobre la base de procedimientos administrativos más sencillos y eficaces a aquellos reconocidos en 2008 en la capital del país. La reforma presentada por el entonces Jefe de Gobierno, Miguel Ángel Mancera, con apoyo de colectivos como la Coalición T-47, tomó como base el reconocimiento que la Constitución Federal hizo de los derechos humanos contenidos también en tratados internacionales para impulsar su armonización en el ámbito local, así como los criterios desarrollados hasta ahora por la SCJN en torno al libre desarrollo de la personalidad.⁶ La propuesta fue aprobada y publicada en febrero de 2015 convirtiendo a la Ciudad de México en "la primera urbe de América Latina en brindar el marco jurídico para que los y las integrantes de la comunidad trans asuman su identidad legalmente, sin que ello les implique erogar cuantiosos recursos, y pasar por largos juicios y exámenes que lastimaban su dignidad humana".⁷

⁶ Oficialía Mayor de la Ciudad de México, "Presenta Mancera iniciativa de reformas de ley para garantizar derecho a la identidad de género", Boletín 1405/14, 27 de junio de 2014. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Dictamen de la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables a la iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil y de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, relativas a la rectificación de actas y garantía del derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género a través de un procedimiento administrativo ante el Registro Civil del Distrito Federal", Ciudad de México, 6 de noviembre de 2014.

⁷ Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México, "CDMX pionera en el reconocimiento de la identidad genérica de las personas trans", Pronunciamiento 002, 5 de febrero de 2005.

De la mano de la reforma constitucional en materia de derechos humanos surgió la reforma en materia de juicio de amparo. La articulación de estas dos modificaciones trajo consigo nuevas oportunidades de acceso para la garantía de los derechos humanos de la comunidad LGBTTTI. En un sentido general, esta reforma democratizó el acceso a las instituciones de impartición de justicia al incorporar nuevos mecanismos procesales como el interés legítimo y la procedencia del amparo contra omisiones, pero también al permitir la posibilidad de acudir a dicho juicio sobre la base de estructuras legales más robustas como aquellas derivadas de instrumentos y resoluciones internacionales en materia de derechos humanos. De manera más concreta, ambas reformas, de la mano de las interpretaciones realizadas por la SCJN sobre el papel de los derechos humanos en nuestro sistema legal,⁸ han generado un estímulo importante en la función judicial para ampliar la interpretación y aplicación de normas locales sobre la base de criterios más garantistas. La siguiente sección dedica una reflexión más robusta sobre el tema.

II. Análisis del criterio emitido por la SCJN respecto al derecho al reconocimiento de la identidad de personas trans: Amparo en Revisión 1317/2017

Sobre la base de las consideraciones hasta ahora señaladas, la presente sección ofrece un análisis crítico de la decisión adoptada por la SCJN en el Amparo en Revisión 1317/2017 relativa al reconocimiento de la identidad de las personas trans. En la sentencia analizada por la Corte el problema jurídico a resolver se resume en la determinación de las vías y procedimientos por los cuales el Estado debe asegurar el reconocimiento de dicha identidad.

⁸ Véase particularmente la decisión recaída a la Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013.

La decisión analizada no constituye el único criterio relevante resuelto por la Corte sobre este tema. Sin embargo, la intención de realizar un análisis sobre esta sentencia se sustenta en que la argumentación realizada por la Corte expone algunos aspectos relevantes para entender la dinámica de operación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en este tipo de casos. Asimismo, la sentencia en cuestión forma parte de un conjunto de decisiones consideradas por el propio Tribunal como ‘transformadoras’, es decir, cuyo estudio y resolución derivaron en un impacto importante para la garantía y el aseguramiento de los derechos humanos de las personas trans. En este sentido, la decisión bajo estudio representa un esfuerzo argumentativo a cargo de la Corte que, aunque llega a una conclusión que puede considerarse como positiva, también exhibe algunas tensiones importantes en términos de argumentación y análisis de justicia constitucional.

Consideraciones generales

De manera preliminar cabe señalar que en la controversia suscitada en este caso pueden destacarse dos características principales. Por un lado, es posible identificar una tensión existente entre una perspectiva de legalidad formal vinculada con la preservación de normas contenidas en la legislación civil relativas a la rectificación y modificación de actas de nacimiento, y una perspectiva de naturaleza más progresista asociada con la necesidad de extender sus ámbitos de aplicación a supuestos que, muy probablemente, no estuvieron previstos al momento de su emisión. Por otro lado, también es posible identificar la incapacidad a cargo de la Corte de abordar en el estudio del caso la exclusión legal de ciertos grupos en especial situación de vulnerabilidad reflejada, precisamente, en la inexistencia de figuras y procedimientos legales específicos capaces de desahogar las solicitudes de emisión de nuevas actas de nacimiento para el reconocimiento de la identidad por reasignación sexo-genérica.

Respecto del primer elemento, en la sentencia analizada es posible apreciar la manera en que —pese a los argumentos expresados por la parte

quejosa quien señaló la exclusión de la población trans por la inexistencia de vías específicas para el reconocimiento de su identidad— la Corte navegó por aguas turbulentas al tratar de ajustar los procesos existentes de rectificación de actas de nacimiento en el Código Civil de Veracruz a la problemática planteada por el reconocimiento de la identidad trans. Ello obligó a la Corte a desarrollar interpretaciones confusas sobre la teleología de dichos procedimientos y sobre la viabilidad de las vías existentes para hacerlo. Ello si bien le aseguró la posibilidad a la Corte de preservar las normas civiles vigentes, también le privó de la posibilidad de abordar el estudio de condiciones más profundas de desigualdad que afectan a las personas trans.

Respecto de este segundo supuesto, es posible apuntar que el análisis de la Corte estuvo sustentado en una perspectiva de igualdad como diferencia, aspecto que le permitió al tribunal trazar una argumentación sustentada en un análisis de razonabilidad de un trato legal diferenciado. Sin embargo, tal como sucede con otras poblaciones de la diversidad sexual, la situación en la que se encuentran las personas trans respecto de otros grupos sociales no es precisamente una de diferencia, sino una de exclusión. Así, el problema principal derivado de la inexistencia de vías y procedimientos específicos para garantizar la identidad de las personas trans es precisamente que, bajo el actual diseño del sistema jurídico-político mexicano, las personas trans no se encuentran consideradas como sujetos políticos relevantes y, por tanto, su acceso a figuras jurídicas resulta sumamente limitado sino es que aniquilado.

En términos políticos, el problema radica en que las personas trans no fueron incluidas en el *consensus universalis*, es decir, no existía —ni existe— nada en la legislación civil, o en la intención de quienes la redactaron, de incluir y reconocer a las personas trans como sujetos de derechos. (Caballero Ochoa y García Huerta, 2017, 207). Cuando ello sucede, es común que los grupos excluidos busquen en el Derecho el reconocimiento de figuras jurídicas específicas para garantizar la satisfacción de sus demandas identitarias (Bernstein, 2005; Cummings, 2017, 28; Massoumi,

2015; Polletta y Jasper, 2001, 287–89). El debate sobre si extender la aplicación de figuras que no representan en nada los intereses, demandas e identidades de grupos excluidos constituye una solución justa bajo un esquema constitucional plural y garantista permanece abierto.

En todo caso, también es necesario apuntar que la interpretación realizada por la mayoría de las y los Ministros de la Corte estuvo orientada hacia un modelo basado en los derechos humanos. Además del sentido de las determinaciones a favor del reconocimiento de la identidad trans a través de procedimientos sencillos y rápidos, el ejercicio interpretativo realizado por la Corte tuvo como base la aplicación de algunas de las herramientas contenidas en el artículo 1o. constitucional. Por ejemplo —y aunque no lo haya señalado de manera expresa en ninguna de las sentencias— la Corte realizó un control de convencionalidad y una clase de interpretación conforme mediante el empleo e incorporación de diversos estándares internacionales relevantes como la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello no sólo resulta congruente con los nuevos horizontes trazados por la reforma constitucional del año 2011, sino que también abre la puerta a la conformación de un cuerpo interpretativo robusto y protector de los derechos de la población trans que incluso hoy representa un aspecto no sólo necesario sino urgente en nuestro país.

Pese a ello, y de manera desafortunada, la Corte no hizo explícita una metodología de aplicación de dichas herramientas. Particularmente, en lo que respecta a un ejercicio de interpretación conforme, la Corte no aplicó pautas claras para señalar la manera en que la interpretación de las normas civiles de Veracruz se ajusta a un parámetro constitucional que privilegie la salvaguarda de los derechos humanos. En esta medida, debe recordarse que la aplicación adecuada de las herramientas de interpretación conforme y control de convencionalidad va más allá de citar criterios internacionales en las sentencias emitidas, sino que exige una argumentación robusta sobre la manera en que dichos criterios interactúan en nuestro sistema jurídico y sobre las consecuencias o efectos de dicha interacción.

Análisis específico del Amparo en Revisión 1317/2017

En el caso en cuestión, la controversia se suscitó ante la omisión del Encargado del Registro Civil del municipio de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, de dar respuesta a la solicitud de una mujer trans de modificar su acta de nacimiento con motivo de una reasignación sexogénerica. Anta la falta de respuesta, la quejosa promovió un juicio de amparo indirecto. En el trámite del juicio, el Encargado del Registro Civil argumentó la imposibilidad de dar trámite a la solicitud de la quejosa en tanto que el Código Civil para el Estado de Veracruz únicamente prevé dos mecanismos para la modificación de actas de nacimiento. Por un lado, la modificación por vía administrativa y, por el otro, la rectificación por vía judicial. En su informe justificado, la autoridad responsable argumentó que "toda vez que la rectificación solicitada se trata de un cambio para la realización de las aspiraciones del solicitante y no de un error registrado en la partida de nacimiento, el quejoso deberá tramitar ante la autoridad judicial en turno (sic.)".

El Juez de Distrito encargado de conocer el caso en primera instancia determinó negar el amparo solicitado. Como justificación a su decisión, el Juez de Distrito expresó que, a su juicio, la legislación civil del Estado de Veracruz no resulta discriminatoria en tanto que sí contempla la posibilidad de realizar rectificaciones y modificaciones a las actas de nacimiento a través de procedimientos administrativos y judiciales. El Juez de Distrito consideró congruente la posición sostenida por el Encargado del Registro Civil y precisó que la procedencia de la vía jurisdiccional en este caso no resultaba discriminatoria, sino congruente con la naturaleza y contenido de las normas civiles de Veracruz.

El razonamiento adelantado por el Juez de Distrito revela dos aspectos importantes. Por un lado, un desconocimiento claro de la situación en la que se encuentran las personas trans frente al escenario legal, así como de las necesidades particulares que caracterizan a la satisfacción de derechos de esta población. Pero, por el otro, también permite dar cuenta de

la naturaleza particular, así como de las limitaciones de origen de las figuras de rectificación y modificación de actas de nacimiento consagradas en la mayor parte de los códigos civiles de nuestro país. Volveremos a este punto un poco más adelante.

Frente a la decisión del Juez de Distrito, la parte quejosa promovió recurso de revisión. Dicho recurso fue conocido en un primer momento por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil de Veracruz, quien determinó necesario remitir el caso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Corte asumió competencia para conocer de él y correspondió a la ponencia de la Ministra Norma Piña avocarse a su estudio y resolución.

En el estudio de fondo del caso, la Corte se refirió a varios aspectos importantes. El primero de ellos —aunque más de carácter procesal, pero no por ello menos relevante— tiene que ver con la posibilidad de atacar sistemas normativos en el marco del juicio de amparo. En su resolución la Corte explicó que tratándose de disposiciones legales que guarden una estrecha vinculación, las personas nos encontramos legitimadas para impugnar todas las disposiciones que nos sean aplicables o que eventualmente se nos puedan aplicar. Para ello —señala la Corte— no es necesario que atacemos el acto de aplicación de todas y cada una de las normas que integran a dicho sistema, sino que basta con atacar el acto de aplicación de una de ellas para activar la cadena de impugnación del sistema normativo en su conjunto.

El criterio anterior es importante para casos como el que nos ocupa en tanto que la identidad suele estar vinculada con diversos aspectos regulados a lo largo de la legislación civil. Como lo señala la Corte, la posibilidad de atacar sistemas normativos en su conjunto en el marco del juicio de amparo abre la puerta a que las personas no tengamos que promover distintos juicios, lo que se traduce en una salvaguardia del derecho a la tutela judicial efectiva. Además, y en ejercicio de un control de convencionalidad, la Corte ajustó su argumentación a lo señalado por la

Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que las personas que deseen realizar adecuaciones legales a causa de una reasignación sexo-genérica no deben ser sometidas a cargas irrazonables, sino que deben tener acceso a procedimientos sencillos y rápidos que permitan satisfacer dicha demanda.

Ahora bien, en lo que corresponde al análisis sustantivo del reconocimiento de la identidad de personas trans, es importante tener en cuenta uno de los argumentos sostenidos por la quejosa. En sus escritos de demanda expuso que si bien la legislación civil de Veracruz prevé un procedimiento jurisdiccional de rectificación o modificación de actas del estado civil de las personas, dicho procedimiento no es idóneo, apto o conducente para la emisión de un acta de nacimiento de reasignación para la concordancia sexo-genérica. Incluso, la parte quejosa precisó que los procedimientos de modificación y rectificación de actas del estado civil no son análogos a los de reasignación sexo-genérica. Este argumento es particularmente relevante en tanto que refiere, precisamente, a una situación de exclusión legal de las personas trans que, al final del día, no fue convalidado por la Corte a través de su razonamiento.

Un buen punto de partida yace en que en su análisis la Corte expresa de manera clara la existencia del derecho de las personas trans al reconocimiento de su identidad. De acuerdo con el Tribunal, dicho derecho se integra por tres elementos principales: i) por la posibilidad de todas las personas a definir de manera autónoma —y como parte del libre desarrollo de su personalidad— su identidad sexo-genérica; ii) por la necesidad de que los atributos de la personalidad en actas de nacimiento coincidan con la identidad asumida por las personas, y iii) por la posibilidad de que cuando dichos atributos no coincidan, existan mecanismos adecuados para modificar dicha situación. La controversia resuelta por la Corte se centró, precisamente, en este último elemento: el derecho de las personas trans a acceder a mecanismos legales sencillos y rápidos para el reconocimiento de su identidad.

En la resolución anotada, la Corte circunscribió la problemática a una cuestión de idoneidad de vías legales existentes. Precisó que la legislación civil de Veracruz sí prevé la posibilidad de que las personas acudan a un procedimiento o trámite que permite a la persona interesada obtener la adecuación o concordancia sexo-genérica del acta de nacimiento. Sin embargo, apuntó que el problema con dicha legislación es que el trámite que contempla debe sustanciarse ante una autoridad formalmente judicial. Con base en este razonamiento, la Corte desestimó el argumento de la parte quejosa respecto de la inexistencia de vías idóneas y específicas para el reconocimiento de la identidad de las personas trans. Y, por ende, también desechó la pretensión de la parte quejosa respecto de la imposibilidad de considerar como análogos los procesos existentes de rectificación o modificación de actas de nacimiento con otros procedimientos capaces de reconocer la identidad de las personas trans.

Para sostener la aplicación de los procedimientos de modificación y rectificación de actas de nacimiento, la Corte hizo uso de la categoría de ‘dato esencial’ contenida en el artículo 761 del Código Civil de Veracruz.⁹ Destacó que la legislación civil de Veracruz sí consagra el derecho de las personas a modificar el contenido de sus actas de nacimiento en lo que se refiere al nombre u otro dato esencial como el sexo y la identidad de género de la persona. Asimismo, de la interpretación del sistema normativo contenido en dicho Código, la Corte concluyó que, como regla general, la rectificación o modificación de actas de nacimiento únicamente procede por vía jurisdiccional salvo dos precisas excepciones. La primera, que se trate de la enmienda de errores mecanográficos u ortográficos; y la segunda, que se trate del reconocimiento voluntario de hijas e hijos,

⁹ Artículo 761. Ha lugar a demandar la **rectificación**: I. Por falsedad, cuando se alegue que el suceso registrado no pasó; y II. Por enmienda, cuando se solicite **variar algún nombre u otra circunstancia esencial del acto registrado**. [énfasis en el original]

cuya modificación puede solicitarse a través de un simple proceso administrativo ante la persona Encargada del Registro Civil.¹⁰

Fueron precisamente estas excepciones las que allanaron el camino para que la Corte se pronunciara sobre la base de un criterio de discriminación como diferencia. El razonamiento de la Corte fue que, si la propia legislación civil prevé una excepción para realizar rectificaciones de datos esenciales en actas de nacimiento vía administrativa en casos de reconocimiento voluntario de hijas e hijos, no existe razón de peso suficiente para limitar otros casos que, de manera similar, impliquen una alteración de dichos datos esenciales. En palabras de la Corte "a pesar de que ambos procedimientos (de reconocimiento de hijo o de reasignación sexo-genérica) prevén supuestos de hechos equivalentes, pues ambos tienen por finalidad el cambio de un dato esencial del acta de nacimiento, con el consecuente efecto de que ese cambio se vea reflejado en el acta correspondiente, uno de esos procedimientos debe sustanciarse ante autoridad formalmente jurisdiccional y el otro ante autoridad formalmente administrativa. Sin embargo, tal distinción respecto a la autoridad que debe conocer y substanciar la solicitud correspondiente carece de razonabilidad, pues no se advierte la existencia de un fundamento objetivo y razonable que permita darles a uno y otro supuesto un trato desigual por cuanto hace a la naturaleza formal de la autoridad que debe sustanciar el trámite correspondiente".

Con base en ello, la Corte llegó a la conclusión de que la porción normativa que obligaba a la parte quejosa a substanciar el procedimiento de

¹⁰ Artículo 759. La **rectificación o modificación de un acta del estado civil, no puede hacerse sino ante el poder judicial y en virtud de sentencia de éste**, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente y el reconocimiento que voluntariamente haga un padre de su hijo, el cual se sujetará a las prescripciones de este código. [énfasis en el original]

Artículo 760. Cuando la rectificación tienda a enmendar yerros o defectos mecanográficos, ortográficos, numéricos y otros meramente accidentales del acta asentada, el que tenga derecho a pedir su corrección podrá acudir ante el oficial Encargado del Registro Civil que corresponda, quien de acuerdo con los lineamientos que al respecto expida la Dirección General del Registro Civil acordará lo procedente. Si el acuerdo es negativo, el interesado deberá demandar la rectificación en juicio.

adecuación de su identidad por la vía jurisdiccional resultaba discriminatorio. Por tanto, ordenó al Encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano a dar trámite a la solicitud de la quejosa sobre la base de la excepción contenida en la última parte de dicha disposición, es decir, aquella que prevé el reconocimiento voluntario de hijos e hijas.

Desde un punto de vista funcional la decisión de la Corte resultó positiva en tanto que aseguró la posibilidad de la parte quejosa de acceder a un procedimiento administrativo para el reconocimiento de su identidad como persona trans. Sin embargo, desde un punto de vista de estructura de la decisión, cabe realizar algunos comentarios. El primero de ellos se relaciona con la naturaleza y alcance de los mecanismos legales existentes de modificación y rectificación de actas de nacimiento. No debe olvidarse que uno de los argumentos principales de la parte quejosa fue que dichos procedimientos no pueden ser considerados como análogos a los de reconocimiento de identidad por reasignación sexo-genérica, pues en esencia, la inexistencia de vías específicas disponibles para las personas trans da cuenta de una situación de exclusión legal. Esta premisa parece tener una fuerza particular tomando en consideración la naturaleza y el alcance de los mecanismos legales existentes, los cuales fueron diseñados en el marco de un contexto socio-histórico en donde el fenómeno trans no figuraba siquiera como posibilidad social.

Precisamente a partir de una interpretación sistemática del conjunto normativo impugnado puede presumirse razonablemente que la intención del legislador del momento no fue la de dar cabida a un grupo particular como las personas trans, sino la de establecer ciertas condiciones de certeza a los procesos de rectificación de actas del estado civil para asegurar el mantenimiento de un determinado orden social. En otros términos, incluso podría afirmarse que la intención de la autoridad al momento de crear este tipo de normas no fue la de regular condiciones vinculadas con la identidad de las personas, sino simplemente la de asegurar que la modificación de ciertos datos legales no derivara en un atentado a la certeza y orden públicos. Por esa razón puede decirse que dichos procedimientos seguidos ante autoridad judicial también prevén

ciertas características de escrutinio social y legal reforzado como aquellas vinculadas con la necesidad de hacer del conocimiento público dichas rectificaciones.

Esto conlleva a un segundo problema dentro del razonamiento desarrollado por la Corte: la asimilación de la identidad con el concepto de dato. A lo largo de la sentencia el Tribunal sostuvo que el artículo 761 del Código Civil de Veracruz prevé la posibilidad de variar el nombre o alguna circunstancia esencial del acto registrado. Es en esta última categoría en la que la Corte, con base en el artículo 684 del mismo ordenamiento, incorporó a la identidad de género de las personas, aun cuando dicho artículo únicamente menciona el concepto de sexo. Este razonamiento permitió a la Corte incorporar en una misma categoría un número más amplio de conceptos como el de identidad de género que no se encuentran previstos en la legislación civil. Así, en un intento por salvar esta clase de deficiencia argumentativa, la Corte sostuvo que "si bien las citadas normas no establecen cuál es la finalidad de permitir una rectificación por enmienda de las actas del estado civil, conforme a una interpretación teleológica es factible colegir que la *ratio* de éstas es la de adaptar el acta respectiva a la verdadera realidad social del individuo". Sin embargo, en la decisión bajo estudio, la Corte no hizo explícito el razonamiento que sostiene la conclusión de dicha interpretación teleológica, ni aportó interpretaciones alternativas que refuercen el punto de vista sostenido.

Con base en ello, cabe preguntarse si en realidad los mecanismos existentes en la legislación civil resultan adecuados para salvaguardar los intereses, demandas y necesidades de las personas trans, sobre todo cuando dichos mecanismos parecen no estar enfocados a la atención específica de dichos criterios. Lo anterior se ve acrecentado con la relación de diferencia que la Corte trazó entre un supuesto de reconocimiento voluntario de hijas e hijos y uno de reasignación sexo-genérica. Para sostener el criterio de relación entre ambos supuestos la Corte afir-

mó que en el caso del primero, un acta de nacimiento puede ser modificada para variar un dato esencial consistente en el apellido de la o el hijo reconocido con base en el de la persona que le reconoce voluntariamente. En el caso del segundo supuesto, la Corte sostuvo que las actas de nacimiento pueden modificarse para incorporar un dato esencial consistente en la identidad sexo-genérica de la persona.

Pese a ello la relación trazada por la Corte no resulta del todo salvable. En primer lugar, porque la identidad sexo-genérica de una persona no puede ser considerada únicamente como un dato. A diferencia de lo que ocurre en el caso de las modificaciones en un supuesto de reconocimiento voluntario de hijas e hijos en donde lo que se altera es sólo uno de los apellidos, en el caso de la modificación de actas de nacimiento por reasignación sexo genérica lo que se altera es un conjunto de atributos que van más allá de un apellido y que se refieren a las categorías legales que, en conjunto, dan sentido a la identidad y existencia de una persona. Asimismo, las consecuencias derivadas de uno y otro procedimiento tampoco resultan semejantes. Mientras que en el caso del reconocimiento voluntario de hijas e hijos lo que se obtiene es una anotación en el acta de nacimiento y apéndices respectivos, lo que se debe obtener de un proceso de reasignación sexo-genérica es un nuevo documento de identidad que no incorpore anotación alguna sobre la identidad legal anterior de la persona solicitante.

Sobre esta base, cabe preguntarse si en realidad los supuestos de reconocimiento voluntario de hijas e hijos y de reasignación sexo-genérica resultan semejantes como para trazar un análisis relacional de diferencia. Desde la posición asumida por este comentario tales supuestos no resultan suficientemente coincidentes para realizar un test de este tipo. En primer lugar, en virtud de que la naturaleza de los supuestos de hecho planteados por ambos casos resultan sustancialmente distintos. Mientras que en el primero lo que se modifica es un dato consistente en uno de los apellidos; en el segundo lo que se modifica es un conjunto de atributos que dan sentido a la existencia y reconocimiento mismo de la persona

solicitante. En segundo lugar, en virtud de que ambos supuestos no se encuentran igualmente regulados por las normas legales de nuestro sistema jurídico. Fue precisamente ese el argumento principal de la parte quejosa que la Corte decidió desestimar al intentar salvaguardar la existencia de las normas civiles. Es claro que el reconocimiento voluntario de hijos e hijas formó parte de la voluntad de órgano legislativo en tanto que su regulación se prevé en una excepción específica a la regla general de rectificación de actas. Sin embargo, no puede decirse lo mismo del supuesto de reasignación sexo-genérica que, a diferencia del anterior, no encuentra rastro alguno de intencionalidad sobre su reconocimiento legal. Y en tercer lugar, en virtud de que las consecuencias derivadas de la posibles aplicación de las normas civiles para cada uno de los supuestos también resulta diametralmente distinta. Mientras que en el primer supuesto la aplicación de dichas normas permite la aplicación en cascada de otras disposiciones legales sin que éstas resulten inconstitucionales, en el caso del segundo supuesto su aplicación ajustada trae como consecuencia la inaplicación de un conjunto importante de otras disposiciones legales que resultan inconstitucionales para el caso específico.

A la postre, el sentido de la decisión también requiere de un comentario particular. En su resolución la Corte identificó inconstitucional una porción normativa de la disposición que prevé la rectificación de actas de nacimiento en Veracruz. Sin embargo, para hacer congruente dicha determinación con el razonamiento planteado al inicio respecto de la impugnación del sistema normativo, la Corte dictó criterios específicos a los que el Encargado del Registro Civil debía atenerse al dar trámite a la solicitud planteada. Dichos criterios se basaron, esencialmente, en los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 24/ 17. Con ello, la Corte ordenó al Encargado del Registro Civil prescindir de la aplicación de las normas de la legislación del Estado de Veracruz que pudieran resultar incompatibles con los estándares anunciados, a efecto de que el procedimiento administrativo se substancie a cabalidad con lo esgrimido por la Corte Interamericana. De este modo, de acuerdo con el Tribunal, el Encargado del Registro Civil tam-

poco podría aplicar otras normas relativas a los efectos de la modificación o rectificación de actas de nacimiento, como aquellas contenidas en los artículos 676, 677 y 708 del Código Civil, en tanto que atentan contra los estándares por ella señalados.

¿Qué puede desprenderse de este desarrollo argumentativo? En esencia que, mediante un razonamiento rebuscado, la Corte terminó por modificar de manera casi total en el caso concreto el procedimiento de modificación y rectificación de actas del estado civil que desde un inicio se empeñó en defender. En su sentencia la Corte no sólo alteró la vía procesal para la realización de dicha modificación en el caso de las personas trans, sino que también lo hizo respecto de una parte considerable del sistema normativo al variar los efectos derivados de dicho procedimiento. Si bien el sentido de la resolución debe destacarse como positiva, la metodología utilizada resulta cuestionable sobre todo porque impidió que el Tribunal se pronunciara sobre las condiciones de exclusión legal que enfrentan las personas trans en el escenario mexicano. Sin embargo, y como diría una popular frase mexicana "haiga sido como haiga sido" la Corte sí diseñó —al menos jurisprudencialmente— un nuevo procedimiento específico para el reconocimiento de la identidad de las personas trans.

III. Conclusiones

El avance en torno al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas trans en México ha representado una conquista social. Su desarrollo no se ha dado durante los últimos años, sino que data de un marco temporal de gran aliento acompañado por la movilización de otros grupos y sectores sociales de la diversidad sexual.

En toda esta evolución, el surgimiento de renovadas oportunidades políticas y legales han permitido configurar un escenario de mayor apertura que el movimiento trans en nuestro país ha sabido aprovechar para visibilizar y exigir el cumplimiento de sus demandas y necesidades.

Aunque la labor no ha resultado sencilla ni inmediata, los cambios políticos, legales e institucionales que durante los últimos años ha experimentado nuestro país también han permitido trazar nuevas relaciones de alianza con instituciones estatales que hoy comienzan a reconocer y defender la importancia de la agenda trans para fortalecer el pluralismo y la democratización que México requiere.

Durante los último años, especialmente a partir de la reforma constitucional del año 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha posicionado como un aliado importante en el aseguramiento de los derechos de esta población. Con ello, se ha colocado como una pieza clave en el desarrollo y articulación de amplias estrategias de movilización socio-legal que el movimiento ha comenzado a explotar para intentar modificar las situaciones de desigualdad y desventaja a las que aún se enfrenta. Hasta ahora, la Corte ha logrado generar avances importantes en cuanto al sentido final de sus decisiones para garantizar los derechos de las personas trans. Sin embargo, en su actuar aún quedan importantes retos que enfrentar, sobre todo, en lo que corresponde a una adecuada implementación de las herramientas de interpretación derivadas de la reforma constitucional de 2011. La tensión existente entre el legalismo y la garantía plena de los derechos humanos, así como la necesidad de abordar el análisis de esquemas de discriminación sustentados en la exclusión representan sólo un botón de los caminos que la Corte aún debe terminar por recorrer.

Bibliografía

AGUAYO QUEZADA, Sergio (1997), "Seguridad Nacional y Derechos Humanos en México", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 41(170).

BARRÓN GAVITO, Miguel Ángel (2010), "Repensando el Movimiento: una imaginación poética del Frente Homosexual de Acción Revolucionaria (1978-1981)", Universidad Iberoamericana.

BERNSTEIN, Mary (2005), "Identity Politics", *Annual Review of Sociology*, 31(2005): 47-74.

CABALLERO OCHOA, José Luis, y GARCÍA HUERTA, Daniel Antonio (2016), "El principio pro persona en el marco de interpretación sobre los derechos humanos en México", en *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el internacional*, ed. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México: Porrúa Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

—————, (2017), "El enigma, el candil y el vigía decidido. Los claroscuros del matrimonio igualitario en la jurisprudencia mexicana", en *La Suprema Corte y el Matrimonio Igualitario en México*, ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (eds.), Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.

CARRILLO SÁNCHEZ, María Fernanda (2008), "Transgresión desde Adentro", Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México.

Congreso de la Ciudad de México, (2019), *La Larga Marcha. Memoria política y legislativa por la lucha de los derechos de la comunidad LGTBTTI*, Ciudad de México.

CUMMINGS, Scott L. (2017), "The Social Movement Turn in Law Permalink", *UCLA Pubic Law & Legal Theory Series*.

DIEZ, Jordi (2011), "La Trayectoria Política del Movimiento Lésbico-Gay en México", *Estudios Sociológicos*, 29(86): 687-712.

ESTRADA CORONA, Adrián (2010), "El Proceso de Lucha del Colectivo Lésbico-Gay. Entrevista con Alejandro Brito", *Revista Digital Universitaria*, 11(9): 1-11.

- FAZIO, Gianluca De (2012), "Legal opportunity structure and social movement strategy in Northern Ireland and southern United States", *International Journal of Comparative Sociology* 53(1): 3-23.
- GUTIÉRREZ, Carlos, NAVARRETE, Rodrigo y TOVAR, Marianela (2007), "Diversos y socialistas: La diversidad sexual en el socialismo del siglo XXI", *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 13: 103-23.
- GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Ana Paulina (2019), "Cambios y permanencias en la atmósfera cultural trans femenina de Ciudad de México", *Estudios Sociológicos de El Colegio de México* 38(112): 73-102.
- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Juan Jacobo (2008), "25 años de presencia comunitaria en la respuesta al VIH y al SIDA en México" en *25 años de SIDA en México: Logros, Desaciertos y Retos*, CÓRDOVA VILLALOBOS, José Ángel, PONCE DE LEÓN ROSALES, Samuel y VALDESPINO, José Luis (eds.), Ciudad de México: Instituto Nacional de Salud Pública.
- HILSON, Chris (2002), "New social movements: the role of legal opportunity New social movements: the role of legal opportunity", *Journal of European Public Policy* 9(2): 238-55.
- JIMENEZ DE SANDI, Alfonso (2016), "La Marcha del Orgullo LGBT de Ciudad de México", *Revista Perspectivas* (1):13.
- LAGUARDA, Rodrigo (2007), "Gay en México: Lucha de Representaciones e Identidad", *Alteridades* 17(33): 127-33.
- LATORRE-CATALÁN, Marta (2017), "Opportunity Structure", *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Social Theory*.
- MARTÍNEZ CARMONA, Carlos Arturo (2015), "La Institucionalización del Movimiento Lésbico, Gay, Bisexual, Transexual, Transgénero y Travesti en la Ciudad de México (1978-2013)", FLACSO México.

_____, (2018), "Campo de Movimiento Social: Explorando sus Regularidades. El Caso del Movimiento Homosexual Mexicano", *Revista Mexicana de Estudios de los Movimientos Sociales*, 2(2).

_____, (2020), "Cómo el movimiento LGBT define disputar en derechos de minorías. Enmarcamiento legal mediante difusión relacional", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 45(239): 233-62.

MASSOUMI, Narzanin (2015), "Identity Politics and Social Movements", *Muslim Women, Social Movements and the 'War on Terror'*: 11-35.

MCADAM, Doug, TARROW, Sidney y TILLY, Charles (eds.), (2001), *Dynamics of Contention*. United Kingdom: Cambridge.

MEYER, David S. y MINKOFF, Debra C. (2004), "Conceptualizing political opportunity", *Social Forces* 82(4): 1457-92.

MOGROVEJO, Norma (2000), *Un Amor que Se Atrevió a Decir su Nombre*, México: Plaza y Valdés.

_____, (2008), "Diversidad sexual, un concepto problemático", *Revista trabajo social* (18): 62-71.

OSORNO, Guillermo (2014), *Tengo que morir todas las noches*, Ciudad de México: Debate.

POLLETTA, Francesca y JASPER, James M. (2001), "Collective Identity and Social Movements", *Annual Review of Sociology*, 27(2001): 283-305.

Revolucionaria, Frente Homosexual de Acción (1979), "FHAR. Manifiesto", *Nuestro Cuerpo*.

SANDOVAL REBOLLO, Erica Marisol (2011), "La Convicción Encarnada: Una mirada semiótica a las voces y relatos de vida de personas

transexuales y transgéneros en la Ciudad de México", Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social.

SERAFÍN CASTRO, Alexei Daniel (2010), "Entre Acción y Contexto Político: El papel del movimiento lésbico-homosexual de la Ciudad de México en el origen y aprobación de la ley de sociedades de convivencia: 2001-2006", Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora.

ULLOA LÓPEZ, Santiago (2017), "De la persecución al reconocimiento de las minorías sexuales en la Ciudad de México", *El Cotidiano* (202): 59–71.

VANHALA, Lisa (2012), "Legal Opportunity Structures and the Paradox of Legal Mobilization by the Environmental Movement in the UK", *Law and Society Review* 46(3): 29–30.

_____, (2018), "Legal Mobilization", *Oxford Bibliographies*.

WILSON, Bruce M. y RODRÍGUEZ CORDERO, Juan Carlos (2006), "Legal Opportunity Structures and Social Movements", *Comparative Political Studies* 39(3): 325–51.

ZEMANS, Frances Kahn. (1983), "Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System", *American Political Science Review* 77(3): 690–703.

En contra de la tiranía de las mayorías: la introducción del estándar de impacto desproporcionado en los casos de la colectividad LGTBI

David García Sarubbi*

SUMARIO: I. la irrelevancia constitucional de las minorías en el siglo XX. II. La reforma de 2001 y la constitucionalización de las minorías en la Novena Época. III. El estándar de impacto desproporcionado en la Décima Época. IV. Conclusiones.

En el presente artículo me propongo dar cuenta de los precedentes más relevantes emitidos a la fecha que, en su conjunto, sostienen la actual doctrina del "impacto desproporcionado", que es aquel estándar de revisión judicial utilizado por la Suprema Corte para analizar la validez de leyes que son neutras en su contenido, pero que pueden producir discriminación por resultado, o en vía indirecta. Estos criterios se han producido en la Décima Época, sobre todo, con el fin de hacer justiciable el derecho a la no discriminación de la colectividad LGTBI.¹ Como lo concluiré, esta doctrina expande la justiciabilidad de la Constitución como norma jurídica y permite posicionar a la Corte como protectora de las minorías.

* Maestro en derecho por la Universidad de Nueva York, secretario de estudio y cuenta en la Suprema Corte y profesor de derecho constitucional en el ITAM.

¹ Personas lesbianas, gay, transexual o transgénero, bisexual e intersexual.

I. La irrelevancia constitucional de las minorías en el siglo XX

1. El principio de no discriminación en el paradigma de las "garantías individuales"

Nuestra Constitución ha tenido distintos grados de justiciabilidad a lo largo de su vigencia, entendiéndose por ello su valor jurídico para servir como criterio de validez de las leyes. Durante gran parte del siglo XX, la Corte sólo admitía a las garantías individuales como justiciables, lo que le permitió situar en el centro de la protección a una persona individual y autónoma, separada de su identidad colectiva, pero dotada de derechos subjetivos, y dejar en la irrelevancia constitucional cualquier mención de las minorías;² sin embargo, después de las reformas constitucionales de 1994, 1996 y especialmente la de 2011, la Corte se ha asumido como un genuino Tribunal Constitucional responsable de tutelar la integridad de la Constitución, especialmente, de su forma democrática, lo que ha permitido insertar a las minorías como sujetos constitucionales y ubicarlas en un lugar de protección reforzada.³

Así, en esta evolución, la justicia constitucional ha tenido distintas funciones. De desempeñarse como un mecanismo de control de los valores formales del Estado de Derecho —seguridad jurídica, igualdad ante la ley y proscripción de la arbitrariedad—, útil para proteger la autonomía de los individuos, ahora se presenta como un instrumento de protección de las precondiciones democráticas —derechos humanos y protección de minorías—, cuya base de legitimación se asienta en la premisa de que la dignidad humana se encuentra en el centro de ese parámetro de validez jurídica.⁴

² Véase, por ejemplo, la tesis aislada de la Segunda Sala, visible en la página 4719 del Tomo LXX del *Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "GARANTÍAS INDIVIDUALES, BASE DEL AMPARO."

³ La premisa en que basa esta ampliación del control constitucional es la naturaleza jurídica de la totalidad de la Constitución. Véase, por ejemplo, la tesis aislada CXXXV/2015 de la Primera Sala, visible en la página 485 del Libro 17 (abril de 2015), Tomo I de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "CONSTITUCIÓN. SU CONCEPCIÓN COMO NORMA JURÍDICA."

⁴ Véase, por ejemplo, la tesis aislada CCCLIV/2014 de la Primera Sala, visible en la página 602 del Libro 11 (octubre de 2014), Tomo I de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, de rubro:

En este contexto, mi hipótesis es que después de la reforma de junio de 2011 uno de los principales temas de la Constitución incontrovertible es: la protección de las minorías. El lema que podría sintetizar los avances jurisprudenciales de esta época podría ser: la Suprema Corte, aplicando la Constitución, es la principal protección para reforzar la representación de aquellos grupos estructuralmente excluidos de la democracia.

Las minorías históricamente excluidas, aquellas que han sufrido de una desigualdad estructural, merecedoras de una protección judicial reforzada, también conocidas como "categorías sospechosas", se encuentran identificadas enunciativamente en el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional: por su origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El colectivo LGTBI es una de estas minorías históricamente discriminadas por su orientación sexual y por razón de género. En la Décima Época este colectivo ha pasado a ocupar un lugar central de protección constitucional, generando el desarrollo de la jurisprudencia sobre el principio de no discriminación y produciendo la actual doctrina de impacto desproporcionado. Sin embargo, debe recordarse que esto no siempre ha sido así.

La *cláusula anti-discriminación* del artículo 1o. se introdujo recientemente en nuestra historia constitucional, a partir de la reforma de agosto de 2001. Cabe mencionar que no tuvo como propósito introducir una protección genérica de los grupos vulnerables, sino introducir un conjunto de

"DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA."

derechos de los pueblos y las comunidades indígenas en el contexto de los compromisos adquiridos a partir del conflicto zapatista iniciado en 1994.

Antes de esta fecha, en la Constitución mexicana no existía una cláusula que permitiera controlar leyes ni prácticas discriminatorias; ello, sin embargo, no impidió que la Corte reconociera un principio de no discriminación implícito en la expresión del artículo 1o. constitucional, en la parte que establecía que "en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que ella misma establece", aunque debe aclararse, con un contenido muy distinto al utilizado actualmente, casi irreconocible para la doctrina contemporánea.

Durante todo el tiempo previo a la reforma de 2001, el estándar utilizado por la Corte para tener por demostrada una violación a dicho principio era muy exigente para los quejosos y muy amigables para las autoridades, pues requería comprobar que la ley suprimiera desigualmente el goce de una garantía individual en contra de algunas personas. No por ello, sin embargo, este principio carecía de eficacia. Un ejemplo de esta época fue el Amparo en Revisión 586/56 resuelto por la Segunda Sala en la Quinta Época; se trató de un juicio promovido por una persona extranjera con residencia en el país en contra del artículo 15 de la Ley de Profesiones, al considerar que discriminaba a quienes tenían una nacionalidad distinta, por impedirseles ejercer las profesiones técnico-científicas, a las que sí podían acceder los nacionales. La Corte le otorgó la razón al quejoso, al concluir que el Congreso de la Unión discriminó entre extranjeros y nacionales. Sin embargo, para llegar a esta conclusión, en la sentencia se tuvo que partir de la premisa de que el artículo 4o. constitucional consagraba el derecho de trabajo, para de ahí precisar que era "claro que la restricción establecida por el artículo 15 de la Ley de Profesiones pugna abiertamente con la libertad del ejercicio profesional que

se garantiza por la Constitución Federal para todos los habitantes del país, nacionales y extranjeros".⁵

El inconveniente de este estándar era que, en realidad, el principio de no discriminación no habilitaba una evaluación de los criterios de distribución de cargas y beneficios en la sociedad, ni menos suponía una protección de ciertas minorías, sino que consistía en una simple constatación de que las leyes no negaran la titularidad universal de una garantía individual. De esta manera, el principio de no discriminación era poco útil para cuestionar instituciones legales que preservaban estereotipos y mantenían el *status* subordinado de ciertas personas.

3. Los precedentes del paradigma de las garantías individuales

Tal pareciera que el paradigma de las garantías individuales generó que el modelo de justicia constitucional se organizara alrededor del valor de la autonomía y de la seguridad jurídica, lo que ocasionó la irrelevancia de las minorías como categoría constitucional. Para demostrar lo anterior veamos algunos casos paradigmáticos, en los cuales la Corte fue indiferente al reclamo formulado desde la desigualdad racial y de género de ciertos grupos que hoy calificaríamos como grupos con una protección reforzada.

Por lo que respecta a la desprotección de las minorías raciales, uno de los ejemplos más recordados es la infame ejecutoria recaída al Amparo en Revisión 1848/29, resuelta por la Segunda Sala en sesión del seis de diciembre de 1932. Este juicio fue promovido por un hombre oriundo del estado de Sonora en contra de un precepto de la legislación civil de este estado que prohibía "el matrimonio de las mujeres mexicanas con individuos de raza china", ya que, con motivo de la aplicación de dicho

⁵ Véase la tesis aislada que derivó de esta ejecutoria, visible en la página 271 del Tomo CXXIX del *Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "PROFESIONES, EJERCICIO DE, POR EXTRANJEROS."

precepto, el juez del Registro Civil de su localidad se negó a tomarle nota de su presentación ante dicho juzgado —un hombre de raza china, según lo asentado por dicho funcionario— con una mujer mexicana. Al evaluar la ley, la Corte no encontró motivo alguno de reproche constitucional y, por tanto, negó el amparo sobre la base de dos premisas: el matrimonio no es una garantía individual, sino una modalidad de contrato, libremente configurable por el legislador y el impedimento de raza se configura como una regla general, abstracta e impersonal, lo que permite una aplicación equitativa de su contenido.⁶

Como se observa, con esta sentencia la Corte fue indiferente a una ley discriminatoria, dejando indefensas a las minorías raciales cuando éstas no pudieran apuntar a la violación de una garantía individual y se sometieran a una norma que admitiera una igual aplicación formal de su contenido.

Otro grupo vulnerable soslayado por la Corte fue el de las mujeres, como lo demuestra la ejecutoria recaída a la Contradicción de Tesis 5/92, resuelta por la Primera Sala en la Octava Época. En esa ocasión, la Corte tuvo que resolver un diferendo interpretativo sobre el tipo penal de violación, previsto en la legislación penal del estado de Puebla, en el contexto de casos que involucraban como víctimas a mujeres casadas y como imputados a sus esposos, dentro de lo que ahora podríamos identificar como un patrón de violencia de género. La Corte resolvió la disputa, concluyendo que no era configurable el delito de violación entre cónyuges, al considerar que se trataba del ejercicio indebido de un derecho, dando un pase de impunidad para que las mujeres siguieran sufriendo violencia sexual a manos de sus esposos, lo que además ayudó a reforzar el estereotipo que las ha mantenido históricamente en un régimen de subordinación por razón de género. Sobra decir que en la

⁶ De la resolución de este asunto derivó la tesis visible en la página 2072 del Tomo XXXVI del *Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "MATRIMONIO EN SONORA, PROHIBICIONES PARA CONTRAERLO."

sentencia no existe una sola mención a la situación de vulnerabilidad de la mujer, ni al impacto desproporcionado que este criterio podría tener en su contra.⁷

Complementario de esta concepción individualista del principio de no discriminación, que impidió la defensa de grupos vulnerables, como lo eran minorías étnicas o a las mujeres, se encontraba una teoría formal de la democracia, que también fue indiferente a las minorías políticas, lo que se reflejó en la manera en que la Corte evaluaba las violaciones al procedimiento legislativo. De acuerdo con la doctrina de esta época, sólo aquellas violaciones que trascendían al contenido de la norma eran susceptibles de generar la invalidez de las mismas, identificables en función del fin último del proceso, que era que cualquier iniciativa legalmente presentada fuera "aprobada por el Pleno del órgano legislativo y publicada oficialmente". De esta manera, siempre que una mayoría se pudiera imponer, resultaba irrelevante el cumplimiento de los requisitos procesales que protegían la participación de las minorías.⁸

Así, previo a la reforma constitucional de 2001, el principio de no discriminación no servía para habilitar a la Corte para cuestionar las prácticas de exclusión de ciertos grupos en la distribución de cargas y beneficios, sino simplemente para controlar que el limitado listado de garantías individuales mantuviera sus condiciones de titularidad universal. Como había anticipado, dicho principio, más que avanzar en la protección de las minorías, supuso consolidar su irrelevancia para la justicia constitucional. Así lo demuestran los casos reseñados.

⁷ De este asunto derivó la jurisprudencia 10/94, visible en la página 18 del número 77 (mayo de 1994) de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE."

⁸ Véase, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia 94/2001 del Pleno, visible en la página 438 del Tomo XIV (agosto de 2001) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "VIOLACIONES DE CARÁCTER FORMAL EN EL PROCESO LEGISLATIVO. SON IRRELEVANTES SI NO TRASCIENDEN DE MANERA FUNDAMENTAL A LA NORMA."

II. Reforma constitucional de 2001 y la constitucionalización de las minorías en la Novena Época

Con la reforma de agosto de 2001, la doctrina vigente desde 1917 empezó a desmoronarse y la Suprema Corte empezó la construcción de nuevos estándares. Debe recordarse que la introducción de la cláusula antidiscriminación en el artículo 1o. constitucional de 2001 fue parte de un cambio que tuvo como principal propósito reconocer un conjunto de derechos a los pueblos y comunidades indígenas, lo que supuso la introducción de un cambio que exigió de la Corte entender la justicia constitucional en perspectiva de los derechos de "reconocimiento" de la identidad de ciertos grupos minoritarios.

1. La adición de dos nuevas premisas teóricas al modelo de justicia constitucional

Así, para entender este giro en la dirección de la jurisprudencia de la Suprema Corte, habré de dar cuenta de la aparición de dos nuevos resortes teóricos del modelo de justicia constitucional: la exigencia del "reconocimiento/identidad" y del modelo de "democracia deliberativa". Posteriormente, podremos dar cuenta de la aparición de una nueva línea de precedentes.

En efecto, para entender este cambio de concepción, que generó la constitucionalización de los derechos de los indígenas, las mujeres, las personas con discapacidad, y del colectivo LGTBI, entre otros, es necesario hacer referencia a Charles Taylor, quien explica esta redirección del discurso de la justicia hacia la reivindicación del "reconocimiento". (Taylor, C. 1994).

Para este filósofo, el concepto primordial de esta concepción de la justicia es la "identidad", que debe entenderse como un bien básico, que permite que una persona interprete quién es y pueda decidir y atribuir significado de sus características fundamentales, no sólo individualmente, sino en relación con los diversos grupos de su adscripción. Nos re-

cuerda que la identidad no se puede producir libremente en cualquier contexto, ya que las condiciones de dicha identidad se moldean por un factor creado por las reglas sociales: el reconocimiento, por la falta de éste o por el falso reconocimiento. Para el constitucionalismo esto es relevante, ya que a partir de este paradigma se empieza a calificar a ciertas formas de rechazo de reconocimiento como causa de opresión, si es que frustran las condiciones de su construcción. Así, el reconocimiento debe constituirse como una exigencia al Estado, quien ha de garantizar que sus leyes contengan estructuras de reconocimiento adecuadas, especialmente para aquellas minorías históricamente excluidas.

A partir de esta concepción, el reconocimiento se formula como una necesidad humana vital, cuya reivindicación se ha dado por la caída de las jerarquías sociales (del viejo régimen) y su sustitución por la dignidad, que es universal. En el multiculturalismo moderno, según este autor, lo novedoso no es el reclamo por el reconocimiento en abstracto, ya que éste siempre ha estado presente, sino más concretamente que ese cuestionamiento provenga de una pluralidad de grupos y se dirija en contra de las condiciones institucionales creadas por el liberalismo por obstaculizar el reconocimiento de su identidad; por ejemplo, contra aquellas reglas borran las diferencias y generan la asimilación cultural.

Aplicando lo anterior al tema que nos interesa, es claro que el principio de no discriminación es el candidato idóneo para refundarse como herramienta de exigencia de reconocimiento para los grupos excluidos históricamente, así como para cuestionar y desmontar aquellas leyes y políticas públicas que obstaculizan la construcción de sus identidades minoritarias.

Así, retomando a Taylor una vez más, surge el discurso de reconocimiento tanto en una esfera íntima como en una pública, siendo esta última la relevante, en la que se fundamenta la política del reconocimiento igualitario, la cual se ha de componer de dos ejes: 1) el reconocimiento universal de la dignidad y de los derechos y 2) la política de

la diferencia, que teniendo base universalista combate la asimilación cultural y justifica la exigencia de igual respeto de las identidades de grupo.

Sin embargo, como nos recuerda Taylor, ambas dimensiones pueden entrar en tensión, pues la primera puede basarse en un liberalismo con tendencias homogenizantes, si sólo acepta los compromisos procesales y descarta aquellos sustantivos (rechaza la sociedad distinta). Me parece que un buen ejemplo de este riesgo se encuentra en la concepción de la Corte sobre las garantías individuales antes de la reforma de 2001, cuya visión era una abstracción de la persona, lo que evitaba que los distintos grupos culturalmente oprimidos se defendieran de la asimilación cultural; de ahí que, como lo defiende el referido filósofo, deba sustituirse esta fórmula por un liberalismo que pondere la necesidad de la supervivencia cultural de todos los grupos. Una vez más, pareciera que el principio de no discriminación, en su renovada concepción a partir de 2001, se puede presentar como herramienta útil para canalizar estas exigencias de justicia desde el discurso del "reconocimiento."

Nancy Fraser, otra importante autora en este tema, defiende la posibilidad de construir un marco amplio que integre complementariamente dos dimensiones de la justicia social: la redistributiva, cuyo origen es la tradición liberal-igualitaria, desde donde se siga defendiendo la libertad individual en el marco de una democracia social, y la del reconocimiento, de origen hegeliano, y que se relaciona con la intersubjetividad de una conciencia, desde donde se defendería un marco de reconocimiento de todos (política de la diferencia). Para esta autora, el "estatus" es una importante fuente de subordinación que debería ser objeto de preocupación constitucional. (Fraser, N, 2006, y Honnet, 2006).

Según Fraser, la justicia del reconocimiento se identifica con la política de identidades, la que no se traduce en la mera exigencia de afirmación de la especificidad de grupo, sino en una perspectiva de justicia social aplicable a cualquier movimiento, al cual se asocia un tipo específico de remedios: la corrección de los marcos institucionales que condicionan

los patrones de representación social, interpretación y comunicación, que dan lugar a la dominación cultural (no reconocimiento). Ésta ha sido una de las banderas de protesta de los colectivos LGTBI, quienes históricamente han denunciado que las leyes civiles y familiares clausuran las posibilidades de desarrollo de su identidad, imponiéndoles una sola forma de entender la identidad sexual.

El otro resorte de reciente introducción a este nuevo modelo de justicia constitucional es la idea de una democracia deliberativa. Esta concepción toma como base la conformación plural de la sociedad y, por tanto, tiene como propósito la producción de mayorías contingentes y momentáneas a partir de un proceso permanente de negociación y compromiso. Así, la democracia deliberativa busca que los diferendos sociales se resuelvan mediante la aplicación de reglas que propician el libre intercambio de razones en un contexto que favorece la reflexión colectiva. Para apreciar qué relevancia tiene esta concepción con la protección de minorías, habremos de recurrir a un debate de derecho comparado e invocar el importante caso de *United States v. Carolene Products Co* (1934) resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos, en el cual se consolidó el criterio de que las leyes merecen deferencia por su legitimidad democrática, por lo que deben controlarse con un estándar de escrutinio ordinario; sin embargo, este caso trascendió por su nota al pie número 4 (identificada como la nota al pie más relevante de toda la jurisprudencia de Estados Unidos), ya que en ella se advirtió que esta regla encontraba una excepción, al señalarse que el prejuicio en contra de minorías discretas e insulares podría ser una condición especial que afectaría la operación de los procesos políticos ordinariamente confiados para la protección de las minorías y, por tanto, podrían sujetarse a un escrutinio judicial más exigente.

Bruce Ackerman identifica a estas minorías merecedoras de protección judicial como "grupos *Carolene*" y los define como aquellas que encuentran dificultades extraordinarias para trabar acuerdos con potenciales compañeros de coalición en el proceso democrático; nosotros, con la

ayuda de Taylor y Fraser, agregaríamos que, además, son aquellos grupos cuya identidad se encuentra en peligro por las estructuras jurídicas de las que depende su reconocimiento. Como dice Ackerman, *Carolene* trasciende un entendimiento formal de democracia y abre el camino para construir una concepción sustantiva de la influencia indebida y del impacto desproporcionado en el proceso político.⁹ (Ackerman, B, 1985).

Ackerman sostiene que el precedente mencionado sienta una nueva base del control judicial, que supera el viejo paradigma de que el poder judicial debe limitarse a proteger a los individuos entendidos como entes autónomos, para tomar a la democracia como paradigma y apuntar hacia un camino de justicia racial y de derechos de minorías, cuya protección reforzada, vía judicial, se basa en el hecho de que a esas minorías les es negado el poder de influencia política, justamente por sus propiedades específicas: son discretas e insulares. El modelo de control constitucional resultante aceptaría dos postulados: el reconocimiento constitucional definitivo de que algunos grupos sufren de desventajas estructurales en la persecución de sus intereses en el proceso democrático y que los prejuicios que median en los procesos políticos requieren una instancia última que los pueda criticar. El poder judicial sería el remedio para corregir ambas distorsiones del proceso político.

Lo relevante de la aportación de este autor, sin embargo, es su advertencia de la insuficiencia de limitar la concepción de minorías a aquellas estrictamente discretas e insulares, ya que en una democracia plural es posible detectar la existencia de una mayoría políticamente inefectiva, de ahí que sea necesario enfocarnos en las dificultades organizacionales que evitan que una mayoría pueda influir en el flujo de las decisiones legislativas.

De esta manera, propone incluir como minorías, no sólo a las discretas e insulares, sino también a las anónimas y difusas. Estas últimas son

⁹ Ackerman, Bruce A, "Beyond *Carolene Products*", 98, *Harvard Law Review* 713 (1985).

aquellas que ni siquiera tienen la posibilidad de organizarse para articular intereses propios, por no poder formar grupos de presión. Aquellas minorías anónimas se distinguen de las discretas, en que aquéllas pueden ocultar las características que los identifican como miembros de una minoría desaventajada (por ejemplo, las personas homosexuales en oposición a las minorías raciales), mientras que las difusas son aquellas esparcidas de una manera que impiden la convivencia y construcción de una identidad colectiva (por ejemplo, las mujeres en oposición a ciertas minorías étnicas). Ambas propiedades (ser difusas y anónimas) hacen difícil su organización y visibilización para empujar sus intereses en las mesas de negociación dentro del curso ordinario de construcción de mayorías. De esta manera tenemos dos continuos para reconocer minorías: las insulares/difusas, con base en la cual medimos la intensidad y extensión de la interacción inter-grupos, mientras que la discreción/anónimo mide la facilidad con la que externos pueden identificar a los miembros de dichas minorías. Así, aquellas raciales serían discretas e insulares, las mujeres discretas y difusas, las personas homosexuales anónimas e insulares, mientras que las personas en situación de pobreza son anónimas y difusas.

En mi opinión, ambos modelos teóricos aquí reseñados sucintamente (la inclusión del reconocimiento/identidad en el discurso de la justicia y la protección de la integridad de un proceso democrático plural) han sido utilizados por la Suprema Corte (consciente o inconscientemente, y no de manera pacífica entre sus integrantes) como cimientos de una nueva base de legitimidad del control judicial de las leyes.

2. Los derechos de las minorías en acción

Después de la reforma de 2001, la Primera Sala fue la primera en explorar la construcción de estándares de escrutinio diferenciados para resolver cuestionamientos alzados contra leyes con motivo de su posible discriminación en contra de grupos vulnerables. Así, desde el 2004, esta Sala emitió la tesis que inaugura la doctrina de las categorías sospechosas,

la cual sigue siendo vigente y tiene como rubro "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)".¹⁰

Con base en esta renovada concepción, la Corte inició una etapa de evaluaciones de leyes, previamente reconocidas como válidas en el anterior paradigma, por su probable conflicto con el principio de no discriminación, principio ahora reconceptualizado en términos de la pareja de conceptos de identidad/reconocimiento para corregir las distorsiones del proceso político. Así, se dieron los primeros precedentes de protección de las minorías excluidas por razón de género y por condiciones de salud.

En efecto, en esta nueva etapa, la Primera Sala dio los primeros pasos, tomando como orientación los criterios identificados en el artículo 1o. constitucional, a las cuales desde entonces les denominó "categorías sospechosas". Uno de los primeros grupos merecedores de protección fueron las mujeres; así, en los primeros años dicha Sala resolvió la solicitud de modificación de jurisprudencia 9/2005-PS, en sesión del dieciséis de noviembre de dos mil cinco, en cuya ejecutoria se tuvo por superada la jurisprudencia que determinaba que no se configuraba el delito entre cónyuges, para ahora sostener el criterio opuesto.

En esta relevante sentencia se concluyó que el bien jurídico tutelado por ese delito es la libertad sexual de las personas, por lo que no se podía seguir sosteniendo lo que "en épocas pasadas se llegó a considerar —aún por parte de la doctrina más reconocida— que el bien jurídico tutelado por el delito de violación lo era la pudicia individual (Carrara) o la honestidad de la mujer (Beling)". Aunque dicha sentencia no fue frontal en

¹⁰ Esta tesis se terminó reiterando para integrar la jurisprudencia 37/2008, visible en la página 175 del Tomo XXVII (abril de 2008) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

cuestionar directamente los patrones culturales y estructuras de representación que desde el matrimonio han mantenido a las mujeres en un lugar subordinado, es relevante como la Corte visibilizó la vulnerabilidad de este grupo.

Inmediatamente después de la resolución de este caso le siguió la decisión, ahora por parte del Pleno de la Suprema Corte, de un conjunto de casos conocidos de "militares con VIH/SIDA", en los cuales este Tribunal se enfrentó por primera vez al cuestionamiento de cómo evaluar si una ley, que regula un beneficio o carga, que no es necesariamente contenido de una garantía individual, viola o no el principio de no discriminación.¹¹ En estos casos se evaluó la validez del artículo 226, segunda categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, el cual preveía la causa legal de retiro por inutilidad basada en la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). Con base en este artículo, aquellos militares o integrantes de las fuerzas armadas que actualizaban esta causa de retiro, podían perder todos sus derechos de seguridad social, entre los que se incluían los servicios de salud, que, en su caso, implicaba perder acceso a los retrovirales necesarios para su condición.

El Pleno, por mayoría de ocho votos, declaró la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, al considerarlo contrario al derecho de no discriminación introducido por reforma constitucional algunos años antes. Ésta fue la primera vez que el Pleno determinó que el principio de no discriminación reduce el ámbito de libre configuración del legislador y es la primera vez que lo distinguió del principio de igualdad, como uno especializado en la protección de ciertos grupos minoritarios. En términos de esas sentencias:

¹¹ Se trata de los amparos en revisión 2146/2005, 810/2006, 1285/2006 y 1659/2006, todos resueltos en sesión del 27 de febrero de 2007. El Amparo en Revisión 307/2007 se resolvió el 24 de septiembre de 2007.

La Constitución no sólo ha reconocido como principio constitucional la garantía de igualdad, sino que ha previsto una regla precisa en el sentido de prohibir toda discriminación fundada, entre otras razones, en la salud de las personas; regla constitucional cuya estructura concreta y específica deja al legislador un margen muy estrecho de apreciación al momento de prever diferenciaciones en las leyes que le corresponde emitir a esos efectos.

Resulta interesante observar que en estos precedentes el Pleno dialogó con su doctrina anterior, al concluir que ya no bastaba con que el legislador emitiera reglas generales, abstractas e impersonales para cumplir con el principio de no discriminación, pues si "el principio general de igualdad se limitara a una práctica universalista de decisión, el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posible".

Con base en ello, regresando a los casos concretos, el Pleno resolvió que "dicha regulación implica una distinción legal entre los integrantes de las Fuerzas Armadas Mexicanas violatoria de las garantías de igualdad y no discriminación por razón de salud", lo que se demostró al no superar lo que desde entonces se ha consolidado como un test de proporcionalidad.¹²

¹² En la sentencia se corrió el test de la siguiente manera: "1) es inadecuada para alcanzar la finalidad mencionada, porque la ciencia médica, reflejada en distintas directrices nacionales e internacionales, ha demostrado la inexactitud de que quienes porten dichos virus sean -per se- agentes de contagio directo y en consecuencia, individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del Ejército; 2) es desproporcional, porque el legislador, para alcanzar el mencionado objetivo, tenía a su disposición alternativas menos gravosas para el militar implicado, considerando que la legislación castrense hace posible su traslado a un área distinta, acorde a las aptitudes físicas que va presentando durante el desarrollo del padecimiento, como sucede con diversas enfermedades incurables; y, 3) carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), pues bajo esa concepción habría múltiples casos en los que la merma en la salud permitiría justificar la separación inmediata del trabajo y la sustracción a los servicios de salud respectivos, sin analizar previamente si los efectos del mal le permiten o no desplegar con solvencia la actividad para la cual hubiera sido contratado, nombrado o reclutado".

La aplicación de este test de proporcionalidad desenmascaró el prejuicio histórico utilizado por el legislador para emitir la norma impugnada, en contra de las personas con VIH/SIDA. Desde entonces, el principio de no discriminación dejó de limitarse a proteger la titularidad universal de las garantías individuales para erigirse en un instrumento de evaluación de las clasificaciones legislativas.¹³

Así, en esta segunda etapa se declararon inconstitucionales varias leyes por discriminatorias al incluir tratos discriminatorios en contra de minorías; por ejemplo, en el reparto de prestaciones de seguridad social con base en el sexo,¹⁴ e incluso de preceptos penales que generaban un tratamiento discriminatorio en contra de farmacodependientes.¹⁵

Paralelamente, la Corte sustituyó su concepción sobre el proceso democrático. De esta manera, el Pleno modificó su jurisprudencia y determinó que las violaciones legislativas debían evaluarse tomando como base el modelo de democracia deliberativa, por lo que debía entenderse que aquellas violaciones que trascendían a las normas no sólo eran aque-

¹³ De la resolución de estos casos derivó la tesis de jurisprudencia 131/2007, visible en la página 12 del Tomo XXVI (diciembre de 2007) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 226, SEGUNDA CATEGORÍA, FRACCIÓN 45, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, QUE PREVÉ LA CAUSA LEGAL DE RETIRO POR INUTILIDAD BASADA EN LA SEROPOSITIVIDAD A LOS ANTICUERPOS CONTRA EL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH), VIOLA EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

¹⁴ La Segunda Sala al resolver el amparo directo en revisión 881/2007 el 4 de julio de 2007, declaró la inconstitucionalidad del artículo 152 de la Ley del Seguro Social "porque excluye al concubinario del derecho a obtener dicha pensión [por viudez], no obstante que está colocado en igualdad de circunstancias que la viuda, el viudo o la concubina, pues de igual manera aquél integra una familia con la asegurada o pensionada, razón por la cual no debe ser tratado de manera desigual o discriminatoria frente a los indicados sujetos."

De la misma manera, al resolver el amparo en revisión 664/2008, en sesión del 17 de septiembre de 2008, la Segunda Sala declaró la inconstitucionalidad del artículo 130, párrafo segundo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar el otorgamiento de la pensión por viudez a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida.

¹⁵ El Pleno al resolver el amparo en revisión 1492/2007, en sesión del 17 de septiembre de 2009, por una mayoría de seis votos, declaró la inconstitucionalidad del artículo 199, párrafo primero, del Código Penal Federal, al establecer una excusa absoluta que obliga a los farmacodependientes a someterse a un proceso penal, cuando este tratamiento no extiende para aquellos no farmacodependientes.

llas que impidieran a las mayorías imponerse, sino principalmente, aquellas que niegan una voz e igual participación a las minorías legislativas.¹⁶

Sin embargo, todo el progreso de la Novena Época fue limitado por una razón central: sólo eran susceptibles de cuestionarse por discriminatorias aquellas normas en cuyo contenido se hiciera referencia explícitamente a una categoría sospechosa.¹⁷ Muchas leyes en materia civil y familiar seguían reconociéndose como válidas, pues no incluían estas distinciones explícitas, a pesar de suprimir y mantener en un *status* subordinado a los integrantes de ciertos colectivos, como es el de LGTBI, a quienes podemos definir como una minoría difusa y anónima, con pocas posibilidades de organizarse para hacerse escuchar en el procedimiento político. Para que este colectivo empezara a situarse en el centro de la protección judicial, y pudiera avanzar en sus exigencias constitucionales de reconocimiento, tuvimos que esperar a la aprobación de la reforma constitucional de junio de 2011 y al consecuente inicio de la Décima Época. En otras palabras, faltaba que apareciera la doctrina del impacto desproporcionado de las leyes.

III. La aparición y consolidación del estándar de impacto desproporcionado

1. La base teórica de la doctrina: la igualdad sustantiva o estructural

La Décima Época parece haberse iniciado con una pregunta: ¿cómo combatir todas aquellas leyes que integran una estructura cultural de

¹⁶ Este cambio se refleja en la tesis L/2008 del Pleno de la Suprema Corte, visible en la página 717 del Tomo XXVII (junio de 2008) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO. PRINCIPIOS CUYO CUMPLIMIENTO SE DEBE VERIFICAR EN CADA CASO CONCRETO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INVALIDACIÓN DE AQUÉL."

¹⁷ Véase, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia 55/2006 de la Primera Sala, visible en la página 75 del Tomo XXIV (septiembre de 2006) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro: "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL."

denegación de reconocimiento de las identidades minoritarias, que son formuladas en términos neutrales, casi universales, ancladas en esa concepción liberal que Taylor señaló como potencialmente riesgosa para una exigencia de diferenciación?

Para contestar esta pregunta, la Corte tuvo que reconstruir su concepción teórica del principio de igualdad y extender su alcance en un grado ulterior. Si en un inicio dicho principio brindaba protección frente a la aplicación de la ley y, posteriormente se adicionó una protección respecto a su contenido, en esta última etapa, la Corte agregó una dimensión de tutela sustantiva o de hecho.

Según la Primera Sala, conforme a esta nueva faceta, las autoridades tienen la obligación de planear medidas para la obtención de "una correspondencia de oportunidades entre distintos grupos sociales y sus integrantes y el resto de la población", cuya finalidad es "evitar que se siga produciendo una diferenciación injustificada o discriminación sistemática o que se reviertan los efectos de la marginación histórica y/o estructural de un grupo social relevante." Los grupos beneficiarios de esta redimensión del principio constitucional son los "miembros de ciertos grupos sociales, los cuales se caracterizan por ser o haber sido objeto de una discriminación o exclusión recurrente y sistemática".¹⁸

La aparición de esta dimensión sustantiva del principio de no discriminación se sustenta sobre las mismas bases teóricas expuestas en el apartado anterior, es decir, sobre las teorías de la democracia deliberativa y de la incorporación del reconocimiento/identidad como parte del discurso de la justicia, tal y como se demuestra del siguiente pasaje de la tesis de rubro "DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. CONTENIDO Y ALCANCES DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO":

¹⁸ Esta premisa teórica se encuentra desarrollada en la tesis aislada de la Primera Sala XLIII/2014, visible en la página 644 del Libro 3 (febrero de 2014), Tomo I, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Estos grupos se definen por su existencia objetiva e identidad colectiva, así como por su situación de subordinación y poder político disminuido frente a otros grupos; no obstante, aunque no existe una delimitación exhaustiva de tales grupos sociales relevantes para la aplicación de esta faceta del principio de igualdad, el artículo 1o., último párrafo, de la Constitución Federal, ha establecido distintas categorías sospechosas que sirven como punto de partida para su identificación.¹⁹

2. La construcción de la doctrina del impacto desproporcionado en Estados Unidos y el inconveniente de exigir un propósito discriminator

Sentados los cimientos teóricos más profundos, ahora podemos referirnos a la doctrina del impacto desproporcionado como modelo jurisprudencial y para ello, otra vez, debemos hacer referencia al derecho comparado, ya que su formulación fue creada por la Suprema Corte de Estados Unidos (*disparate impact*). Su aparición se basa en el reconocimiento que las desventajas estructurales que impiden a las minorías hacerse escuchar en el proceso político se producen por prácticas o leyes neutras en su contenido. Por ello, dicha doctrina consiste en extender el mismo *escrutinio estricto* prometido por el caso de *Carolene Products* a estas leyes neutras, pero que son condicionantes determinantes de su estatus de inferioridad.

El principal problema de esta doctrina es que la Suprema Corte de ese país, posiblemente previendo el potencial efecto transformador de su doctrina, ha limitado su utilización al obligar a quien la invoque en demostrar que detrás de una norma o medida neutra existe efectivamente una intención de discriminación por parte de su autor. Al resolver el caso de *Washington v. Davis* de 1976, la Corte de ese país determinó que aquellas leyes en apariencia neutrales tengan un impacto desproporcio-

¹⁹ *Idem.*

nado en contra de minorías, si no se demuestra una intención discriminatoria de sus autores, alcanzan validez si superan el *test laxo* de mera razonabilidad. Así, en ese caso, se reconoció la validez de una medida que requería que los aspirantes a policías en Washington D.C. debían pasar un examen, cuya implementación demostró excluir desproporcionadamente a los solicitantes afroamericanos.

En dicha sentencia la Corte concluyó: "El impacto desproporcionado aisladamente no detona la regla de que las clasificaciones raciales deben sujetarse a un escrutinio estricto, siendo válidas sólo si se encuentran justificadas por razones de peso". La razón para desestimar un criterio expansivo, que sujetara a todas las leyes neutrales en su contenido pero desproporcionales en su impacto a un escrutinio estricto, es, según esa sentencia, que ello generaría "alzar cuestionamientos serios y eventualmente invalidar una gran cantidad de leyes relacionadas con impuestos, seguridad social, servicios públicos, regulación y licencias, que suelen implicar una mayor carga para los pobres y para los afroamericanos que para los blancos con mayores recursos". Pareciera que la Corte americana no estuvo dispuesta a asumir un rol transformador utilizando el principio de no discriminación. Con base en este precedente, la Corte de Estados Unidos ha reconocido la validez de distintas leyes con un impacto desproporcionado, tales como en materia electoral,²⁰ pena de muerte,²¹ justamente porque en los casos respectivos no se demostró ningún propósito discriminatorio.

En un libro reciente, Erwin Chemerinsky dice que, si pudiera cambiar algo de la jurisprudencia de su país para mejorarla, sería eliminar el requisito de probar que el legislador tuvo la intención de crear una medida discriminatoria y aceptar como suficiente la comprobación de que la medida o política del gobierno tiene un impacto desproporcionado en contra de alguna minoría.²² (Chemerinsky, E, 2018).

²⁰ *City of Mobile v. Bolden* (1980).

²¹ *McClesley v. Kemp* (1987).

²² *We the people. A progressive Reading of the Constitution for the twenty-first century*, Picador, 2018, pp. 201-231.

Este autor narra que la jurisprudencia de la Corte americana de los últimos cuarenta años ha exigido demostrar un propósito discriminator de parte del gobierno para tener por demostrada una violación al principio de igualdad. En su opinión, ello "ha disminuido dramáticamente la capacidad de uso de la Constitución para crear una sociedad justa".

Chemerisnky critica esta doctrina de la Corte porque afirma que representa un incorrecto entendimiento del derecho a la no discriminación, la cual debería proteger a las personas en contra de los resultados de las acciones de gobierno y no sólo contra sus motivaciones subyacentes. Afirma que "el Gobierno no debería tener permiso para actuar de una manera que perjudique a las minorías raciales, con independencia de las razones que consideró para sus acciones".

Con el uso de la psicología, Chemerisnky demuestra el peligro de dejar fuera del *escrutinio constitucional* a los prejuicios inconscientes o implícitos. Retomando la literatura especializada, nos advierte que las personas no siempre tienen un control consciente sobre los procesos de percepción social, impresión y formación de los juicios que motivan sus acciones. En un nivel profundo todos tenemos prejuicios inconscientes y éstos influyen en nuestras decisiones de una manera que no controlamos. Así, las leyes neutras que producen un impacto desproporcionado rara vez son el resultado de la suerte: reflejan intenciones discriminatorias no explicitadas y no articuladas. Al menos, deberían tener una presunción de discriminación si son emitidas en un contexto de una historia discriminatoria.²³

4. La doctrina del impacto desproporcionado en la jurisprudencia mexicana

En México, la doctrina de impacto desproporcionado se empezó a construir después de la reforma constitucional de junio de 2011. A pesar de que fue en agosto de 2001 cuando se introdujo el principio de no discriminación, y se inició una época de constitucionalización de las minorías,

²³ *Idem.*

no fue sino en la Décima Época cuando la referida doctrina hizo su aparición en el contexto de casos que involucraron la protección de los derechos de la comunidad LGTBI. En lo que sigue, me propongo dar cuenta de esta línea de precedentes y reconstruir el estándar vigente en lo que va de la Décima Época. Como veremos, la Corte mexicana dialogó con la doctrina estadounidense y rechazó la opción de atar su aplicación a la comprobación de una intención o propósito discriminatorio.

A. Amparo en Revisión 152/2013

Éste fue el primer precedente en el cual se introdujo el estándar y fue resuelto por la Primera Sala en sesión del 23 de abril de 2014. En éste se revisó una sentencia que sobreseía en el juicio promovido por un colectivo de personas residentes en el estado de Oaxaca, quienes impugnaban el artículo 143 del Código Civil para el Estado de esa entidad, por considerar que la definición excluyente de matrimonio que contenía, como aquella unión de un hombre y una mujer, cuyo fin era la procreación, era discriminatorio. Lo interesante de este precedente es que los quejosos no habían resentido acto de aplicación alguno de este precepto, ya que desde el inicio advirtieron que no era su intención contraer matrimonio. Su pretensión era que dicha norma se declarara inconstitucional por los efectos estigmatizantes que producía su sola existencia. La Sala revocó la decisión del juez y les reconoció interés legítimo a los quejosos, mediante la construcción de un concepto de afectación que denominó *expresivo*. El análisis de esta parte de la sentencia ya se realizó en otro lado. (García Sarubbi, D. 2017; García Sarubbi, D., y Quintana, K. 2017).

Éste no fue el primer precedente en el cual dicha Sala había reconocido un derecho constitucional de las personas homosexuales para acceder al matrimonio, aunque sí lo fue en que declaró la inconstitucionalidad de las leyes que lo impedían. Lo relevante para nuestro tema es que al entrar a analizar si el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca afectaba o no a los quejosos, la Primera Sala determinó que "la

discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo vulnerable, sino también mediante aquellas normas que promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación".

De esta manera, "una ley que en principio pudiera parecer neutra podría generar una afectación directa e inminente por su simple existencia". Para constatar si una ley incurre en este vicio, continúa la sentencia, la intención del legislador es irrelevante:

En este sentido, el significado social que es transmitido por la norma no depende de las intenciones del autor de la norma, sino que es función del contexto social que le asigna ese significado. Por tanto, es irrelevante si se demuestra que no fue intención del legislador discriminar a un grupo vulnerable, sino que es suficiente que ese significado sea perceptible socialmente. Así pues, lo relevante de un acto de autoridad (por acción u omisión) es determinar si el acto es discriminatorio y no si hubo o no intención de discriminar por parte de la autoridad.

Así, para la Primera Sala lo relevante no es la intención, sino los efectos de los actos de autoridad, ya que se reconoce que los prejuicios en contra de minorías sobreviven en nuestra sociedad con motivo de la implementación de leyes que, inconscientemente, generan efectos desproporcionados. Como se observa, esta consideración rechaza abiertamente la adopción del estándar americano y recoge las críticas de Chemerinsky para hacer irrelevante la cuestión probatoria de las motivaciones. La Sala nos recuerda que "cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos".

Por tanto, la Sala determinó que lo relevante es apreciar objetivamente en su contexto la norma o medida impugnada, y aunque aparentemente sean

neutras, si éstas promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación, deben considerarse sospechosas y someterse a un *escrutinio estricto*, igual que aquellas que introducen una distinción sospechosa directamente en su contenido.

En el caso concreto, luego de observar que la norma impugnada no superaba el test de escrutinio estricto, la sentencia concluye: "[l]a exclusión de los homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo no son merecedoras de reconocimiento que los heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad".²⁴

B. Acción de Inconstitucionalidad 8/2014

En este caso el Pleno de la Suprema Corte adoptó el mismo estándar construido por la Primera Sala y representa, en mi opinión, el mejor ejemplo de su aplicación.

Este juicio, resuelto en sesión del 11 de agosto de 2015, fue interpuesto por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche en contra del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia de ese Estado. Dicho precepto regulaba a las sociedades civiles de convivencia, a las cuales se definía como un estado civil en el que dos

²⁴ Este criterio fue reiterado por la Primera Sala al resolver el Amparo en Revisión 704/2014, en sesión del 18 de marzo de 2015. Este juicio fue promovido por una persona, quien se ostentó como homosexual y residente del estado de Colima, y acudió a impugnar distintos artículos de la Constitución y Código Civil, ambos del estado de Colima, en tanto en ellas se reconocían las relaciones conyugales como un género, dentro de las cuales existían distintas especies: por un lado el matrimonio, definido como aquel contrato civil que se celebra entre un solo hombre y una mujer y por el otro, el enlace conyugal, definido como aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo. En este caso se reiteró que: "Esta Sala ha destacado que es posible que la mera vigencia de una ley podría discriminar directamente a una persona o grupo de personas, o bien, discriminarlas indirectamente debido a un impacto diferenciado de la legislación", con lo que se confirmó que debían someterse a escrutinio estricto. La sentencia declaró la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

personas del mismo o distinto sexo se unen con la finalidad de compartir una vida en común de manera permanente, y a cuyos convivientes —de conformidad con el artículo impugnado— les estaba prohibido expresamente tanto adoptar de forma individual o conjunta, como compartir o encomendar la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores de edad del otro conviviente. Así, la regulación impugnada era neutra en términos de sus criterios de clasificación. Más aún, el legislador fue cuidadoso en evitar cualquier referencia a las personas homosexuales y dijo que dicha institución era igualmente accesible para este grupo como para las heterosexuales.

De acuerdo con la legislación local, quienes accedieran a la sociedad civil de convivencia "establecen un domicilio común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, para organizar su vida en común", reconociéndoseles con el carácter de compañeros civiles, y equiparando su regulación, en lo aplicable, al concubinato. En la legislación combatida se establecía, además, que no podrían acceder a la figura jurídica de la sociedad de convivencia quienes se encontraran unidas en matrimonio, que vivan en un concubinato o que tuvieran otra sociedad de convivencia. Dichas sociedades generaban, asimismo, derechos alimentarios, sucesorios, de ejercicio de tutela y patrimoniales entre los convivientes.

Al entrar a su estudio, el Pleno declaró inconstitucional el artículo desde dos perspectivas distintas: por una parte, desde el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y del concepto constitucional de familia; por otra, desde los principios de igualdad y no discriminación.

Como se había anticipado, se cuestionaba una institución, cuyo acceso era neutro en relación con la orientación sexual, sin embargo, el Pleno determinó que la norma impugnada violaba el derecho a la no discriminación por producir un impacto desproporcionado vinculado con dos categorías sospechosas: el estado civil y la orientación sexual. Es más, de la exposición de motivos —y los argumentos del Congreso local presentados en su informe— el Pleno concedió que se podía aceptar que el legis-

lador nunca tuvo como propósito discriminar a las personas homosexuales, ya que siempre se argumentó que las sociedades de convivencia tenían la finalidad de regular las relaciones de "las personas jóvenes, adultos mayores e incapacitados (*sic*), que por alguna causa mayor, ingratitud o desapego familiar, se encuentren solas y desamparadas".

Sin embargo, la Corte concluyó que la discriminación se actualiza al contextualizarse la norma impugnada. Así, se precisó que en el estado de Campeche existía la adopción monoparental y aquella realizada por parejas unidas en matrimonio o concubinato, lo que significa que las sociedades de convivencia constituían el único estado civil al que se le impedía la adopción. Para el Pleno, "la discriminación puede ocurrir cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras pero el resultado de su contenido o aplicación es un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable". Así, en la sentencia se concluyó que "una ley que en principio parezca neutra podría tener efectos discriminatorios para cierto grupo de personas":

Esta idea de la discriminación se corresponde con la discriminación indirecta o por resultado, cuya determinación requiere de un estudio sobre la existencia de la discriminación estructural, y de cómo ésta sustenta la producción e interpretación normativa.

Para poder establecer que una norma o política pública que no contempla una distinción, restricción o exclusión explícita sí genera un efecto discriminatorio en una persona, dado el lugar que ocupa en el orden social o en tanto perteneciente a determinado grupo social —con el consecuente menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos o libertades fundamentales—, es necesario introducir factores contextuales o estructurales en el análisis de la discriminación. Entre estos factores se ubican las relaciones de subordinación en torno al género, la identidad sexo-genérica, la orientación sexual, la clase o la per-

tenencia étnica; las prácticas sociales y culturales que asignan distinto valor a ciertas actividades en tanto son realizadas por grupos históricamente desaventajados, y las condiciones socioeconómicas. Estos factores condicionan que una ley o política pública —aunque se encuentre expresada en términos neutrales y sin incluir una distinción o restricción explícita basada en el sexo, el género, la orientación sexual, la raza, la pertenencia étnica, entre otros— finalmente provoque una diferencia de trato irrazonable, injusto o injustificable de acuerdo con la situación que ocupen las personas dentro de la estructura social.

De esta manera, el Pleno articuló su *estándar de impacto desproporcionado*, el cual para tenerlo por actualizado sólo requiere: 1) la existencia de una norma o práctica en apariencia neutra, 2) que provoque un menoscabo en el ejercicio de los derechos, o bien, que profundice la desventaja histórica y sistemática de una persona o grupos de personas que puedan estar asociadas a rubros prohibidos de discriminación o categorías sospechosas. En el análisis de este segundo punto, el Pleno aclaró que deben evaluarse elementos contextuales y estructurales de la implementación de la norma impugnada. Como lo había determinado la Primera Sala, también el Pleno concluyó que no era necesario comprobar una intención o propósito de discriminación por parte del legislador.

Este estándar era relevante para el caso concreto, ya que se observó que, "si bien en su enunciación las sociedades de convivencia no se limitan a parejas del mismo sexo, en realidad constituyen un régimen único para dichas parejas", concluyendo al respecto lo siguiente:

Aunque la enunciación sobre la sociedades de convivencia parecería no ser, de manera directa, discriminatoria, pues aparentemente incluye la conformación de la pareja con algunos rasgos distintivos en, por ejemplo, el régimen patrimonial o las menores formalidades al matrimonio en cuanto a la forma en que se entra y se puede dar por terminada dicha figura —diferencias que, como se ha dicho, deben ser analizadas casuísticamente y podrían, en su caso, ser consideradas razonables—, lo cierto

es que al verla en el contexto legislativo del Estado (aunado a la exposición de motivos de la misma), es claro que es la única figura a la que pueden acceder las parejas del mismo sexo; es decir, en Campeche, la ley prevé que las parejas del mismo sexo sólo pueden acudir a la sociedad civil de convivencia, cuando las parejas heterosexuales pueden optar por el matrimonio, el concubinato o esta última.

El impacto desproporcionado se actualiza, en otras palabras, ya que la norma es aparentemente neutra —no hace referencia a ninguna categoría sospechosa—; sin embargo, en su implementación termina afectando de manera diferenciada a los homosexuales, pues si bien los heterosexuales también pueden acceder a dicha institución, lo relevante es que éstos tienen todas las posibilidades abiertas —no sólo pueden acceder a la sociedad de convivencia, sino también al matrimonio y al concubinato— mientras que los homosexuales sólo pueden acceder a esta institución, la cual les prohíbe el acceso a la adopción.

Al actualizarse un caso de impacto desproporcionado, el Pleno aplicó un escrutinio estricto a la norma impugnada, y al observar que no lo superó, lo declaró inconstitucional y subrayó: "las parejas heterosexuales tienen —en Campeche— la posibilidad de elegir entre matrimonio, sociedades de convivencia y concubinato, mientras que las parejas del mismo sexo sólo pueden acceder a las sociedades de convivencia, lo cual genera un impacto desproporcionado constituyendo una figura discriminatoria que, en este caso, constituye un régimen de separados pero iguales".

C. Amparo en Revisión 1317/2017

Este juicio, resuelto por la Primera Sala, fue promovido por una persona en contra de la negativa del Registro Civil de un Municipio del Estado de Veracruz de concederle su petición de reasignación sexo-genérica. La solicitud inicial del quejoso consistía en que se modificara su acta de nacimiento en la parte relativa al dato "sexo" para asentar, en vez de "masculino", "femenino", así como sustituir su nombre, justificando dicha

petición en el hecho de que se ostentó como una persona transexual "que encuentra en el sexo femenino la realización de sus aspiraciones".

En su sentencia, la Primera Sala evaluó la validez de distintos artículos del Código Civil para el Estado de Veracruz, que regulan el procedimiento que ha de seguirse ante la autoridad judicial para la adecuación de un acta del estado civil (como lo es el acta de nacimiento) cuando se solicite variar el nombre del interesado o alguna otra circunstancia esencial del registrado, como es el sexo o género asentados. En la legislación no se prohibía la posibilidad del cambio de identidad sexo-genérica. Sólo regulaban la vía procesal para ello.

Aunque de su contenido no se desprendía en la norma la existencia de una regulación que singularizara a las personas transexuales, ya que se trataban de medidas procesales aparentemente neutras —limitándose a regular que en ciertos casos dicha rectificación debe solicitarse ante la autoridad judicial, mientras que en el resto ante autoridad administrativa— la Sala concluyó que su implementación tenía un impacto desproporcionado en contra de dicha minoría.

La Primera Sala explicó que una persona transgénero o persona trans es aquella cuya identidad o expresión de género es diferente del sexo asignado al nacer, y quienes construyen su identidad con independencia de un tratamiento médico y pueden identificarse con los conceptos hombre, mujer trans, persona binaria, entre otros. En oposición a las personas trans, se encuentran las personas cisgénero, que son aquellas cuya identidad de género y sexo asignado al nacer son concordantes.

En este contexto, se acreditó el impacto desproporcionado de las normas impugnadas, ya que se observó que la adecuación o concordancia sexo-genérica del acta de nacimiento debe substanciarse siempre por medio de autoridad judicial (al corresponder a datos esenciales, como el sexo y el nombre), lo cual proyecta sobre las personas trans una carga desproporcionada que no pesa sobre las personas cisgénero (quienes por

correcciones no esenciales pueden acudir a la autoridad administrativa, incluido un dato esencial como es el reconocimiento de un hijo).

Adicionalmente, retomando precedentes de la Corte Interamericana (especialmente la Opinión Consultiva OC-24/2017), se determinó que es un derecho humano el cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que éstos sean conformes a la identidad de género auto-percibida,²⁵ derecho que incluye no ser sometido a cargas irrazonables en los procedimientos de adecuación de su identidad de género. En su sentencia, la Sala recordó que el reconocimiento de identidad de género es la puerta al ejercicio de otros como es a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros, lo cual agravaba el impacto desproporcionado detectado previamente.

Así, la Sala declaró la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, no porque negaran el ejercicio de este derecho humano, sino por tratarse de reglas procesales neutras, con un impacto desproporcionado en contra de la minoría trans. Ello, ya que se recalcó que obligan a las personas trans a acudir a un procedimiento jurisdiccional que no garantiza la obtención de un acta de nacimiento por reasignación sexo-genérica, en oposición a aquellas personas que gozan del beneficio para acudir a la vía administrativa, quienes sí cuentan con una vía eficaz y rápida.

Con base en lo anterior, se otorgó el amparo a la parte quejosa para el efecto de que se le inaplicaran los artículos impugnados y, en su lugar, se le diera acceso a la vía administrativa, respetando los siguientes lineamientos: estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género autopercibida, basarse únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin exigencia de certificaciones médicas o psicológicas,

²⁵ Este derecho también había sido reconocido previamente por el Pleno al resolver el Amparo en Revisión 6/2008.

ser confidencial, expedito y gratuito en la medida de lo posible y no requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. Estos lineamientos eran relevantes, ya que su cumplimiento permite garantizar, según la sentencia, que cualquier reglamentación procesal no genere un impacto desproporcionado en contra de la minoría de personas trans.

D. Amparo en Revisión 101/2019

El anterior precedente de la Primera Sala debe relacionarse con éste de la Segunda Sala, resuelto en sesión de 8 de mayo de 2019. Este juicio fue promovido por una persona en contra del Director del Registro Civil de un Municipio del Estado de Jalisco, por la negativa a su petición de cambio de nombre y de sexo (de masculino por femenino), al considerarse que la legislación estatal no contemplaba el levantamiento de una nueva acta de nacimiento.

La materia de la revisión se circunscribió a determinar si la emisión de una nueva acta de nacimiento, en la cual se modifique el nombre y sexo de una persona, debía tramitarse mediante un procedimiento judicial de "rectificación de acta", o bien, mediante una solicitud ante la Dirección del Registro Civil respectiva. Ambos procedimientos eran reglamentados en términos neutros respecto a sus términos de clasificación.

La Segunda Sala concluyó que el derecho a la identidad de género no se satisface con una mera anotación marginal, sino con la emisión de nuevos documentos de identificación y se determinó que el procedimiento judicial de "rectificación" de acta tiene un excesivo carácter público, lo que redundaría en la violación al referido derecho humano y al diverso a la intimidad, con el riesgo de generar que la parte solicitante sea sujeto de actos discriminatorios.

Con base en lo anterior, se determinó que la vía registral administrativa no sólo permitiría cumplir con los principios de privacidad, sencillez y

celeridad con los que deben contar este tipo de procedimientos, que son instrumentales para el goce de un derecho humano, sino que además era apta para salvaguardar los derechos de terceros que, en su caso, pudiesen verse afectados con la emisión de un nuevo documento de identidad de la parte quejosa. Consecuentemente, se concluyó que la vía judicial de "rectificación" de acta representaba una carga indebida o innecesaria para la obtención de una nueva acta de nacimiento, por lo que su empleo debería dejarse a salvo como última o ulterior instancia.

La Sala resolvió que, si bien la legislación del estado de Jalisco no contemplaba el supuesto específico de emisión de una nueva acta de nacimiento por identidad de género, lo cierto es que, en aplicación directa de la Constitución, el ejercicio integrador de un procedimiento de tal naturaleza debe realizarse en la vía administrativa y no en la judicial, en tanto las características adjetivas de aquélla resultan más afines a las finalidades que se pretenden alcanzar con la petición de la parte quejosa. Por tanto, se determinó que el procedimiento administrativo de "aclaración" de actas, previsto por el artículo 128 de la Ley del Registro Civil del Estado de Jalisco, era susceptible de ser empleado por la autoridad registral, *mutatis mutandis*, para la eficaz tutela del derecho humano a la identidad.

Aunque la Segunda Sala no explicitó la utilización de un estándar de impacto desproporcionado, es claro que la declaratoria de inconstitucionalidad se basó en este vicio, el cual se tuvo actualizado a pesar de no haberse demostrado una intención o propósito discriminatorio por parte del legislador. También es relevante desde la perspectiva de los efectos, pues representa un caso en el cual la inconstitucionalidad generó que la Corte integrara la ley con la aplicación directa de la Constitución y confeccionara una medida procesal no prevista desde la perspectiva legislativa para remediar la irregularidad acreditada.

E. Contradicción de Tesis 346/2019

Éste es el último precedente de este recuento y es relevante, ya que retoma los anteriores criterios para integrarlo en jurisprudencia firme. Dicha ejecutoria, emitida por la Segunda Sala en sesión del 21 de noviembre de 2019, tuvo como punto de contradicción —entre el criterio de un Pleno de Circuito y un Tribunal Colegiado al interpretar las legislaciones de los estados de Chihuahua y Guanajuato— la cuestión de determinar cuál es "la vía procedimental que brinda una mayor protección a los derechos humanos de las personas que solicitan la emisión de su acta de nacimiento por reasignación sexo-genérica".

La Segunda Sala observó que en ambas legislaciones existían dos vías procedimentales para la rectificación, modificación o nulidad de actas de nacimiento, a saber: la administrativa con una resolución homologada jurisdiccionalmente, y otra por resolución judicial, reservándose la primera para aquellas que no impliquen una afectación a la identidad de la persona ni a la sustancia del acto (por ejemplo, por errores mecanográficos u ortográficos), mientras que la judicial se debe agotar si se afecta la identidad o la sustancia del acto. Una vez más, se destacó que se analizaban normas neutras en su contenido por lo que se refiere a la identificación y exclusión de alguna minoría sexual.

Sin embargo, nuevamente, la Segunda Sala concluyó que "la vía administrativa para la expedición o 'rectificación' del acta de nacimiento por reasignación sexo-genérica es la vía más idónea para tutelar el derecho humano a la identidad de las personas transgénero" [...] "en tanto cumple con los estándares de privacidad, sencillez, expeditéz y adecuada protección de la identidad de género mediante la emisión de un nuevo documento, coincidente con la identidad de género auto-percibida de la persona solicitante, a diferencia de la vía judicial que dota de una excesiva publicidad a la solicitud respectiva y provoca afectaciones indebidas e innecesarias en la vida privada de aquélla, al implicar una exposición

desmedida de su pretensión de ajustar su acta de nacimiento a su identidad de género".

Aunque en esta última ocasión la Segunda Sala no haya hecho referencia a la doctrina del impacto desproporcionado, es claro que su criterio de preferir la vía administrativa apunta al hecho de que la interpretación alternativa tendría un efecto adverso sobre las personas trans de una manera desproporcionada respecto de las personas cisgénero.²⁶

4. El estado de la doctrina actual y los retos para el futuro

Como se puede observar de este recuento de casos, después de la reforma de junio de 2011, la Suprema Corte amplió el ámbito de protección del principio de no discriminación, produciendo una doctrina que consiste en el siguiente estándar: aquellas leyes o normas neutras en cuanto a su contenido pero que generan un impacto desproporcionado deben someterse a un *escrutinio estricto de constitucionalidad*, equivalente a aquél adoptado desde la Novena Época para evaluar la validez de las leyes que en su contenido desfavorezcan a grupos en situación de vulnerabilidad. Esto significa que no sólo por el hecho de producir un efecto desproporcionado se deben declarar inconstitucionales, sino que deben someterse a la evaluación más exigente en la jurisprudencia de la Corte, siendo posible que algunas de ellas puedan alcanzar reconocimiento de validez si superan todos los pasos del *test*.

Este estándar estricto, que se detona ante la comprobación del impacto desproporcionado, vale la pena recordar, consiste en comprobar que la ley o norma impugnada busca avanzar un fin constitucional imperioso, a partir de los medios menos gravosos posibles y respetando el principio

²⁶ De la resolución de este asunto derivó la jurisprudencia 173/2019, visible en la página 894 del Libro 75 (febrero de 2020) del Tomo I de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, de rubro: "REASIGNACIÓN SEXO-GENÉRICA. LA VÍA ADMINISTRATIVA REGISTRAL ES LA IDÓNEA PARA LA ADECUACIÓN O EXPEDICIÓN DE LAS ACTAS DE NACIMIENTO POR ESE MOTIVO (LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE CHIHUAHUA Y GUANAJUATO)."

de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, comprobando que los beneficios producidos en el fin constitucionalmente imperioso superan a los costos generados sobre los intereses del grupo en situación de vulnerabilidad, el cual se diferencia del *test de igualdad ordinario*, utilizado cuando no se afecta a un grupo vulnerable, en tanto sólo se requiere que la medida o norma impugnada busque avanzar un fin legítimo, a través de medios racionalmente conectados con éste (aunque no sean los menos gravosos) y que no sea abiertamente desproporcional en sentido estricto. Mientras que la modalidad estricta requiere del legislador o autor de la norma la máxima racionalidad posible, la modalidad ordinaria exige una mínima racionalidad.

De esta manera, en nuestro país, todas las leyes que produzcan una afectación diferenciada y relevante en contra de una minoría se sujetan a un idéntico *test de escrutinio exigente*, sin importar su contenido. Sin embargo, este mismo estándar tiene dos condiciones de aplicación distintas: aquellas leyes que directamente utilizan una categoría sospechosa se sujetan a este estándar de escrutinio estricto con la mera comprobación de que ese contenido les genera una afectación (a estas leyes las podemos denominar facialmente discriminatorias), mientras que el detonado por las leyes del segundo tipo (que podemos denominar de impacto desproporcionado) requieren condiciones más complicadas: se requiere demostrar que no obstante tener un contenido neutro, lo que las revelaría de una evaluación exigente, en su implementación generan una afectación desproporcionada en contra de un grupo en situación de vulnerabilidad. Este segundo requisito (el impacto desproporcionado) no se actualiza con la mera comprobación de una afectación, como en el primer caso, sino que requiere la demostración, a partir de una valoración comparativa, de que su aplicación genera una afectación relevante mayor en contra de aquellos grupos en situación de vulnerabilidad, en comparación de aquellos grupos que no se ven afectados por dicha condición, también sujetos a su contenido. Así, una ley que no produzca esta desnivelación en su afectación (que no sea relevantemente despro-

porcional) no detona el escrutinio estricto asociado al principio de no discriminación.

Vista globalmente, esta doctrina de la Corte es una de las más protectoras de la región, ya que ha producido un estándar muy sencillo y laxo, que facilita la justiciabilidad del principio de no discriminación para el colectivo LGTBI porque al no exigir acreditar una intención de discriminación por parte del legislador, ha permitido que este grupo pueda acceder a la justicia para cuestionar toda la red de leyes y prácticas que, inconscientemente, han mantenido patrones culturales de representación, que son aquellas que les han negado el reconocimiento de identidad.

La aportación de esta doctrina es indiscutible en la lucha por una sociedad más justa como dice Chemerinsky y amplifica el potencial de transformación de las reformas constitucionales para consolidar una vía judicial de protección para las minorías discretas, insulares, difusas y anónimas.

Sin embargo, ello no quiere decir que la doctrina reseñada no presente retos importantes para el futuro, empezando por la evidente necesidad de uniformidad que existe entre las Salas y el Pleno de la Suprema Corte por lo que se refiere al estándar aplicable. Como se observa de los casos expuestos, la Segunda Sala no ha sido explícita en su formulación. Por otra parte, entre la Primera Sala y el Pleno tampoco existe una plena coincidencia, ya que mientras que en un inicio éstas determinaron que la comprobación de la existencia de una ley neutra pero con un impacto desproporcionado detona la aplicabilidad del escrutinio estricto, el cual debe correrse en todos sus pasos, en su precedente sobre identidad de género, la inconstitucionalidad detectada por la Primera Sala se decretó al comprobarse el impacto desproporcionado, sin necesidad de correr el test respectivo.

El otro gran reto relevante para los siguientes años se refiere al estándar probatorio exigible para comprobar el impacto desproporcionado. Hasta

ahora los casos resueltos por la Corte se han basado en premisas fácticas no controvertidas, pero en el futuro próximo podrían plantearse casos en los que los hechos sean la materia de la litis. En las sentencias reseñadas se ha determinado que el impacto desproporcionado se prueba con la valoración de elementos contextuales, como factores históricos y estructurales, sin embargo, con esta mención se generan más dudas que respuestas. Uno de los grandes retos para la consolidación de la doctrina será la construcción de estándares probatorios que garanticen la independencia y objetividad de la función judicial.

Por otra parte, otra interrogante para los siguientes años es sobre el alcance del significado de "minorías". Recordemos que el artículo 1o. constitución sólo ofrece un listado enunciativo de las mismas y en el discurso del reconocimiento/identidad se discute fuertemente la manera de aproximarse a ciertos grupos vulnerables, como las personas en situación de pobreza; esta interrogante se agrava en el contexto de la creciente denuncia de "interseccionalidad" dentro de las categorías sospechosas. No sólo es que las personas sufran discriminación por ser mujeres, o por ser homosexuales, por ejemplo, sino que lo sufren por actualizar distintas categorías sospechosas. El impacto desproporcionado de algunas leyes es distinto sobre una mujer blanca de clase media o alta, que respecto de una mujer indígena en situación de pobreza ¿Cómo adaptar la doctrina del impacto desproporcionado ante estas variaciones sustantivas?

Finalmente, otros retos a esta doctrina son más profundos y tienen que ver con las respuestas que habrán de darse a las visiones críticas que nos han advertido de algunos riesgos de la intervención judicial. En primer lugar, ¿dicha doctrina debe posicionar a la Corte con un papel transformador al extremo de desplazar al legislador en su responsabilidad de generar cambio social? O más bien ¿sólo debe desempeñar un papel subsidiario y correctivo?. Como nos recuerda Joy Milligan respecto al caso americano, después del caso *Carolene* y de otros que se han celebrado como victorias para las minorías, como *Brown v. Board of Education* y *Roe v. Wade*, los académicos perdieron rápidamente el optimismo en la

Corte como "héroes contra-mayoritarios", al observar sus limitaciones inherentes para supervisar reformas sociales. Esta pérdida de optimismo se ha basado en el descubrimiento empírico de que los jueces no suelen frustrar sistemáticamente los deseos de las mayorías para proteger a las minorías. Así, en el agregado, puede ser que los jueces no tengan ni la voluntad, ni la capacidad institucional de implementar los derechos de las minorías en situación de vulnerabilidad, y cuando lo hacen suelen generar reacciones contraproducentes. En su lugar, se ha documentado cómo los órganos representativos tienen ventajas comparativas para generar cambios estructurales, por su capacidad para detonar una deliberación pública por actores políticos responsables frente a la ciudadanía, además de aquellas ventajas obvias, como adoptar una perspectiva amplia de los problemas, especializarse en la creación de políticas públicas y utilizar mejores recursos para investigar hechos. (Milligan, J., 2016).

En segundo lugar, debe traerse a colación la advertencia de la teoría crítica sobre los riesgos de la intervención judicial en la diversidad de construcciones de las identidades del colectivo LGTBI. Como lo señala Janet E. Halley, esta colectividad no puede caracterizarse como una minoría con una identidad coherente y dada. Posiblemente, este colectivo sea único en relación con otras minorías, al lanzar una crítica corrosiva en contra del discurso de las identidades. La teoría *queer*, por ejemplo, rechaza que exista una orientación homosexual, o alguna otra que se pueda anteponer frente a la heterosexual y denuncia que entrar al juego de la construcción de cualquier identidad, que de inicio no existe, es la primera condición de opresión que debería combatirse. La intervención judicial podría representar una fuerza represora, más que liberadora, si permite que desde el litigio se imponga una construcción sesgada de las identidades. Ante esto la Corte deberá contestar a la pregunta, ¿de qué manera su doctrina sobre el impacto desproporcionado no habrá de generar un desbordamiento de sus funciones, al grado de generar un activismo injustificado que termine desplazando a los propios miembros en la construcción de sus identidades, en su interacción con las leyes y normas jurídicas? (Halley, J., 1998).

Estas preguntas, que resaltan necesidades de uniformidad, probatorias y de diseño institucional, habrán de responderse mediante los casos que se empezarán a resolver al iniciar la segunda década de la reforma constitucional de junio de 2011.

IV. Conclusiones

Chemerinsky sostiene que el papel de la Suprema Corte de Estados Unidos debería ser principalmente la protección de minorías. Afirma que las mayorías no requieren jueces para defenderse, ya que cuentan con el proceso político. Son las minorías las que necesitan el control constitucional, ya que sus intereses no los podrían hacer valer nunca con la regla de mayoría (Chemerinsky, E. 2015).

Es cierto que actualmente existe una estrecha relación entre minorías y control constitucional, sobre todo después de 2011, sin embargo, para México no sería del todo acertado suscribir la opinión de Chemerinsky, que aquéllas no tienen posibilidad de encontrar protección en los procesos democráticos. En nuestro país, la protección judicial de estos grupos fue inaugurada por dos reformas constitucionales de gran calado, que contaron con el respaldo de amplias mayorías, como son aquellas de 2001 y 2011. Es a partir de estos procesos políticos cuando la Suprema Corte se vio en la necesidad de superar su doctrina anterior, la cual francamente era hostil a las exigencias de los grupos en situación de vulnerabilidad. En todo caso, nuestro país demuestra un contraejemplo de cómo estos grupos históricamente excluidos tuvieron que acudir al proceso político para reivindicar sus derechos una vez que agotaron la vía judicial sin éxito.

No obstante ello, debe reconocerse que estos procesos políticos exitosos han desencadenado una construcción jurisprudencial de la Suprema Corte, que no necesariamente se delimita a recoger los productos de esas reformas. Especialmente, después de la reforma constitucional de junio de 2011, la Corte ha reforzado la protección a favor de las minorías más allá de los límites textuales del artículo 1o. constitucional, mediante la

introducción de la doctrina del impacto desproporcionado, la cual ha permitido cuestionar las instituciones de las mayorías no necesariamente incluidas en esos procesos de cambio. Esta doctrina ha permitido abrir el cuestionamiento de todas aquellas leyes, sin propósito ni contenido discriminatorios, pero cuyos efectos sí lo pueden ser, con lo cual la Corte se ha asignado una responsabilidad transformadora (especialmente de los prejuicios que existen en los procesos políticos).

Esta nueva doctrina del impacto desproporcionado ha marcado la primera década de las reformas de 2011 y, como producto de su consolidación, se han producido nuevas interrogantes para los siguientes años sobre el papel de la Corte en la protección de minorías dentro de una democracia constitucional.

Bibliografía

Libros

TAYLOR, C. (1994), "Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition" en *The politics of recognition*, Princeton University Press.

FRASER, N. (2006), "La justicia social en la era de la política de la identidad. Redistribución, reconocimiento y participación", en *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (Fraser y Honneth), Morata, Madrid.

CHEMERINSKY, E. (2018), *We the people. A progressive Reading of the Constitution for the twenty-first century*, Picador.

CHEMERINSKY, E. (2015), *The case against the Supreme Court*, Pinguin Books.

HALLEY, J. (1998) "Gay rights and identity imitation: issues in the ethics of representation", en *The politics of law. A progressive critique*, KAIRYS, David (ed.), Basic Book.

Artículos académicos

ACKERMAN, B. (1985), "Beyond Carolene Products" 98, *Harvard Law Review*.

GARCÍA SARUBBI, D. (2017), "¿Existe un constitucionalismo transformador en México? Una reflexión a partir de las sentencias del matrimonio igualitario", en *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

GARCÍA SARUBBI, D. y QUINTANA, K. (2017), "El daño expresivo de las leyes. Estigmatización por orientación sexual. Su control constitucional", en *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, UNAM.

MILLIGAN, J. (2016), "Protecting disfavored minorities: toward institutional realism", 63 *UCLA Law Review*.

Tesis

Tesis [J.]: 1a./J. 10/94, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, mayo de 1994, p. 18. Reg. digital 206115.

Tesis [J.]: P./J. 94/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIV, agosto de 2001, p. 438. Reg. digital 188907.

Tesis [J.] 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVII, abril de 2008, p. 175. Reg. digital 169877.

Tesis [J.] P./J. 131/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 12. Reg. digital 170590.

Tesis [J.] 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 75. Reg. digital 174247.

Tesis [J.] 2a./J. 173/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, febrero de 2020, p. 894. Reg. digital 2021582.

Tesis [A.]: 2a. LXX (5a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, s.p., Reg. digital 327813.

Tesis [A.]: 1a. CXXXV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, s.t., abril de 2015, s.p., Reg. digital 2008936.

Tesis [A.]: 1a. CCCLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, s.t., octubre de 2014, s.p., Reg. digital 2007731.

Tesis [A.]: 2a. CXXIX (5a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, s.p., Reg. digital 316155.

Tesis [A.]: 2a. XXXVI (5a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, s.p., Reg. digital 362659.

Tesis [A.] P. L/2008 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, s.t., junio de 2008, s.p., Reg. digital 2011608.

Tesis [A.] 1a. XLIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, s.t., febrero de 2014, s.p., Reg. digital 2005528.

Sentencias mexicanas

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 2146/2005, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Mariano Azuela Güitrón, 27 de febrero de 2007.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 810/2006, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Sergio A. Valls Hernández, 27 de febrero de 2007.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1285/2006, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José de Jesús Guidño Pelayo, 27 de febrero de 2007.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1659/2006, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José de Jesús Guidño Pelayo, 27 de febrero de 2007.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2007, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan N. Silva Meza, 24 de septiembre de 2007.

Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 881/2007, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Sergio S. Aguirre Anguiano, 4 de julio de 2007.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 664/2008, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Fernando Franco González Salas, 17 de septiembre de 2008.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 704/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 18 de marzo de 2015.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 6/2008, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 586/56, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de julio de 1956.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1848/29, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de diciembre de 1932.

Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 5/92, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de febrero de 1994.

Sentencia recaída a la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga María Sánchez Cordero, 16 de noviembre de 2005.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 152/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de abril de 2014.

Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, 11 de agosto de 2015.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1317/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 17 de octubre de 2018.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 101/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 8 de mayo de 2019.

Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 346/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Fernando Franco González Salas, 21 de noviembre de 2019.

Sentencias extranjeras

United States v. Carolene Products Co (1934).

Washington v. Davis (1976).

City of Mobile v. Bolden (1980).

McClesley v. Kemp (1987).

El acceso a la justicia en asuntos ambientales y la protección del derecho a un medio ambiente sano: una década de jurisprudencia constitucional transformadora

Alejandra Rabasa Salinas*

SUMARIO: I. Los sistemas de acceso a la justicia frente a la crisis ambiental y climática global. II. Diez años de jurisprudencia constitucional para la justiciabilidad del derecho. III. Conclusiones.

I. Los sistemas de acceso a la justicia frente a la crisis ambiental y climática global

1. Alertas de la comunidad científica sobre la desaparición de la diversidad biológica, los impactos del cambio climático y los riesgos para los derechos humanos

Los datos duros que presentan con mayor certeza cada vez múltiples instancias de la comunidad científica internacional sobre la profunda crisis ambiental y climática que afecta todos los lugares y ecosistemas del mundo son inequívocos. La naturaleza y los servicios ambientales como la producción de alimentos o energía, la regulación de los vectores de enfermedades, plagas y agentes patógenos, o la purificación del aire y el agua, indispensables para el desarrollo y bienestar humanos, están decli-

* Alejandra Rabasa Salinas es investigadora en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y presidenta del Centro Interdisciplinario sobre Biodiversidad y Ambiente (CeIBA, A.C).

nando a un ritmo más acelerado que en ningún otro momento de la historia de la humanidad, comprometiendo seriamente las posibilidades de vida y el ejercicio de los derechos humanos de las personas hoy y en las generaciones futuras.

La Plataforma Intergubernamental Científico Normativa sobre Biodiversidad y Servicios de los Ecosistemas de las Naciones Unidas (IPBES) ha explicado que el cambio global en la naturaleza es consecuencia de actividades humanas como los cambios de uso de suelo en la tierra y el mar; la explotación directa de las especies silvestres y organismos; la emisión de los gases de efecto invernadero; o la contaminación del aire, el agua y el suelo. Detrás de estas actividades humanas causantes de la pérdida de la diversidad biológica en el mundo hay también múltiples causas subyacentes relacionadas principalmente con valores y comportamientos sociales como el crecimiento poblacional; los patrones de producción y consumo; las innovaciones tecnológicas y los modelos de gobernanza imperantes. En la actualidad los impactos antropogénicos sobre la naturaleza son tan extensos que ya pueden verse en 70% de la superficie terrestre y marina del planeta. Entre los datos que ha publicado el IPBES se cuenta por ejemplo que de seguir la trayectoria actual de pérdida de la diversidad biológica, cerca de un millón de especies de flora y fauna enfrentarán un riesgo inminente de extinción en las siguientes décadas (IPBES, 2019).

Creo que uno de los ejemplos que puede ilustrar en este momento de una forma muy contundente los riesgos y las consecuencias devastadoras que puede tener la alteración expansiva de los ecosistemas y sus servicios ambientales para el desarrollo y bienestar humanos es la pandemia por COVID-19 que se vive en el mundo. Un reporte aún en revisión que publicó el IPBES el año pasado explica que las causas subyacentes de las pandemias son los mismos cambios ambientales globales que detonan la pérdida de la diversidad biológica y el cambio climático. Esto ocurre porque las acciones humanas como los cambios indiscriminados de uso de suelo en los bosques y las selvas, la expansión de la frontera

agropecuaria, el tráfico ilegal de vida silvestre y los patrones de consumo en la sociedad, son disruptores de las interacciones naturales entre la vida silvestre y sus microbios. Al aumentar el contacto entre las personas y las especies silvestres como consecuencia de la desaparición de los ecosistemas se incrementan exponencialmente los riesgos de que sus patógenos causen pandemias como la actual. Entre las muchas opciones de políticas y herramientas que se plantean en el reporte de la IPBES para hacer frente a la actual pandemia y evitar que ocurran otras más constantemente en el futuro, la aplicación de la legislación sobre la protección de la diversidad biológica (por ejemplo, la relacionada con el tráfico ilegal de especies protegidas) ocupa un lugar preponderante en la lista (IPBES, 2020).

En la arena del cambio climático el escenario no es más optimista. El Panel Intergubernamental de Cambio Climático de las Naciones Unidas (IPCC) en un reporte especial publicado en el 2018 expuso múltiples evidencias mediante las cuales se documenta claramente que los riesgos relacionados con el clima para la salud humana, los medios de vida de las personas, la seguridad alimentaria, la provisión de agua y, en general, el desarrollo de las sociedades humanas van a incrementarse peligrosamente si el planeta alcanza un calentamiento global de 1.5°C y mucho más si se llega a los 2°C. Como se ha dicho ya demasiadas veces en incontables reportes científicos, las personas más vulnerables de la sociedad, incluyendo a las comunidades indígenas o aquellas en situación de pobreza, así como quienes dependen de medios de vida asociados a la agricultura o a las costas, enfrentarán y asumirán —en un escenario de calentamiento global de 1.5°C— riesgos desproporcionados para su supervivencia y en sus medios de vida (IPCC, 2018). En este contexto se ha dicho también que el cambio climático es la mayor amenaza para el ejercicio de los derechos humanos en el siglo XXI.¹

¹ Informe del Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, Sr. David R. Boyd, A/74/161.

Desde 1972 la emblemática Declaración de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano (conocida también como la Declaración de Estocolmo) hizo notar que los derechos fundamentales de las personas dependen en gran medida de la calidad del medio ambiente. Además de la proclamación del derecho autónomo a un medio ambiente sano en diversos tratados internacionales y constituciones nacionales, así como precedentes judiciales de un número cada vez mayor de tribunales en el mundo, hoy se habla incluso de la "ecologización de los derechos humanos" para hacer referencia a las interferencias que causa la degradación ambiental en derechos específicos como la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda, la cultura, o la propiedad. En palabras del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible:

En los últimos decenios, los órganos de derechos humanos han desarrollado el entendimiento de que es fundamental un medio ambiente saludable para el pleno disfrute de una amplia gama de derechos humanos. Los órganos creados en virtud de tratados, los tribunales regionales, los relatores especiales y otros órganos internacionales de derechos humanos han descrito cómo interfiere la degradación ambiental en derechos específicos, como los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda, la cultura, el desarrollo, la propiedad y la vida privada y familiar. De hecho, han "ecologizado" los derechos humanos existentes. Asimismo, han explicado que las obligaciones contraídas por los Estados de respetar, proteger y hacer realidad los derechos humanos son tan aplicables en el contexto del medio ambiente como en cualquier otro [David R, 2019].

Desde esta perspectiva, las omisiones de los gobiernos en el mundo para lograr la mitigación efectiva de los gases de efecto causantes del calentamiento global o impulsar la adaptación al cambio climático, constituyen violaciones directas a derechos humanos como el de vivir en un medio ambiente sano y seguro.

2. El acceso efectivo a la justicia en asuntos ambientales frente a la crisis ambiental y climática global

El reconocimiento de la relación inexorable que existe entre el estado del medio ambiente y los derechos humanos ha llevado a la proclamación del derecho fundamental de las personas a vivir en un medio ambiente sano que permita su desarrollo y bienestar en múltiples instrumentos internacionales y de derecho interno. Para el caso de México, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) reconoce en su artículo 11 el derecho de las personas a un medio ambiente sano y el deber de los Estados de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. En el contexto interno, el artículo 4o., párrafo quinto, de la Constitución Federal reconoce el derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, el cual debe ser garantizado por el Estado. La misma disposición constitucional establece que el daño y deterioro ambiental generarán responsabilidad para quien los provoquen.

Sin embargo, los datos devastadores que dan cuenta del estado del deterioro ambiental en el mundo y de la crisis climática global evidencian de forma contundente que hasta ahora la existencia de las leyes ambientales por sí sola está muy lejos de ser suficiente para frenar los impactos de las actividades humanas sobre los sistemas de soporte de la Tierra a niveles peligrosos. En este escenario cada vez hay mayores expectativas puestas en el papel que los sistemas de justicia pueden desempeñar para dar contenido a los derechos fundamentales que dependen de la calidad del medio ambiente y transformar los valores que rigen la relación de los humanos con la naturaleza, convirtiendo a las y los jueces en protagonistas de diversos escenarios en los cuales se discuten y deciden los conflictos relacionados con el desarrollo sustentable.²

² Para explicar la relación entre los valores que definen el modelo y rumbo del desarrollo económico y social con las decisiones que podrían frenar la crisis ambiental global, Rockström, (2009) explica

La fuerza que ha ido tomando en el mundo el reconocimiento de la importancia que tienen los sistemas de justicia para hacer frente a la crisis ambiental y climática también es visible en la creación de alrededor de 1,200 tribunales especializados o "tribunales verdes" en más de 40 países del mundo (Benjamin, 2012; Preston, 2012; Pring & Pring, 2016; Robinson, 2012). El estudio de este tema en México es importante y oportuno en el marco de las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental que prevén la creación de juzgados especializados, o bien, de una especialización judicial.³ Al mismo tiempo, un número cada vez mayor de jueces preocupados por los problemas ambientales ha afirmado su papel esencial en la protección de los derechos humanos, la igualdad y la justicia climática,⁴ impulsando diversas iniciativas, redes

por ejemplo que la definición y la posición de los umbrales en los cuales deben fijarse los límites planetarios dentro de los cuales la humanidad podría operar todavía de forma relativamente segura están también influidos por juicios normativos como el grado de riesgo que estamos dispuestos a aceptar como sociedad. Algunas de las preguntas que podrían informar estos juicios normativos que a su vez definirán las acciones de respuesta al cambio ambiental global serían, por ejemplo: ¿cuántas especies de flora y fauna silvestre pueden extinguirse en los siguientes años?; ¿cuántos grados más se hará que aumente la temperatura global del planeta?; o ¿hasta dónde se permitirá que las manipulaciones de los ciclos del agua dulce afecten a la diversidad biológica y el funcionamiento de los ecosistemas, así como la seguridad alimentaria y la salud de las personas?

En una visión parecida en su reporte citado de 2019 la IPBES propone que el fortalecimiento de la legislación y las políticas ambientales y su implementación, así como el Estado de Derecho están dentro de las cinco palancas que pueden detonar un cambio transformador de la relación sociedad-naturaleza.

³ El artículo 30 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental establece que el Poder Judicial de la Federación contará con juzgados de Distrito con jurisdicción especial en materia ambiental. En ausencia de los anteriores serán competentes para conocer de los procedimientos judiciales de responsabilidad ambiental los jueces que correspondan según la materia. Asimismo, conforme al artículo Tercero Transitorio de la misma Ley la jurisdicción especializada en materia ambiental podrá otorgarse a los juzgados de distrito en funciones en cada circuito o de acuerdo con lo que disponga el Consejo de la Judicatura, sin que tengan que crearse nuevos órganos jurisdiccionales. En esta disposición se prevé también que el personal de cada uno de los juzgados recibirá capacitación especializada en materia de normatividad ambiental. En atención a lo anterior el Consejo de la Judicatura Federal, en su Acuerdo General 27/2015 estableció que:

Hasta en tanto se ordene la instalación de juzgados especializados en materia ambiental en cada uno de los Circuitos Judiciales, los juzgados de Distrito mixtos, especializados y semiespecializados de la República Mexicana que, en razón de su competencia originalmente asignada, conocen de juicios administrativos, continuarán atendiendo los asuntos ambientales a los que se refiere la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

⁴ Disponible en: «https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/charter-of-the-global-judicial-institute-rio-de-janeiro-29-april-2016-_0.pdf».

y plataformas para el intercambio de información creadas por y para jueces en diferentes jurisdicciones,⁵ buscando soluciones novedosas y efectivas para hacer justiciables en la realidad los derechos fundamentales relacionados con la calidad del medio ambiente y la conservación de la diversidad biológica en el mundo.

En nuestro país este tema tomará muy probablemente un impulso importante frente a la inminente entrada en vigor del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú) el próximo 22 de abril. Los objetivos centrales del Acuerdo se enfocan en garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso a la información ambiental, la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, con la finalidad de contribuir con la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.⁶

Entre otros instrumentos internacionales que han desarrollado el contenido y el alcance del derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales se encuentran el Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, suscrito en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, y las Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos

⁵ El ejemplo más reciente de estas iniciativas es el Instituto Judicial Global sobre el Ambiente creado en 2016. Para mayor información puede visitarse el sitio: «<https://www.iucn.org/news/world-commission-environmental-law/201607/judges-establish-global-judicial-institute-environment>». También es notable el trabajo de la Red de Jueces Asiáticos sobre el Medio Ambiente (<http://www.ajne.org/>); el Foro de Jueces para el Medio Ambiente de la Unión Europea (<http://www.eufje.org/index.php/en/>); o la Comisión de Justicia Medioambiental de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en la cual participa México (<http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/inicio>).

⁶ Artículo 1o. del Acuerdo de Escazú.

ambientales (Directrices de Bali), creadas por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). De una revisión en conjunto de estos instrumentos y del Acuerdo de Escazú se pueden apuntar como componentes principales del derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales:

- La revisión ante instancias judiciales o de otra naturaleza, pero siempre independientes e imparciales, de cuestiones relacionadas con el ejercicio efectivo, real y oportuno de los derechos de acceso a la información ambiental y a la participación pública en asuntos ambientales.⁷
- La revisión jurisdiccional independiente e imparcial de cualquier decisión, acto u omisión que afecte el medio ambiente o contenga la legislación en la materia, causada por agentes públicos o privados.⁸
- La legitimación procesal activa amplia de personas, comunidades y organizaciones no gubernamentales para iniciar demandas sobre violaciones a la legislación ambiental o los derechos ambientales, así como exigir la reparación de daños ambientales.⁹
- La creación de mecanismos para eliminar o reducir obstáculos financieros o de otro tipo que sean prohibitivos y disuadan a las personas interesadas de presentar recursos judiciales en defensa del medio ambiente o de sus derechos ambientales.¹⁰

⁷ Véase por ejemplo, las Directrices de Bali 16 a 17; el artículo 9.1 y 9.2 b) el Convenio de Aarhus y el artículo 8.2 a) y b) del Acuerdo de Escazú.

⁸ Para una mejor referencia puede consultarse la Directriz 18 de Bali, el artículo 9.3 del Convenio de Aarhus y el artículo 8.2 c) del Acuerdo de Escazú.

⁹ Acuerdo de Escazú, artículo 8.3 c); Convenio de Aarhus, artículo 9.2 y Directriz 18 de Bali.

¹⁰ Por ejemplo, el Acuerdo de Escazú establece en su artículo 8.3 b) que para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales cada Parte contará con procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos. El Convenio de Aarhus en su artículo 2.8 menciona que las costas que fijen los tribunales nacionales deberán ser razonables y en su artículo 9.4. dispone que los procedimientos deberán ser objetivos, equitativos y rápidos, sin que su costo sea prohibitivo. También el mismo artículo refiere que cada parte contemplará el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia.

- La existencia de mecanismos de ejecución y cumplimiento oportuno de las decisiones judiciales, así como para la reparación de los daños.¹¹

Como se verá en los siguientes apartados de este texto, la jurisprudencia constitucional mexicana que se ha desarrollado en los diez años que han transcurrido a partir de las reformas constitucionales sobre derechos humanos y amparo se ha enfocado cada vez más en la justiciabilidad de los derechos relacionados con la protección del medio ambiente y la diversidad biológica, evolucionando para abordar de manera cada vez más clara la mayoría de los elementos clave del acceso a la justicia en asuntos ambientales como se han delimitado en los instrumentos internacionales especializados en este tema.

Esta evolución de la doctrina constitucional sobre el acceso a la justicia en asuntos ambientales es especialmente visible en los criterios de la Corte sobre las obligaciones que derivan del derecho humano a un medio ambiente sano para lograr su eficacia plena; el interés legítimo en el amparo ambiental; las medidas para reducir los obstáculos procesales y las asimetrías que usualmente enfrentan las partes en los litigios sobre cuestiones ambientales; la definición expansiva de los alcances del derecho a la participación ciudadana; las múltiples funciones del principio precautorio en la interpretación judicial; la incorporación a la jurisprudencia constitucional de principios hermenéuticos emergentes en el derecho internacional y comparado, como el *in dubio pro natura* y el de no regresión; y los efectos de las sentencias para asegurar la reparación integral de las violaciones al derecho humano a un medio ambiente sano, pasando por la restauración de los ecosistemas y la remediación de la contaminación.

¹¹ Véase por ejemplo, los artículos 8.3 f) y g) del Acuerdo de Escazú, el artículo 9.2 del Convenio de Aarhus y las directrices 21 y 22 de Bali.

II. Diez años de jurisprudencia constitucional para la justiciabilidad del derecho humano a un medio ambiente sano y la protección de la naturaleza

1. Primeras aproximaciones de la Suprema Corte al derecho humano a un medio ambiente sano: mandatos a las autoridades y responsabilidad compartida de los agentes privados para lograr su eficacia plena

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido integrando un sistema de interpretación constitucional armónico que vincula el reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente sano en el artículo 4o. con el principio de desarrollo sustentable previsto por el artículo 25 y el régimen que se establece en el artículo 27 para la conservación de los elementos naturales, así como la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

En las primeras aproximaciones de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al contenido y alcance del derecho a un medio ambiente sano se ha sostenido consistentemente que el artículo 4o. constitucional no es una norma programática o de contenido difuso e indeterminado, sino un mandato que "vincula a todas las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, quienes deben adoptar en el marco de sus competencias todas aquellas medidas, que sean necesarias para la protección del ambiente".¹²

Junto con la interpretación del derecho a un medio ambiente sano como un mandato constitucional a todas las autoridades, la jurisprudencia de la Corte en la última década también ha establecido claramente que existe una corresponsabilidad de los agentes privados para conservar efectiva-

¹² Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 5452/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 29 de junio de 2016, p. 21.

mente los ecosistemas y la calidad ambiental y restaurar los daños causados. En palabras de la Primera Sala, el análisis integral de la Constitución y los instrumentos convencionales de los cuales es parte el Estado mexicano permite concluir que

(i) existe un reconocimiento al derecho a un medio ambiente sano; (ii) el Estado está vinculado a establecer medidas que protejan y permitan el desarrollo del derecho; y (iii) los ciudadanos están vinculados en la protección del medio ambiente. En este sentido, podemos establecer que este derecho se configura como un derecho-deber, es decir, existe un reconocimiento del derecho al medio ambiente pero estrictamente vinculado con su deber de protección tanto del Estado como de los particulares.¹³

La jurisprudencia constitucional ha abordado también el tema de las omisiones que configuran violaciones al derecho a un medio ambiente sano en el marco del principio de progresividad, concluyendo que las autoridades de los tres órdenes de gobierno que tienen facultades constitucionales, convencionales y legales relacionadas con la protección del medio ambiente, así como la preservación y restauración del equilibrio ecológico, deben adoptar todas las medidas posibles a su alcance y hasta el máximo de los recursos disponibles para evitar y controlar los procesos de contaminación y degradación de los ecosistemas.

En la sentencia del Amparo en Revisión 641/2017 en la cual se resolvió la demanda planteada por un grupo de habitantes del pueblo de Míxquic para reclamar la omisión de autoridades federales, de la Ciudad de México y la Delegación Tláhuac de adoptar todas las medidas a su alcance para restaurar y sanear los canales y ecosistemas del Barrio de San Miguel, contaminados durante años por descargas no controladas de aguas residuales en la cuenca del río Amecameca y afectados también por la deforestación, la Segunda Sala estableció que el parámetro para evaluar el

¹³ *Ibidem*, p. 23.

cumplimiento de las obligaciones que les impone a las autoridades responsables el derecho a un medio ambiente sano es de resultado y no sólo de intención. Al constatar con diferentes pruebas periciales y una inspección ocular la existencia de un altísimo grado de contaminación del agua y la destrucción de los ecosistemas asociados a los canales de Mixquic, la Corte concluyó que "el grado de contaminación que presentan los canales del Barrio San Andrés es determinante para saber si las autoridades responsables han cumplido con sus obligaciones de protección del derecho humano a un medio ambiente sano".¹⁴

Así, aunque por razones de espacio aquí no es posible dar cuenta de todas las sentencias que han ido configurando esta jurisprudencia constitucional de la Décima Época que se ha enfocado en dar un contenido real al derecho humano a un medio ambiente sano, a partir de estos ejemplos puede notarse cómo una norma que durante muchos años se pensaba como idealista, difusa o sólo programática, se ha ido convirtiendo progresivamente a partir de la interpretación de la Suprema Corte en un poder de exigencia a todas las autoridades del Estado y también a los agentes privados, quienes deben participar concurrentemente en las acciones necesarias para evitar y restaurar los daños ambientales.

Así pues, la interpretación sobre el deber de resultado y no de intención que imponen sobre las autoridades del Estado las obligaciones convencionales y constitucionales para la garantía de los derechos ambientales es un criterio fundamental para la protección del medio ambiente porque aporta un parámetro claro para posicionar los temas ambientales como una prioridad en la agenda del desarrollo, superando el falso dilema entre el crecimiento económico y la conservación del patrimonio natural que parece seguir justificando en muchos casos la toma de decisiones contrarias a la protección del medio ambiente en nuestro país.

¹⁴ *Ibidem*, p. 58.

2. Evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el contenido, alcance y la justiciabilidad del derecho a un medio ambiente sano en la Décima Época

A. Las diferentes dimensiones del derecho a un medio ambiente sano: el caso de la Laguna del Carpintero

En 2011, dos mujeres en la ciudad de Tampico, Tamaulipas, interpusieron una demanda de amparo indirecto para reclamar la afectación a los humedales de la Laguna del Carpintero, causada durante la construcción de un proyecto llamado Parque Temático Ecológico Centenario autorizado por el Ayuntamiento y el gobierno estatal. El juicio se sobreesó porque la jueza que conoció el caso consideró que las quejas no contaban con interés legítimo al no haber demostrado una afectación directa a su derecho a un medio ambiente sano o su salud. Las vecinas de la Laguna del Carpintero presentaron entonces un recurso de revisión que atrajo la Suprema Corte, en el cual argumentaron que sí tenían un interés legítimo porque el daño ambiental causado a los humedales las privaba de los servicios ambientales de ese ecosistema, lo cual debía entenderse como una violación a su derecho a un medio ambiente sano.

Al resolver el Amparo en Revisión 307/2016 la Primera Sala de la Corte aprobó por unanimidad un proyecto presentado por la Ministra Norma Lucía Piña Hernández que es, en mi opinión, una de las sentencias más emblemáticas y progresistas que existen en el derecho comparado y en México respecto de la interpretación sobre el marco teórico y legal del derecho humano a un medio ambiente sano, en la cual se explicaron con claridad las diferentes dimensiones en las cuales se desenvuelve y debe tutelarse mediante el juicio de amparo, así como los principios que deben enmarcar su interpretación, incluyendo los de precaución, no regresión e *in dubio pro natura*.

a. Las diferentes dimensiones del derecho humano a un medio ambiente sano

En la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016 se explica que el derecho humano a un medio ambiente sano debe protegerse en sus dimensiones individual, colectiva e intergeneracional. La Primera Sala distinguió también una dimensión subjetiva en la que debe protegerse el derecho al medio ambiente por su conexidad con otros derechos humanos como el acceso al agua o a la salud, junto con otra dimensión objetiva o ecologista que ordena la conservación y la restauración de la naturaleza por su valor intrínseco, con independencia de sus repercusiones sobre las personas, concluyendo que la afectación a cualquiera de estas dos dimensiones es una violación al derecho humano a un medio ambiente sano.

Al abordar esta segunda dimensión autónoma, la sentencia afirma, como lo había hecho con anterioridad la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁵ que el derecho a un medio ambiente sano "protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales".¹⁶ Aplicando estas ideas a la interpretación puntual del derecho humano a un medio ambiente sano en relación con los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Federal, la Primera Sala estableció que el bien jurídico protegido es el medio natural y, por tanto, la tutela constitucional "se centra en evitar el daño ecológico como consecuencia mediata o inmediata de la intervención del hombre en la administración de los recursos naturales, ocasionando una afectación a los intereses difusos y colectivos cuya reparación pertenece, como última ratio a la sociedad en general".¹⁷

¹⁵ Corte IDH, "Obligaciones Estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal", Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf»,

¹⁶ *Ibidem*, p. 41.

¹⁷ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña, 14 de noviembre de 2018, p. 63.

b. ¿Hacia una doctrina constitucional sobre los derechos de la naturaleza?

Al afirmar que el núcleo esencial de la tutela del derecho a un medio ambiente sano es la naturaleza por su valor intrínseco, pienso que la Suprema Corte marcó una transición clara desde una perspectiva de tutela judicial más utilitaria bajo la cual la diversidad biológica y los ecosistemas únicamente deben ser protegidos cuando pueda probarse su relación directa e inmediata con algún aspecto del bienestar de una persona en particular, a una perspectiva más amplia y garantista que acerca un poco a la jurisprudencia constitucional mexicana a la doctrina que se ha ido desarrollando en el derecho comparado sobre los derechos de la naturaleza o la jurisprudencia de la Tierra, a través de la cual se propone reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos y superar los modelos jurídicos de legislación ambiental actuales en los cuales predomina marcadamente un enfoque antropocéntrico, subjetivo e individualista.¹⁸

La materialización de la doctrina sobre los derechos de la naturaleza se ha dado en el derecho comparado mediante diversas vías que incluyen su reconocimiento constitucional o legislativo, o su declaración jurisprudencial.¹⁹ Las preguntas sustantivas y procesales que buscan responderse

¹⁸ En el 2009, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó su resolución 64/196 que se refiere a la búsqueda de alternativas que permitan vivir en armonía con la naturaleza y avanzar en el desarrollo sustentable. Como parte de esta iniciativa en la misma Organización se han compilado las disposiciones jurídicas y los precedentes judiciales que abordan los derechos de la naturaleza en el derecho comparado, que también se han denominado bajo el concepto general de jurisprudencia de la Tierra. Para mayor información puede consultarse el sitio: «<http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/>».

¹⁹ En una de las sentencias más emblemáticas sobre el tema la Corte Constitucional Colombiana declaró al río Atrato como sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y la restauración de los daños causados por la deforestación y la minería ilegal en el sitio. En la sentencia se estableció que el Estado colombiano debe ejercer la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del Chocó. También se creó judicialmente una comisión de guardianes del río Atrato que deberá encargarse de su protección, recuperación y debida conservación. En Bangladesh en el 2019 la Corte Suprema reconoció al río Turag como una entidad viva con derechos, sosteniendo que la misma interpretación es aplicable a todos los ríos del país. En Ecuador varias cortes en diferentes materias y jurisdicciones han interpretado el capítulo constitucional de los derechos de la naturaleza ordenando medidas cautelares y de reparación de daños ambientales. En la India también han surgido diversas

con la doctrina de los derechos de la naturaleza incluyen, por ejemplo, ¿quién o qué es el sujeto de derechos que debe ser protegido?; ¿cuáles son sus derechos y sobre quién recaen las obligaciones para garantizarlos?; ¿quién puede representar judicialmente los derechos de la naturaleza? (Borrás, 2016; Kauffman, Craig y Martin, 2018).

Para responder a esas preguntas, los ejemplos en el derecho comparado han abordado al menos dos aspectos sustantivos principales. Primero, el reconocimiento de la relación recíproca que existe entre el bienestar humano y los servicios ambientales que proporcionan los ecosistemas. Si se reconoce lo anterior, una consecuencia obligada en un sistema para proteger los derechos de la naturaleza sería que deben instituirse mecanismos de responsabilidad ambiental cuyo fin principal es la restauración *in situ* de los daños a la biodiversidad, con independencia de otros tipos de reparación como la patrimonial. El segundo aspecto que se aborda en esta discusión, como ha ocurrido en la Constitución de Ecuador y algunas constituciones locales en México, es la declaración de derechos específicos de la naturaleza.²⁰

sentencias judiciales que han conferido personalidad jurídica o declarado como seres vivientes, por ejemplo, a los animales en Haryana; a los glaciares de Gangotri y Yamunotri; o los ríos Ganges y Yamuna. Algunas de las decisiones judiciales en la India están siendo revisadas o han sido revertidas en cortes superiores.

²⁰ Por ejemplo, la Constitución Política de la Ciudad de México establece en su artículo 18 como parte de la regulación del derecho a un medio ambiente sano:

2. El derecho a la preservación y protección de la naturaleza será garantizada por las autoridades de la Ciudad de México en el ámbito de su competencia, promoviendo siempre la participación ciudadana en la materia.

3. Para el cumplimiento de esta disposición se expedirá una ley secundaria que tendrá por objeto reconocer y regular la protección más amplia de los derechos de la naturaleza conformada por todos sus ecosistemas y especies como un ente colectivo sujeto de derechos

El artículo 2o. de la Constitución de Guerrero establece que: "El principio precautorio, será la base del desarrollo económico y, el Estado deberá garantizar y proteger los derechos de la naturaleza en la legislación respectiva".

Asimismo, el Capítulo Séptimo de la Constitución de Ecuador denominado "Derechos de la naturaleza" menciona varios derechos específicos de la naturaleza como el respeto a su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos y a ser restaurada. La misma Constitución confiere a toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad el derecho de exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

En cuanto a las cuestiones procesales que deben resolverse para dotar de contenido en la práctica a los derechos reconocidos a favor de la naturaleza, es imprescindible que alguien pueda interponer acciones legales en su representación para demandar algún tipo de protección, es decir, que se reconozca algún tipo de legitimación activa a alguna persona o institución para representar los intereses de la naturaleza.²¹ También es necesario que al determinar el otorgamiento de un remedio legal, el tribunal pueda tener en cuenta los daños que se causaron a la entidad protegida y que la reparación del daño sea en beneficio de la naturaleza (por ejemplo, que se ordene su restauración *in situ*) y no de alguna persona o institución, mediante alguna compensación económica (Stone, 2010).

Al pensar en estos desarrollos comparados, en mi opinión, aun cuando la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016 no se pronunció sobre la existencia de derechos de la naturaleza, ni se refirió a la Laguna del Carpintero como sujeto de derechos, acerca a la Suprema Corte a la jurisprudencia de la Tierra porque aborda muchos de los temas principales de esa doctrina como son el reconocimiento del valor intrínseco de la

²¹ La asignación del *locus standi* para representar los derechos de la naturaleza toma varias formas en el derecho comparado que incluyen desde el reconocimiento de una legitimación amplia para que cualquier persona pueda hacerlo, hasta el nombramiento de representantes o guardianes específicos. Por ejemplo, en el primer antecedente que se conoce sobre los derechos de la naturaleza, en caso de Tamaqua Borough en los Estados Unidos de América la Ordenanza 612 estableció que los residentes del sitio, las comunidades y los ecosistemas deberán ser considerados personas en lo que se refiere a la defensa y el ejercicio de sus derechos civiles y que cualquier residente de Tamaqua puede interponer demandas para reivindicar tanto sus derechos civiles, como los de la naturaleza. En el caso de Nueva Zelanda, como parte de un acuerdo alcanzado entre la Corona y los indígenas maori respecto de varias reclamaciones históricas sobre la propiedad y el uso de sus territorios ancestrales, en el 2017 se expidió una legislación a través de la cual se confirió personalidad jurídica a la entidad denominada *Te Awa Tupua*, definida como un todo indivisible y viviente, que comprende el río Whanganui desde las montañas hasta el mar, incorporando todos sus elementos físicos y metafísicos. La ley que establece este acuerdo con los maori declara que *Te Awa Tupua* es una persona jurídica con todos los derechos, poderes, deberes y responsabilidades que eso implica y que deberán ser ejercidos por los representantes indígenas y de la Corona que se elijan de común acuerdo. En Colombia, la Corte Constitucional declaró sujeto de derechos al río Atrato en la región del Chocó y nombró a un representante del Estado Colombiano y a un miembro de las comunidades locales como guardianes, con el deber de ejercer la tutoría y representación legal de los derechos de río. También se ordenó en la sentencia crear una comisión de guardianes del río Atrato a la cual se integran tanto los dos guardianes designados como un equipo asesor que incluye al Instituto Humboldt y WWF Colombia, entre otras instituciones.

naturaleza y la obligación jurídica de protegerla aun cuando no implique un beneficio directo para las personas; el reconocimiento de un interés legítimo en el amparo ambiental por el cual se promueve una mirada amplia y precautoria por parte de los jueces respecto de la relación que existe entre las personas y los servicios que prestan los ecosistemas y la obligación de restaurar los daños causados a los ecosistemas y sus servicios ambientales como consecuencia del otorgamiento del amparo.

B. El interés legítimo en materia ambiental: *in dubio pro actione* y el criterio del entorno adyacente a los ecosistemas en riesgo

El reconocimiento de una legitimación procesal activa amplia, como lo prevé el Acuerdo de Escazú, es uno de los requisitos indispensables del acceso a la justicia en asuntos ambientales porque sin la posibilidad de que personas, comunidades y organizaciones no gubernamentales interesadas en proteger a la naturaleza, evitar la contaminación del agua, el suelo o el aire, o lograr la reparación de daños ya causados, puedan interponer una acción jurídica para lograr estos fines, la definición del derecho humano a un medio ambiente sano como un derecho que debe tener una eficacia plena y tutelarse en sus dimensiones autónoma, colectiva, difusa e intergeneracional, en la práctica no tendría ningún sentido.

Durante muchos años, el reconocimiento del interés legítimo o de una legitimación procesal activa amplia para la defensa de intereses colectivos y difusos ha sido probablemente el principal obstáculo que enfrentan las personas y organizaciones que acuden al juicio de amparo para lograr la protección del medio ambiente. Esto ha sido así porque casi siempre se había exigido la demostración de un perjuicio directo en la esfera jurídica de quien promueve el amparo, lo cual es difícil de acreditar debido a la incertidumbre y complejidad que caracteriza a los fenómenos ambientales y sus efectos concretos en el espacio y el tiempo. Es así que tradicionalmente, la interpretación judicial en este tema ha optado por adoptar un criterio de proximidad geográfica con el sitio donde se argumenta

existe un riesgo o daño ambiental, limitando mucho las posibilidades de acceso a la justicia en asuntos ambientales.

Sin embargo, a partir de las reformas constitucionales sobre derechos humanos y amparo, la jurisprudencia de la Décima Época ha impulsado definitivamente una interpretación más amplia sobre la legitimación procesal colectiva y difusa en el juicio de amparo, abriendo una puerta real para transformar el acceso a la justicia en asuntos ambientales y hacer efectivo también el derecho a la tutela judicial efectiva en una dimensión colectiva e intergeneracional.

Como un ejemplo de esta transformación que ha ocurrido en los últimos años respecto a la mirada del Poder Judicial sobre la legitimación procesal activa en asuntos ambientales, en 2016, al resolver una contradicción de tesis sobre la posibilidad de eximir en el juicio de amparo la presentación de una garantía económica como condición para ordenar la suspensión de obras y actividades que podrían afectar la biodiversidad y el derecho humano a un medio ambiente sano, la Segunda Sala de la Suprema Corte estableció que la justiciabilidad del derecho referido impone obligaciones de procedimiento a los Estados, incluyendo la adopción de la mirada más amplia posible al derecho de iniciar una demanda, utilizando como herramienta hermenéutica en el juicio de amparo el principio *in dubio pro actione*, el cual requiere que los órganos jurisdiccionales, al interpretar las normas procesales, "eviten formalismos o entendimientos no razonables que vulneren el derecho del justiciable a obtener una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada".²²

Un poco más tarde la Primera Sala de la Suprema Corte emitió en el Amparo en Revisión 307/2016 un criterio sobre el interés legítimo para la defensa del medio ambiente como derecho humano a la luz de los artículos 1o. y 4o. constitucionales, que en mi opinión puede impulsar

²² Contradicción de Tesis 270/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 11 de enero de 2017, p. 25.

una transformación radical en el acceso a la justicia en asuntos ambientales en México.

En este caso, la juez de distrito que conoció la demanda de amparo indirecto interpuesta por las vecinas de la Laguna del Carpintero tuvo por probado que en el sitio existían humedales costeros que fueron afectados durante la realización del proyecto y que una de las quejas era vecina del mismo. Aun así, la jueza consideró que "no quedó demostrado que la tala de los mangles y la correspondiente afectación de los ecosistemas, hubiera generado una afectación directa a su derecho humano al medio ambiente, ni un perjuicio y afectación directa a su salud".²³

La Primera Sala revirtió esta decisión y decidió que el análisis del interés legítimo en casos que involucren el derecho humano a un medio ambiente sano puede llevarse a cabo a partir de, entre otros criterios, el análisis de la relación que hay entre los servicios ambientales de un ecosistema y la situación de quien solicita el amparo para protegerlo. Conforme a esta interpretación son beneficiarios ambientales de los servicios ambientales de un ecosistema quienes habitan o utilizan su entorno adyacente o sus áreas de influencia, definidas como

las zonas o espacios geográficos en los que impactan los servicios ambientales que prestan los ecosistemas y que benefician a los seres humanos y al propio medio ambiente. Con otras palabras, son las áreas en las cuales las funciones de un ecosistema entendidas como los procesos biofísicos que ahí se generan, impactan en el beneficio de los seres humanos y el medio ambiente.²⁴

Consecuentemente, partiendo de las tesis jurisprudenciales que identifican el interés legítimo con la existencia de intereses jurídicamente relevantes y protegidos, así como la demostración de una situación jurídica identi-

²³ *Ibidem*, p. 50.

²⁴ *Ibidem*, p. 105.

ficable que surge de una relación específica con el objeto que se intenta proteger, en la sentencia se resolvió que "el interés legítimo para promover un amparo en materia ambiental depende de la especial situación que guarda la persona o comunidad con el ecosistema que se estima vulnerado, particularmente con sus servicios ambientales".²⁵ De esta manera, como también se precisa en la sentencia, considerando inclusive los principios de precaución e *in dubio pro natura*.

para resolver si se actualiza el interés legítimo de quien promueve un juicio de amparo en defensa del medio ambiente el juzgador *sólo* deberá determinar si quien alega ser titular del derecho ambiental *se beneficia o aprovecha* los servicios ambientales del ecosistema que alega vulnerado.

Para comprender mejor el alcance de este criterio es necesario tener en cuenta que al estudiar el interés legítimo en este caso, la Primera Sala reconoció que al igual que todos los ecosistemas, los humedales de la Laguna del Carpintero tienen varias áreas de influencia que incluyen el ámbito local (servicios de retención de suelos y barrera contra huracanes), el regional (protección de costas y servicios ambientales de regulación hidrológica) y el global (mitigación de los impactos del cambio climático y protección de la biodiversidad).²⁶ Esta determinación en la sentencia es indispensable para avanzar en la consolidación de una jurisprudencia basada en criterios científicos sobre el interés legítimo, porque el reconocimiento de las múltiples escalas en las cuales existen los servicios

²⁵ En general el interés legítimo requiere que quien lo invoca pueda expresar un agravio diferenciado del que tienen los demás integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, de tal forma que la anulación del acto que se reclama produce un beneficio o efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro, pero cierto. Para mayor referencia puede consultarse la siguiente tesis de jurisprudencia:

INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS." Pleno de la Suprema Corte de Justicia en Jurisprudencia común, Tesis: P/J.50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014: p. 60. Reg. digital: 2007921.

²⁶ Contradicción de Tesis 270/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 118.

ambientales de los ecosistemas puede trascender definitivamente el criterio de vecindad inmediata de un ecosistema como el único válido para reconocer la legitimación procesal activa en asuntos ambientales.

Bajo este criterio, por ejemplo, una persona que resida en alguno de los estados de la cuenca del río Usumacinta, podría razonablemente intentar la defensa judicial de un área natural protegida como la Reserva de la Biosfera de Montes Azules en la Selva Lacandona, que ha perdido dos terceras partes de su vegetación original por procesos de deforestación no controlados, aún sin habitar en el estado de Chiapas, porque de su conservación dependen

servicios ambientales estratégicos para la población local, regional, nacional y, sin pretender exagerar, también para la mundial. Por ejemplo, contribuyen a la regulación del ciclo hidrológico, la vegetación retiene el agua, la encauza y la distribuye hacia la cuenca baja por innumerables arroyos y ríos, hasta su desembocadura; los nutrientes que arrastran las aguas, que se generan por el constante recambio de materia orgánica que aporta la vegetación, llegan a la costa y alimentan las pesquerías; son, además, ecosistemas retenedores y captadores de bióxido de carbono y por supuesto generan oxígeno; además, son fuente de recursos naturales, la mayoría desconocidos y aún no utilizados, cuyos beneficios para sus dueños son inimaginables [Carabias, J., J. de la Maza y R. Cadena (coords.), 2015].

Así, junto con el reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza y la aplicación de los principios precautorio, *in dubio pro natura*, e *in dubio pro actione* de manera integrada, el criterio del interés legítimo y los servicios ecosistémicos realmente puede impulsar una nueva etapa en el acceso a la justicia en asuntos ambientales en México que pueda responder mejor a los urgentes y complejos retos que plantean los problemas ambientales y causados por el cambio climático, que son a su vez obstáculos serios para el ejercicio de los derechos humanos y la igualdad.

C. Los principios precautorio e *in dubio pro natura* en la jurisprudencia de la Décima Época

a. *El principio precautorio*

Uno de los principios a los cuales se ha recurrido más en la interpretación constitucional sobre el derecho humano a un medio ambiente sano tanto en el derecho comparado como en México es el principio precautorio a partir de su definición en la Declaración de Río.²⁷ Este principio ha sido incorporado explícitamente en varios tratados internacionales como los que se ocupan del cambio climático, la protección de la diversidad biológica, la bioseguridad en la biotecnología, el control de los contaminantes orgánicos persistentes, la prevención de la contaminación del mar, o más recientemente en el Acuerdo de Escazú, al ser una herramienta de interpretación crítica para el ejercicio efectivo de los derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en asuntos ambientales.²⁸

Algunos precedentes importantes en la Suprema Corte sobre la aplicación empírica del principio precautorio abordaron inicialmente sus implicaciones para los evaluadores de riesgos al medio ambiente y la salud, particularmente en el caso de la liberación de organismos genéticamente modificados, el uso de los agroquímicos asociados a estos proyectos y sus impactos sobre los medios de vida y la salud de varias comunidades

²⁷ El Principio 15 de la Declaración de Río establece que:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

²⁸ Por ejemplo, el artículo 3o. de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático establece que las partes deberán tomar medidas precautorias para anticipar, prevenir o minimizar las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos y que, frente a las amenazas de daños serios o irreversibles, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como una razón para postergar dichas medidas. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica en su preámbulo refiere cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.

indígenas, así como los riesgos para la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas en la península de Yucatán, entre otros sitios.

Aun cuando esas sentencias han sido cuestionadas por los representantes de las comunidades indígenas quejosas por considerar que no se estudió el fondo del asunto, es decir, el riesgo inaceptable que desde su punto de vista se causa a la salud, al medio ambiente y a sus medios de vida con los proyectos que siguen llevándose a cabo para el desarrollo de agricultura transgénica a gran escala en sus territorios.²⁹ En mi opinión, existen algunos criterios en las sentencias que pueden ser de mucha relevancia para construir un estándar riguroso sobre el parámetro de cautela que debería guiar las decisiones públicas sobre actividades con riesgos de impactos significativos al medio ambiente.

En el Amparo en Revisión 921/2016, la Segunda Sala interpretó que el principio de precaución como está previsto en la Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados, también en relación con la Declaración de Río y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad de la Biotecnología, prohíbe la actuación discrecional de las autoridades administrativas frente a los riesgos pues "aun ante la falta de evidencias científicas concretas, deban actuar cuando razonablemente se estima que existe la posibilidad de un daño grave e irreversible; razonabilidad que debe estar sustentada en procedimientos científicos sólidos".³⁰ Conforme a este criterio el análisis de riesgos que están obligadas a realizar las autoridades debe ser preciso y "estar apoyado en estudios que reflejen datos confiables y no guiado por inferencias que no tienen sustento".³¹

En el Amparo en Revisión 923/2016, la Suprema Corte encontró que las autoridades responsables de la política nacional sobre bioseguridad de

²⁹ Véase por ejemplo: «<https://www.cemda.org.mx/organizaciones-recurren-a-la-cidh-para-que-mexico-proteja-a-las-comunidades-mayas-afectadas-por-siembra-de-soya-transgenica/>».

³⁰ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 923/2016. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: José Fernando Franco, 5 de abril de 2017, p. 49.

³¹ *Ibidem* p. 50.

los organismos genéticamente modificados deben analizar en cada caso concreto si los actos que reclamaron las comunidades indígenas (la liberación comercial de soya genéticamente modificada y el uso del herbicida glifosato) pueden impactar significativamente su desarrollo social, económico, cultural o ambiental, a partir de datos y estudios científicos. Asimismo, la Corte concluyó que para la consulta con las comunidades indígenas y la decisión sobre el otorgamiento del permiso deberá considerarse la mejor información científica disponible.³²

La determinación de un estándar del tipo o rigor de la información que puede utilizarse para justificar decisiones en contextos de riesgo e incertidumbre es uno de los componentes más urgentes en el desarrollo de una jurisprudencia empírica sobre el principio precautorio. En la Unión Europea, por ejemplo, la condición previa y necesaria que detona la aplicación del principio precautorio es una evaluación de los datos científicos sobre los riesgos, para identificar los efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno y decidir si deben adoptarse medidas para proteger el medio ambiente, la salud humana o la vegetal. En este sentido, la Comisión de las Comunidades Europeas ha establecido que

Dicha evaluación requiere datos científicos fiables y razonamiento lógico, para llegar a una conclusión que exprese la posibilidad del acontecimiento y la gravedad del impacto de un peligro sobre el medio ambiente o sobre la salud de una población dada, incluida la magnitud del posible daño, su persistencia, reversibilidad y efectos posteriores. Aunque no en todos los casos es posible realizar una evaluación de riesgos completa, deberán hacerse todos los esfuerzos posibles para evaluar la información científica disponible.

Cuando sea posible, deberá hacerse un informe en el que se indique la evaluación del conocimiento existente y la información de

³² *Ibidem* p. 36.

que se dispone, y en el que se expongan los puntos de vista de los científicos sobre la fiabilidad de la evaluación y las incertidumbres que se mantienen. En caso necesario, también contendrá la identificación de problemas que necesiten una investigación científica más amplia.³³

En los Estados Unidos de América la Ley sobre Especies en Riesgo (ESA, por sus siglas en inglés) y otras normas sobre la conservación de especies y hábitats establecen también reglas sobre el uso de la mejor información científica disponible en los procesos de decisiones por las agencias federales y locales.³⁴ Aunque no está del todo claro cómo puede identificarse cuál es la mejor información científica disponible, lo importante de estas reglas es que orientan a que las decisiones sobre acciones que pueden afectar ecosistemas o especies en riesgo se basen en datos obtenidos a partir de evaluaciones que sigan métodos científicos y puedan justificarse racionalmente.

La existencia del mandato en la ESA de utilizar no cualquier ciencia, sino la mejor disponible para tomar decisiones que puedan afectar a las especies en riesgo o sus hábitat, ha permitido que se revisen judicialmente un gran número de decisiones administrativas para verificar el rigor de la información que se ha utilizado como justificación (Murphy & Weiland, 2016). Aunque se ha criticado también que las cortes aplican un grado muy alto de deferencia a las agencias administrativas para definir los estándares e indicadores científicos en los cuales sustentan sus decisiones (Fischman, 2016), en algunos casos, el estándar de la mejor información científica disponible, junto con la búsqueda oficiosa por parte de los jueces de mayores datos, por ejemplo, a partir de la opinión

³³ Comisión de las Comunidades Europeas. (2017), "Información procedente de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. Comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental", p. 14.

³⁴ Por ejemplo algunas disposiciones de la ESA como la Sección 4(b)(1)(A) requiere que las agencias federales responsables de la protección de la vida silvestre basen sus decisiones sobre la inclusión o exclusión de una especie en la lista de riesgo en los mejores datos científicos y comerciales disponibles.

independiente de expertos designados judicialmente, ha llevado a la determinación de que no se ha realizado un esfuerzo suficiente para conseguir los mejores datos existentes y utilizarlos de manera adecuada, obligando a las agencias a rehacer los planes de conservación ambiental para especies en riesgo, recordando que su actuación no puede ser arbitraria y caprichosa.³⁵

En este contexto, considero que la interpretación que realizó la Corte en estos casos sobre el principio precautorio y sus implicaciones para la definición del tipo de información científica que debe utilizarse para tomar decisiones en contextos de incertidumbre sobre los riesgos potenciales de actividades peligrosas para el medio ambiente, la diversidad biológica y la salud, puede razonablemente extrapolarse a muchos supuestos más allá de la utilización de organismos genéticamente modificados, funcionando como un estándar claro y efectivo para la revisión de las decisiones públicas al enmarcarlas en un contexto de debida fundamentación y motivación que reduzca no solamente la discrecionalidad administrativa, sino también el riesgo de errores en detrimento de derechos fundamentales como el de vivir en un medio ambiente sano.

Mas tarde, en la sentencia del caso de la Laguna del Carpintero, la Primera Sala de la Corte abordó las implicaciones del principio precautorio en diferentes fases y decisiones del juicio de amparo, incluyendo el análisis del interés legítimo, las reglas de valoración probatoria y el papel de los jueces cuando resuelven conflictos en los cuales es preciso evaluar en contextos de incertidumbre sobre los riesgos al medio ambiente, a la diversidad biológica o la salud de las personas y actuar en consecuencia.

La sentencia del Amparo en Revisión 307/2016 utilizó inicialmente la definición del principio precautorio contenida en la Declaración de Río,

³⁵ Véase por ejemplo, las sentencias de los casos *San Luis & Delta Mendota Water Auth. v. Jewell*, 747 F3d 581 (9th Cir. 2014) y *San Luis & Delta Mendota Water Auth. v. Locke*, 776 F3d 971 (9th Cir. 2014).

pero, a diferencia de ese instrumento, no interpreta que su aplicación sólo, debe llevarse a cabo cuando haya peligro de daño grave o irreversible, o se esté frente a un escenario de ausencia de certeza científica absoluta. Más aún, en esta sentencia, la Corte parece considerar que el principio de precaución implica también un deber prescriptivo de los jueces para actuar de cierta forma, en contraste a una interpretación de este principio en una versión más argumentativa que se limite a verificar que la incertidumbre científica absoluta sobre riesgos de daños graves o irreversibles no se utilice como una razón válida para postergar la adopción de medidas eficaces para prevenirlos.³⁶

Por una parte la sentencia refiere expresamente la vinculación que hay entre el principio precautorio y la evaluación en materia de impacto ambiental prevista por la Ley General del Equilibrio Ecológico, estableciendo que esta es una "condición necesaria para la implementación de cualquier proyecto con impacto ambiental, por lo cual su ausencia constituye en sí misma una vulneración a este principio".³⁷ Al estudiar los conceptos de violación en el caso, la Primera Sala reafirmó esta interpretación sobre la incidencia del principio precautorio en el juicio de amparo de forma contundente al expresar que "la ausencia de la autorización de la SEMARNAT para desarrollar un proyecto en una zona de especial

³⁶ Entre los muchos temas que generan un amplio debate sobre este principio está por ejemplo si tiene diferentes funciones dependiendo del contexto en el que debe interpretarse e impone condiciones distintas a un regulador (como las agencias de protección ambiental) y a un juez. Tampoco parece haber consenso sobre si es un principio argumentativo o si tiene un carácter prescriptivo; o si existen versiones fuertes y débiles del mismo atendiendo sobre todo a su formulación normativa y en este caso, si esa distinción debe llevar a consecuencias concretas en materia probatoria como la inversión de la carga de la prueba (Sandin, 1999; Wiener y Rogers, 2002; Zander, 2010). Per Sandin sostiene que hay dos formas básicas de mirar el principio precautorio: argumentativa o prescriptiva. En el primer caso lo más importante serían las razones que se considerarán válidas para tomar una decisión en un contexto de incertidumbre. En esta versión, como lo postula el Principio 15 de la Declaración de Río, la incertidumbre no puede utilizarse como una razón para postergar la realización de acciones para evitar o reducir riesgos y daños ambientales. En su versión prescriptiva, la que en mi opinión ha adoptado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio precautorio obligaría a adoptar un cierto comportamiento frente a la incertidumbre cuando exista una amenaza de riesgos o daños al medio ambiente (Sandin, 2006).

³⁷ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 69.

protección basta para *concluir que el humedal ubicado en el área está en riesgo* y, consecuentemente, a la luz de los principios de precaución, *in dubio pro natura* y no regresión en materia ambiental, basta para otorgar la protección constitucional".³⁸

Asimismo, la Primera Sala advirtió que en general la valoración de los riesgos y daños ambientales que presupone el derecho ambiental está condicionada por la incertidumbre científica o técnica que puede derivar de muchos factores como los errores estadísticos, la elección de los indicadores, datos o parámetros utilizados o incluso el contexto.³⁹ Me parece de mucha importancia resaltar aquí, como en las demás secciones de la sentencia que se refieren al principio precautorio, que la Suprema Corte no refiere a un parámetro de riesgos graves o irreversibles como lo hace la Declaración de Río, ni precisa que el grado de incertidumbre para que opere este principio deba ser absoluto. De manera puntual, la sentencia establece que

atendiendo al principio de precaución, es constitucional la toma de decisiones jurisdiccionales ante situaciones o actividades que puedan producir riesgos ambientales, esto, aunque no se tenga certeza científica o técnica al respecto. Con otras palabras, una vez identificado el riesgo, la falta de pruebas científicas o técnicas no es motivo para no tomar las medidas necesarias para salvaguardar el medio ambiente.⁴⁰

Mas adelante en la sentencia hay una nueva aplicación del principio precautorio, esta vez como herramienta para la interpretación del interés legítimo en el amparo ambiental. Al definir los servicios ambientales, la Primera Sala hizo ver que no pueden exigirse evidencias inequívocas sobre su afectación como condición para acreditar el interés legítimo porque

³⁸ *Ibidem*, p. 150.

³⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 72.

generalmente su medición depende de pruebas científicas que no son exactas o incluso los daños causados puedan manifestarse en periodos de tiempo prolongados, por lo cual

el análisis de los servicios ambientales debe ser conforme al criterio de precaución, es decir, la ausencia de pruebas científicas que reflejen puntualmente "los beneficios de la naturaleza" no puede ser motivo para considerar que determinado ecosistema no presta un servicio ambiental, o bien, que el beneficio del ecosistema no repercute a una determinada persona o comunidad.⁴¹

En la sentencia de este caso, la Corte realizó además por primera vez una interpretación sobre el papel del juez en el amparo ambiental en la cual otra vez el principio precautorio aparece como una herramienta hermenéutica indispensable para analizar el fondo del asunto, sobre todo respecto de las cuestiones probatorias. La Primera Sala explicó en este apartado de su decisión que para hacer efectiva la protección del medio ambiente los jueces de amparo deben adoptar medidas para corregir las asimetrías que muchas veces se presentan por una marcada desigualdad entre las partes que intervienen en el litigio ambiental, determinada por factores de poder político, técnico, o económico. Según esta interpretación, los jueces deben realizar una valoración preliminar sobre la existencia de cualquier riesgo que pueda afectar a los ecosistemas o al medio ambiente atendiendo a un criterio de razonabilidad y en el marco de los principios de precaución e *in dubio pro natura*. A partir de esta evaluación, además de realizar oficiosamente las acciones que sean necesarias para obtener más información, podrá decretarse la reversión de la carga de la prueba para que sean las autoridades responsables quienes deban acreditar que los riesgos ambientales advertidos por el juez en realidad no existen.⁴²

⁴¹ *Ibidem*, p. 86.

⁴² *Ibidem*, p. 103.

La Segunda Sala de la Suprema Corte también ha interpretado la vinculación entre los principios precautorio y de participación pública en asuntos ambientales, adoptando un criterio que correlaciona la posibilidad de obtener la mayor información posible a partir de las opiniones y aportaciones de las personas o instituciones interesadas, con la reducción de la incertidumbre y las posibilidades de error en los procesos de toma de decisiones sobre cuestiones ambientales caracterizadas por altos grados de complejidad científica o técnica.

Mas tarde la Segunda Sala conoció en revisión un amparo en el cual se planteó la inconstitucionalidad de la modificación realizada unilateralmente por la Comisión Reguladora de Energía (CRE) a la Norma Oficial Mexicana NOM-016-CRE-2016, Especificaciones de calidad de los petrolíferos, mediante el cual, entre otras cosas, se incrementó como parámetro permitido de oxígeno adicionado hasta el 10% en volumen de etanol en las gasolinas Regular y Premium en algunas regiones del país.⁴³ En el juicio de amparo indirecto se argumentó que la modificación de la norma fue indebida porque no se llevó a cabo a través de un procedimiento que incluyera la participación ciudadana en asuntos ambientales sino en forma unilateral por la CRE. También se reclamó que el cambio a la norma era ilegal porque no se basó en una justificación en la cual se demostrara que los riesgos ambientales y sanitarios que motivaron la regulación original de las gasolinas ya no existen. Por el contrario, se argumentó en el amparo, la nueva regulación emitida por la CRE era contraria a la tutela del derecho a un medio ambiente sano porque la utilización de etanol en los combustibles presenta riesgos para el medio ambiente y la salud pública, además de que representaba una medida regresiva que contravenía los compromisos del Estado Mexicano para enfrentar el cambio climático conforme el Acuerdo de París.

⁴³ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 610/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 15 de enero de 2020.

La Segunda Sala encontró que la CRE únicamente pudo haber invocado el supuesto de excepción para modificar unilateralmente la norma oficial mexicana si se hubiera demostrado estar frente a la existencia de hechos o circunstancias verdaderamente extraordinarias que permitan inteligir, en forma notoria, evidente e incontrovertible, que no existían ya las condiciones de riesgo ambiental y sanitario consideradas como justificación original en la regulación para mejorar la calidad del aire en algunas zonas del país. Para la Corte, la decisión de la CRE debió enmarcarse en el principio precautorio, bastando únicamente un principio de prueba para que debiera actuarse a favor del medio ambiente. Para mayor claridad la Segunda Sala explicó que

el principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso y la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente; de ahí que ante esa incertidumbre o plenitud de conocimiento científico, lo procedente es adoptar medidas tendientes a proteger el ambiente, a fin de evitar daños injustificados e indebidos en los ecosistemas y a las especies.⁴⁴

En un criterio que encuentro de especial importancia para analizar en casos futuros la validez de medidas que se traduzcan en acciones regresivas de desregulación realizadas desde cualquier sector del desarrollo, la Segunda Sala estableció además que para decidir si puede eliminarse una medida creada con fines de protección ambiental, debe realizarse una evaluación científica de los riesgos, lo más completa posible y en la cual se identifique en la medida de lo posible el grado de incertidumbre científica, basada en datos científicos fiables y un razonamiento lógico, que exprese las posibilidades y magnitud de los impactos peligrosos para el medio ambiente y la población. Bajo este parámetro, la Corte encontró que la CRE no realizó una evaluación científica con esas características

⁴⁴ *Ibidem*, p. 25.

porque no se presentó información para concluir en forma notoria, evidente e incontrovertible, que el uso de etanol anhidro como oxigenante de gasolinas no depara riesgo alguno de daño al medio ambiente.⁴⁵

La sentencia del Amparo en Revisión 610/2019 también vinculó el principio precautorio con la obligación de las autoridades de garantizar el derecho de participación ciudadana en asuntos ambientales como lo prevén el Principio 10 de la Declaración de Río y el Acuerdo de Escazú, al considerar que la CRE debió llevar a cabo el procedimiento ordinario para modificar la norma oficial mexicana, permitiendo la intervención de expertos y ciudadanos interesados. En estos casos, indicó la Corte, "la conjunción de la participación ciudadana y la aplicación del principio de precaución, tiene el potencial de permitir y promover procesos de toma de decisiones más democráticos e inclusivos, en donde diferentes voces sean escuchadas y consideradas, por lo que a las plausibles afectaciones al medioambiente se refiere".⁴⁶

La Segunda Sala encontró además que la modificación a la norma era contraria a las obligaciones del Estado mexicano para mitigar el cambio climático conforme al Acuerdo de París que exige actuar con base en la mejor información científica disponible.⁴⁷ También se desestimaron las razones de competencia económica esgrimidas por las autoridades federales para justificar el cambio a la norma, porque,

los intereses o valores puramente económicos que, en su caso, pueda generar el incremento del porcentaje de etanol en las gasolinas, como oxigenante, debían ser ponderados y confrontados contra los potenciales riesgos que ello podría deparar al medio ambiente y las obligaciones estatales de reducir las emisiones de gases invernadero.⁴⁸

⁴⁵ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 81.

Al revisar en conjunto la interpretación que ha dado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al principio precautorio parecería seguro afirmar que lejos de concebirse como una directriz programática, al igual que en muchos países del mundo, se ha posicionado como norma jurídica vinculante (Marchant y Mossman, 2004). Sin embargo, aun si se acepta la definición del principio precautorio como una norma vinculante y reconociendo los grandes avances que se han dado en esta década para consolidarlo como una herramienta indispensable para comprender realmente cómo debe protegerse el derecho a un medio ambiente sano, desde mi punto de vista quedan todavía por resolverse en la jurisprudencia constitucional mexicana muchas discusiones como sus implicaciones en materia probatoria.

Entre los temas que me parece importante seguir reflexionando en este tema, más allá de decretarse que pueden realizarse judicialmente acciones como la inversión de la carga de la prueba, o como lo prevé el Acuerdo de Escazú, la carga dinámica de la prueba, creo que sería importante abordar también cuestiones críticas para avanzar en una interpretación más puntual del principio precautorio, como la definición de criterios que permitan la identificación de la mejor información disponible para la toma de decisiones sobre el riesgo ambiental en contextos de alta incertidumbre; la definición de lo que debe probarse en cuanto a los riesgos al ambiente o la ausencia de los mismos; los estándares probatorios que deberían utilizarse dependiendo del nivel de riesgo; o la pertinencia de tener en cuenta otros criterios como la facilidad o la disponibilidad probatoria para asegurar que las posibilidades de error en la decisión judicial se reduzcan lo más posible.

b. El principio in dubio pro natura

El principio *in dubio pro natura* ha emergido recientemente en el derecho comparado sobre todo por la vía jurisprudencial para promover que en casos de incertidumbre sobre los efectos de una decisión sobre el medio ambiente se resuelva siempre de la forma más favorable para la naturaleza. Para mayor referencia, la Comisión de Derecho Ambiental Mundial

de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) ha definido este principio en su Declaración sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental de la siguiente forma:

Principio 5. *In Dubio Pro Natura*

En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos.

Aunque existen muchas discusiones en proceso sobre las diferencias que hay entre el principio *in dubio pro natura* y el de precaución, parece haber consenso en la doctrina y la interpretación jurisprudencial respecto de que el primero se ocupa más bien de las incertidumbres normativas o jurídicas, mientras que en el segundo caso la precaución se detona frente a la incertidumbre científica. En esta misma línea de interpretación, la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016 estableció que la aplicación del principio *in dubio pro natura* implica que "si en un proceso existe una colisión entre el medio ambiente y otros intereses, y los daños o los riesgos no pueden dilucidarse por falta de información, deberán tomarse todas las medidas necesarias a favor del medio ambiente".⁴⁹

El profesor Nicholas Bryner ha sostenido que el principio *in dubio pro natura* es análogo al *in dubio pro reo* que opera en materia penal, o el *in dubio pro homine* que informa la aplicación de las normas sobre derechos humanos (Bryner, 2015). Bajo esta mirada, el principio *in dubio pro natura* implicaría que ante el riesgo de error de una decisión judicial de la cual dependa la conservación de la diversidad biológica, o la causación de un

⁴⁹ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 54.

daño incierto al medio ambiente, deberán establecerse estándares de prueba rigurosos y determinarse acciones probatorias efectivas como la inversión de la carga de la prueba para minimizar las posibilidades de que el error se cometa en detrimento del medio ambiente o los derechos ambientales.

Adoptando una interpretación similar a estas ideas la Primera Sala de la Suprema Corte en la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016 estableció también que el principio *in dubio pro natura* "es un *mandato interpretativo general* de la justicia ambiental, en el sentido de que en *cualquier conflicto* ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente".⁵⁰

La incorporación del principio *in dubio pro natura* a la jurisprudencia mexicana representa un avance hacia una doctrina constitucional más garantista del derecho humano a un medio ambiente sano y resulta aplicable en diferentes contextos y momentos del proceso judicial, pues puede utilizarse para informar decisiones que tienen que ver con la determinación de revertir las cargas probatorias en casos donde no queda muy claro si las normas aplicables lo permiten, para adoptar medidas cautelares rigurosas en casos de riesgos a ecosistemas prioritarios o especies en riesgo, o incluso, para establecer las medidas que deben implementarse para reparar los daños causados al medio ambiente cuando existen varias alternativas posibles de restauración.

D. Los derechos de acceso a la información y la participación pública como derechos humanos fundamentales en la jurisprudencia de la Décima Época

La Suprema Corte ha abordado los derechos relacionados con la participación pública en asuntos ambientales no sólo en relación con los pro-

⁵⁰ *Idem.*

cedimientos específicos de toma de decisiones relevantes para el medio ambiente en donde debe consultarse ampliamente con las personas interesadas, sino también como derechos fundamentales autónomos protegidos convencional y constitucionalmente. Asimismo, como antes se mencionó, la Corte ha recurrido a estos derechos para promover la adopción de una mirada amplia al interés legítimo en el amparo ambiental, para identificar medidas puntuales para reducir los obstáculos de acceso a la justicia en asuntos ambientales y para crear un entorno propicio que permita a las personas o las organizaciones defensoras del medio ambiente puedan trabajar para estos fines. En este apartado intentaré dar cuenta de los ejemplos más emblemáticos en la jurisprudencia de la Décima Época que han tratado todas estas dimensiones de los derechos de acceso mencionados.

a. Los derechos de acceso a la información y la participación pública en asuntos ambientales como derechos fundamentales autónomos protegidos constitucional y convencionalmente

En febrero de 2016, un grupo de habitantes de la comunidad de Bacanuchi en el estado de Sonora interpuso una demanda de amparo indirecto en contra de la autorización en materia de impacto ambiental para construir una nueva presa de jales que la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales otorgó a la empresa minera Buenavista del Cobre, responsable de un derrame ocurrido unos años antes de sulfato de cobre (CuSO_4) acidulado, en el Arroyo Tinajas, Municipio Cananea, Sonora, que alcanzó el río Bacanuchi. Los quejosos reclamaron que se violaron sus derechos a un medio ambiente sano y a la participación pública en asuntos ambientales porque al no haber sido consultados antes del otorgamiento de la autorización, se les negó una oportunidad de participar en un asunto de interés público que los afecta directamente.

La Segunda Sala de la Suprema Corte conoció en asunto en revisión y resolvió que la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales debió consultar a los habitantes de Bacanuchi antes de autorizar a la

empresa minera la realización del proyecto para garantizar sus derechos de acceso a la información y la participación pública, que además de ser elementos fundamentales para la tutela del derecho a un medio ambiente sano, son derechos fundamentales autónomos protegidos por los artículos 1o., 4o, quinto párrafo, 6o. y 35, fracción III, de la Constitución federal y diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado mexicano que informan las obligaciones de las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas, incluyendo los derechos a un medio ambiente sano; al libre acceso de información plural y oportuna; y a tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y públicos del país.⁵¹

La sentencia de Amparo en Revisión 365/2018 resolvió que los derechos constitucionales y convencionales a la participación dan efectividad a la tutela del derecho humano a un medio ambiente sano, porque

la participación del público interesado permite efectuar un análisis más completo del posible impacto ambiental que puede ocasionar la realización de un proyecto o actividad determinada y permite analizar si afectar o no derechos humanos, de modo que es relevante permitir, principalmente, que las personas que pudieran resultar afectadas tengan la posibilidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el tema que les atañe al inicio del procedimiento, pues es cuando todas las opciones y soluciones son aún posibles y pueden ejercer una influencia real.⁵²

Para complementar la interpretación de estos derechos la Segunda Sala admitió como pautas orientadoras que dan plena realización al derecho humano a un medio ambiente sano, al acceso a la información y la participación ciudadana, otros instrumentos internacionales no vinculantes

⁵¹ En particular la sentencia refiere a los artículos 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; 25, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 13, numeral 1 y 23, numeral 1, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵² Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 365/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 5 de noviembre de 2018 p. 35.

en sentido estricto como la Declaración de Río y el Acuerdo de Escazú que en ese momento no había sido aún ratificado por el Estado mexicano ni se vislumbraba tan cierta su próxima entrada en vigor, que son fundamentales para comprender el alcance de los derechos asociados a la protección del medio ambiente y las obligaciones estatales correlativas.

En mi opinión este criterio puede también resultar aplicable para utilizar como pautas orientadoras de la interpretación judicial en estos temas múltiples instrumentos que se han desarrollado en el derecho internacional que tampoco son vinculantes en sentido estricto, pero aportan criterios que pueden ser útiles para comprender mejor los alcances del derecho a un medio ambiente sano, como las Directrices de Bali elaboradas por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente o las Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares (Directrices Akwé: Kon, 2014) adoptadas en el contexto del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica.⁵³

Incluso creo que esta interpretación expansiva de la jurisprudencia constitucional abre la puerta para acercar a los operadores jurisdiccionales a otros instrumentos que han creado jueces y expertos reconocidos globalmente en temas relacionados con el acceso a la justicia en asuntos ambientales, como la Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica (Declaración de Brasilia) suscrita por los integrantes del Instituto Judicial Mundial del Ambiente;⁵⁴ la Declaración de la Comisión de Derecho Ambiental Mundial de la UICN sobre el Estado de Derecho en materia ambiental;⁵⁵ o los Principios medioambientales para un desarrollo ecoló-

⁵³ Disponibles en: «<https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>».

⁵⁴ Disponible en: «https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasilian_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation_0.pdf».

⁵⁵ Disponible en: «https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/english_world_declaration_on_the_environmental_rule_of_law_final.pdf».

gicamente sostenible adoptados por la Comisión Ambiental de la Cumbre Judicial Iberoamericana,⁵⁶ que también pueden contribuir a la consolidación de un sistema jurisprudencial progresista para la tutela más amplia posible de los derechos ambientales y la diversidad biológica.⁵⁷

Otro de los aspectos que me parecen más relevantes de esta sentencia es que resuelve uno de los aspectos más débiles de la regulación nacional sobre la evaluación de impacto ambiental, que permite decidir en forma discrecional y arbitraria de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales si se realizarán o no consultas públicas y reuniones de información públicas durante los procesos de evaluación de proyectos que puedan afectar al medio ambiente.⁵⁸ La Suprema Corte de Justicia resolvió que aun cuando la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y su Reglamento en materia de impacto ambiental no establecen la obligación expresa de las autoridades ambientales de realizar una consulta pública en todas las fases de planeación, evaluación e implementación de las obras y actividades sujetas a este procedimiento, las obligaciones constitucionales y convencionales del Estado mexicano en cuanto a los derechos de información, participación política y protección del derecho a un medio ambiente sano, requieren informar y consultar a las personas y comunidades antes de realizar o permitir que se lleven a cabo proyectos que puedan afectar el medio ambiente en el que viven.⁵⁹

⁵⁶ Disponibles en: «http://www.cumbrejudicial.org/images/imagenes/Principios_Jur%C3%ADdicos_Medioambientales_para_un_Desarrollo_Ecol%C3%B3gicamente_Sustentable.pdf».

⁵⁷ Es interesante contar, como ejemplo, que la Corte Suprema de la Nación Argentina ha recurrido expresamente a la Declaración de Brasilia sobre Justicia Hídrica y a la Declaración referida de la UICN para incorporar a la jurisprudencia constitucional los principios *in dubio pro aqua e in dubio pro natura* (Caso Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental- CSJ 714/2016/RH).

⁵⁸ Esto porque el artículo 40 del Reglamento de la LGEEPA en materia de Evaluación del Impacto Ambiental establece que la SEMARNAT, a solicitud de cualquier persona de la comunidad de que se trate, podrá llevar a cabo una consulta pública respecto de proyectos sometidos a su consideración a través de manifestaciones de impacto ambiental (énfasis añadido).

⁵⁹ En este caso la decisión de la SEMARNAT intentó justificarse en las disposiciones de la LGEEPA que permiten autorizar obras y actividades relacionadas con la disposición final de sus residuos mineros en presas de jales, por medio de un informe preventivo, por lo cual, al no haberse requerido una manifestación de impacto ambiental, a juicio de la Secretaría, no se requería realizar una

b. Medidas para eliminar los obstáculos en el acceso a la justicia y la participación pública en asuntos ambientales

Uno de los aspectos en los cuales se manifiesta de manera más evidente la desigualdad entre las partes en muchos litigios ambientales es la condición de cubrir garantías económicas para que el juez dicte alguna medida cautelar. Para hacer frente a esta asimetría los instrumentos internacionales que se ocupan de este tema ponen énfasis en que deberán eliminarse las barreras económicas o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia, evitando que los costos financieros del litigio en defensa del medio ambiente sean prohibitivos.⁶⁰

En México la Suprema Corte de Justicia al resolver la Contradicción de Tesis 270/2016 resolvió que no debe solicitarse una garantía económica cuando los actos que se solicita detener puedan causar una afectación a la biodiversidad porque existe un peligro en la demora, y lejos de causarse un perjuicio al interés social, se podrían evitar daños inminentes e irreparables al equilibrio ecológico y al derecho de todas las personas para vivir en un medio ambiente sano, que no podría ser restituido a la comunidad.⁶¹

consulta. Pero es importante notar que aun cuando se trate de obras y actividades que sí requieran ser evaluadas a través de una manifestación de impacto ambiental, el marco jurídico vigente permite que la decisión de realizar una consulta pública o no se tome de manera discrecional por la Secretaría.

⁶⁰ Para el PNUMA los costos de un proceso de acceso a la justicia en asuntos ambientales serán prohibitivos cuando "disuadan a un miembro del público con un salario medio o a una organización que depende de contribuciones de sus miembros de llevar a cabo el procedimiento de revisión" (PNUMA, 2015). En un sentido parecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que la provisión en el Convenio de Aarhus sobre la eliminación de barreras relacionadas con costos prohibitivos del proceso judicial debe interpretarse en el contexto del principio de igualdad y que en cuestiones relacionadas por ejemplo con litigios sobre evaluaciones de impacto ambiental "implica que no se impida a las personas a las que se refieren dichas disposiciones promover o proseguir un recurso judicial comprendido en el ámbito de aplicación de tales artículos debido a la carga económica que de ello podría resultar" (Comisión de las Comunidades Europeas, 2017).

⁶¹ En la sentencia de este caso la Segunda Sala resolvió que prevalece como jurisprudencia un criterio que establece los siguientes parámetros para informar la decisión de los jueces sobre la exención de solicitar una garantía económica para dictar una suspensión cuando se aleguen posibles violaciones al derecho humano a un medio ambiente sano: (i) la violación al derecho a un medio ambiente sano debe ser un aspecto medular del juicio de amparo; (ii) el planteamiento deberá estar

La posibilidad de presentar pruebas sobre los riesgos ambientales que se quieren evitar a través de la presentación de un medio de defensa judicial es otro de los temas que se considera más relevante al hablar de la eliminación de barreras en el acceso a la justicia sobre asuntos ambientales. Esto es así porque la obtención o la producción de pruebas científicas para demostrar la existencia de riesgos o daños ambientales pueden ser muy costosas cuando involucran por ejemplo mediciones de contaminantes en los ecosistemas, modelaciones de diferentes escenarios sobre la dispersión de contaminantes o agentes que pueden causar daños a la diversidad biológica como las semillas transgénicas fuera de las áreas donde se autorice su utilización, los efectos en la salud de las personas por la presencia de sustancias tóxicas en el medio ambiente por encima de los límites normativos permitidos, o diferentes pruebas periciales que demuestren el nexo causal entre un daño ambiental y la actividad de múltiples actores que descargan contaminantes en una cuenca, entre muchos otros supuestos.

Para hacer frente a estos obstáculos, los instrumentos normativos y la jurisprudencia de tribunales en el derecho internacional, nacional y comparado han contemplado varias alternativas que incluyen vías para el asesoramiento científico de los jueces ya sea desde instituciones creadas para tal fin en la judicatura⁶² o bajo reglas procesales especiales para la presentación y la valoración de pruebas en casos ambientales.⁶³ El Acuerdo

dirigido a combatir una verdadera afectación al medio ambiente; (iii) la afectación que se argumenta deberá ser actual o inminente, y no meramente hipotética o posible; (iv) la violación al medio ambiente debe ser una consecuencia directa e inmediata del acto reclamado; y (v) no deberá exceptuarse del pago de una garantía económica cuando el acto que se solicita suspender genere un beneficio social, o se trate de un esquema de aprovechamiento sustentable.

⁶² Uno de los ejemplos que más se estudian en este aspecto es el caso de los tribunales ambientales en Chile. El artículo 2o. de la Ley Núm. 20.600 que crea los tribunales ambientales establece que cada tribunal estará integrado por tres ministros. Dos serán abogados especializados en derecho ambiental o administrativo y el tercero deberá contar con un título de licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales.

⁶³ La Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur se utiliza también como modelo de prácticas innovadoras en el manejo de casos en parte debido a sus reglas probatorias como las que expresamente prevén la designación de expertos para asesorar cuestiones científicas y la presentación de evidencia concurrente en sesiones donde los expertos deben explicar a los jueces sus

de Escazú aborda este tema enfocándose en la actividad de razonamiento probatorio judicial, promoviendo la adopción de medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba cuando sea aplicable.⁶⁴

En esta línea, la Suprema Corte de Justicia en el Amparo en Revisión 307/2016 ha vinculado también este tema con la protección del derecho de participación ciudadana estableciendo que "la protección del derecho humano al medio ambiente está estrechamente ligada al conocimiento científico y/o técnico y esta particularidad dificulta la *defensa ciudadana* del mismo, en tanto los elementos probatorios son de difícil acceso y comprensión y, consecuentemente, implican un costo elevado".⁶⁵ Como antes se ha mencionado, en esta sentencia se planteó que los jueces pueden nivelar las asimetrías procesales en estos casos a partir de herramientas como la búsqueda oficiosa de información sobre los riesgos al ambiente y la inversión de las cargas probatorias a la luz del principio precautorio.

c. La obligación de crear un entorno propicio para la participación pública y los defensores del medio ambiente

En el Amparo en Revisión 307/2016 la Primera Sala interpretó que los derechos de acceso a la información y la participación pública, como están previstos en el Principio 10 de la Declaración de Río y el Acuerdo de Escazú, obligan a las autoridades de los Estados a garantizar un entorno propicio para que puedan realizar su trabajo las personas, organizaciones o grupos que promuevan la protección del medio ambiente, otorgándoles reconocimiento y protección.

puntos de consenso y disenso, así como resolver frente a cada parte las dudas técnicas de sus reportes individuales y conjuntos .

⁶⁴ Acuerdo de Escazú. Artículo 8.3 e).

⁶⁵ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 103.

Aunque en la sentencia de la Laguna del Carpintero no se menciona expresamente, considero que la afirmación que hizo la Primera Sala sobre la obligación de las autoridades estatales para garantizar un entorno propicio a la participación ciudadana en materia ambiental es especialmente importante en relación con la garantía de lograr que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad como lo establece el Acuerdo de Escazú.⁶⁶

En México este tema necesita una atención urgente. Algunos reportes,⁶⁷ aseguran que nuestro país es el cuarto más peligroso del mundo para los defensores de derechos humanos que intentan proteger el medio ambiente y la diversidad biológica. Se ha documentado cada vez con mayor certeza que los defensores del medio ambiente y el territorio en México sufren constantemente ataques que van desde la criminalización o restricción de sus libertades de reunión y expresión, hasta el homicidio.⁶⁸

⁶⁶ Acuerdo de Escazú, artículo 9:

Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales

1. Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.

2. Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico.

3. Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo.

⁶⁷ Global Witness. (2020), "Defending Tomorrow. The climate crisis and threats against environmental defenders". Disponible en: «<https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defending-tomorrow/>».

⁶⁸ Según el Centro Mexicano de Derecho Ambiental AC de enero a diciembre de 2019 se registraron 39 ataques a personas defensoras de los derechos humanos ambientales. En estos ataques fueron asesinadas 15 personas. Otras agresiones reportadas incluyen las amenazas, la criminalización, la intimidación, agresiones físicas, difamación, desaparición forzada, o el uso indebido de la fuerza, entre otras. CEMDA (2019). Informe sobre la situación de las personas defensoras de derechos humanos ambientales. Disponible en: «<https://www.cemda.org.mx/wp-content/uploads/2020/03/informe-personas-defensoras-2019.pdf>».

En este escenario, el criterio de la Corte sobre la obligación estatal de garantizar un entorno propicio para la participación ciudadana en materia ambiental conforme al Acuerdo de Escazú, interpretado de manera conjunta con el contexto del principio de no regresión que se desarrolla también en la sentencia, puede desempeñar un papel importante para impulsar acciones efectivas de protección para los defensores ambientales, así como para revisar que no se realicen medidas regresivas como podrían ser por ejemplo la desregulación y falta de financiamiento a programas como el Mecanismo de protección para los defensores de derechos humanos y periodistas.

E. Jurisprudencia constitucional para la tutela judicial efectiva del medio ambiente y los derechos ambientales: efectos de las sentencias y mecanismos de cumplimiento para la reparación integral de los daños

Como antes se vio, uno de los componentes principales del acceso a la justicia en asuntos ambientales es que existan mecanismos efectivos para que se cumplan las decisiones judiciales, se reparen los daños causados al medio ambiente y se establezcan garantías de no repetición. Cuando se han causado daños a los ecosistemas generalmente se intenta lograr la restitución al estado anterior al daño ambiental, es decir, la restauración de los recursos naturales y servicios ambientales afectados, la remediación de los sitios contaminados o la compensación sustituta cuando no sea posible la reparación *in situ* como primera alternativa. Por esta razón, en los casos de responsabilidad ambiental la compensación económica debería ser una excepción que se requiera únicamente cuando sea imposible materialmente restaurar los ecosistemas y servicios ambientales.

Las medidas para el cumplimiento de las decisiones judiciales tendientes a evitar o reparar los daños ambientales son de especial complejidad en muchos casos porque los efectos de las afectaciones sobre el medio ambiente o los ecosistemas pueden ser persistentes en el tiempo o la restauración de los componentes de los ecosistemas pueden tardar mucho

tiempo en ocurrir. Como se ha apuntado en la Guía para las Directrices de Bali

En los casos ambientales, los remedios como la compensación y restitución suelen ser insuficientes para la plena restauración de los servicios ecológicos dados los efectos irreversibles de muchos actos y actividades peligrosos para el medioambiente. Por tanto, las medidas provisionales, como las medidas cautelares, son recursos importantes para evitar daños irreversibles [PNUMA, 2015].

La jurisprudencia de la Suprema Corte también ha presentado algunos avances muy notables en este tema clave para el acceso a la justicia en asuntos ambientales y la tutela judicial efectiva, ordenando en algunos precedentes recientes la realización de medidas puntuales para la restauración de ecosistemas afectados, al considerarse que es la única manera de reparar efectivamente las violaciones al derecho humano a un medio ambiente sano y garantizar además el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el Amparo en Revisión 641/2017, la Segunda Sala ordenó a las autoridades de diferentes jurisdicciones a coordinarse para atender los problemas comunes de contaminación en la cuenca del río Amecameca e instruyó llevar a cabo una evaluación ambiental estratégica para identificar los daños causados a los canales de Míxquic y las acciones de restauración necesarias. Entre las medidas que deberán adoptarse la Corte incluyó llevar a cabo un monitoreo efectivo de las descargas de aguas residuales por diversas fuentes difusas y aplicar cabalmente la legislación ambiental para obligar a los agentes privados a cumplir con las normas de calidad del agua.

En el caso de la Laguna del Carpintero, la Primera Sala diseñó una serie de acciones integrales para la reparación de los daños causados a los manglares. Al considerar que no es una autoridad científica que pueda definir las medidas de restauración apropiadas para los humedales y sus servicios ambientales, la Suprema Corte llamó como asesora técnica para

el cumplimiento de la sentencia a la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad a quien se solicitó elaborar un programa que informe las acciones que deberán llevar a cabo las autoridades responsables para restaurar los ecosistemas. Entre estas medidas se instruyó convenir un esquema de financiamiento para lograr la restauración e informar a la Corte, al público interesado y a la quejosa los avances en el cumplimiento de la sentencia. También se solicitó al juez de distrito competente asegurar las acciones necesarias para lograr los objetivos de restauración ambiental.

Por último, me parece muy importante hacer notar que las sentencias de la Corte que se han referido en este apartado han abordado también un tema que ha surgido continuamente en el derecho comparado, sobre todo en el contexto de la actual ola de litigios sobre el cambio climático en los cuales se solicita a los tribunales revisar si las medidas determinadas por los gobiernos para mitigar el cambio climático son adecuadas y cumplen las metas del Acuerdo de París, referido a los efectos de las sentencias frente a duros cuestionamientos sobre los límites de la intervención de la judicatura en la tutela del medio ambiente y los derechos ambientales, en el contexto de la división de poderes.

Esto ocurrió en el caso de los canales de Míxquic. Las autoridades responsables argumentaron que el alcance de la sentencia en el amparo indirecto rebasó las facultades de control de un juez de amparo, contraviniendo los principios de división de poderes y legalidad. En respuesta a estos argumentos, la sentencia del Amparo en Revisión 641/2017 reconoce que las obligaciones constitucionales y convencionales para la protección ambiental implican grandes esfuerzos institucionales y costos considerables para el erario público, pero que

Sería más costoso para el desarrollo de la sociedad, en su conjunto, que los jueces y tribunales adoptaran una postura jurisdiccional 'laxa' al momento de resolver sobre el cumplimiento del derecho humano a un medio ambiente sano o que minimizaran

las consecuencias que derivan del incumplimiento de tales débitos constitucionales; pues con ello se pondrá en riesgo tanto el equilibrio y protección de los ecosistemas que se encuentran en nuestro país, como en la posibilidad de las personas de desarrollar una vida digna —finalidad última que persigue el sistema de los derechos humanos.⁶⁹

En la misma sentencia se razonó para responder a los argumentos de las autoridades responsables que al dictar medidas puntuales para la restauración de los ecosistemas dañados por su omisión de aplicar eficazmente la legislación ambiental, la sentencia del amparo indirecto no violó el principio de legalidad, porque en opinión de la Segunda Sala, para hacer justiciables los derechos sociales como el derecho a un medio ambiente sano, los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada adecuada, sino que únicamente examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr la garantía del derecho fundamental en juego.⁷⁰

Finalmente, en otro criterio que estimo muy relevante también en el contexto del derecho a una tutela judicial efectiva y la expansión de la tutela de los derechos humanos que se detonó con las reformas constitucionales de 2011, al resolver el Amparo en Revisión 307/2016, la Primera Sala estableció que la naturaleza colectiva, difusa e intergeneracional de los daños al medio ambiente no permite una interpretación restrictiva del principio de la relatividad cuando se determinan los efectos de las sentencias en las cuales se conceda el amparo porque debe restituirse al quejoso en el pleno goce de la garantía constitucional vulnerada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la protección. En este contexto

⁶⁹ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 641/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 18 de octubre de 2017, p. 77.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 82.

la especial configuración del derecho humano al medio ambiente obliga a reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias con el objeto de dotarlo de un contenido que permita su tutela efectiva a partir del reconocimiento de su naturaleza colectiva y difusa. Esto porque si tanto el derecho al medio ambiente sano, como el principio de relatividad de las sentencias están expresamente reconocidos en la Constitución Federal, resulta que su interacción debe ser armónica, es decir, la relatividad de las sentencias no puede constituir un obstáculo para la salvaguarda efectiva del medio ambiente.⁷¹

Pienso que este criterio es fundamental en el sistema de responsabilidad por daño ambiental en México que también busca que las medidas de reparación logren devolver los ecosistemas y sus servicios ambientales al estado que tenían antes de ser afectados. Pero sobre todo creo que las sentencias de la Corte que se han estudiado en este apartado son importantes y emblemáticas porque comprenden que la reparación de los daños al medio ambiente es la mayoría de las veces una cuestión muy costosa, compleja técnicamente y que puede tardar muchos años en ocurrir y que en estos casos la reparación completa de los derechos fundamentales vulnerados y la garantía del derecho a una tutela judicial efectiva requerirá entonces que la supervisión del cumplimiento de las sentencias también se lleve a cabo en esos escenarios temporales extensos y que exista un asesoramiento científico permanente a los juzgadores para saber cuándo los ecosistemas y servicios ambientales afectados se han recuperado realmente, manteniendo su integridad funcional y funciones evolutivas.

III. Conclusiones

Las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y amparo, al introducir al sistema jurídico mexicano elementos como el

⁷¹ *Ibidem*, p. 114.

reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, la obligación expresa de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, así como la procedencia del juicio de amparo por violaciones a los mismos y la introducción de los intereses legítimos individual y colectivo, detonaron la expansión progresiva de una jurisprudencia constitucional que en la actualidad protege el derecho humano a un medio ambiente sano en sus diferentes dimensiones, poniendo en el centro de la tutela judicial a la naturaleza por su valor intrínseco y se enfoca en el acceso a la información, la participación pública y la justicia como elementos indispensables para dar un contenido real a los derechos fundamentales que dependen de la calidad del medio ambiente y la conservación de la diversidad biológica.

En la jurisprudencia de la Décima Época se ha dado contenido real al derecho humano a un medio ambiente sano que durante mucho tiempo se pensó e interpretó como una idea idealista y un poco difusa, más bien programática, convirtiéndolo en un mandato transversal tanto para las autoridades de todos los órdenes de gobierno y sectores del desarrollo, como para los agentes privados. Los criterios de la Corte sobre el contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano interpretados en conjunto han establecido parámetros a partir de los cuales puede hoy exigirse no sólo la aplicación y el cumplimiento puntual del extenso marco jurídico existente para la protección del medio ambiente y la conservación de la diversidad biológica, sino también la realización de las acciones necesarias para que progresivamente se adopten las medidas necesarias para prevenir una mayor degradación de los ecosistemas y la calidad del medio ambiente, así como revertir las tendencias del deterioro ambiental a través de la restauración y remediación de los daños ambientales y la contaminación.

Creo que es especialmente importante pensar que la interpretación de la Corte sobre el parámetro a partir del cual debe evaluarse la garantía del derecho humano a un medio ambiente sano en el marco de progresividad que establece el artículo 1o. constitucional, es una obligación de

resultado y no únicamente de intención en cuanto a la conservación de los ecosistemas y el medio ambiente y que cualquier medida regresiva, como pueden ser entre muchas otras la contaminación de los cuerpos de agua, el aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero como consecuencia de políticas energéticas contrarias a los compromisos convencionales del Estado mexicano para mitigar el cambio climático, o la fragmentación de corredores biológicos y la afectación a especies en riesgo causadas por la construcción de proyectos asociados al crecimiento económico, deberán estar plenamente justificados y pasar por un examen riguroso a partir del cual pueda demostrarse que se han considerado todas las alternativas y los recursos disponibles para incorporar plenamente la variable ambiental en la toma de decisiones que inciden en la sustentabilidad del desarrollo.

Los criterios de la Corte, interpretados en conjunto, instan a los jueces a adoptar una mirada amplia del interés legítimo en el amparo ambiental, considerando los principios *in dubio pro actione*, *in dubio pro natura* y precautorio. En cuanto a los derechos de acceso a la información y la participación pública en asuntos ambientales, la Suprema Corte ha establecido claramente que su ejercicio efectivo es una condición necesaria para la garantía del derecho humano a un medio ambiente sano y que además son derechos fundamentales autónomos protegidos convencional y constitucionalmente en el sistema de los derechos humanos.

En línea con las tendencias más progresistas de la jurisprudencia ambiental en el derecho comparado la Suprema Corte de Justicia ha abordado las implicaciones prácticas de principios clave de interpretación jurídica en asuntos ambientales como el de precaución y sus implicaciones en materia probatoria. Se ha interpretado también que los jueces responsables de la tutela y garantía del derecho humano a un medio ambiente sano no pueden permanecer como espectadores, sino que deben tomar un papel activo en la identificación de los riesgos ambientales y su mitigación, así como la determinación de medidas efectivas para reparar en la realidad los daños causados al medio ambiente.

Aunque aún falta mucho para lograr la garantía efectiva de que todas las personas y organizaciones defensoras del medio ambiente podrán ejercer plenamente su derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, pienso que la jurisprudencia constitucional de la Décima Época ha sido realmente transformadora en muchos aspectos fundamentales para la justiciabilidad del derecho humano a un medio ambiente sano y el sistema jurídico para la protección de la naturaleza y que, de seguir por este camino, posiblemente los sistemas de justicia se convertirán cada vez más en vías indispensables para hacer frente a los principales retos y efectos devastadores de las crisis ambiental actual, incidiendo en forma visible en el estado de conservación de la diversidad biológica, la calidad del medio ambiente y la mitigación del cambio climático.

Bibliografía

- BENJAMIN, A. (2012), "We, the Judges, and the Environment", *Pace Environmental Law Review*, vol. 29, iss. 2, 582-591. Disponible en: «<https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol>». Traducción: Alejandra Rabasa Salinas con autorización del autor.
- BISCOE, Briston. (2003), "Court practice and procedure for experts", *Environmental Institute of Australia and New Zealand*, Professional Practice Course Program, Sydney. Disponible en: «<https://docplayer.net/14193784-Court-practice-and-procedure-for-experts.html>».
- BORRÀS, S. (2016), "New Transitions from Human Rights to the Environment to the Rights of Nature", *Transnational Environmental Law*, vol. 5, núm. 1, 113-143. doi:10.1017/S204710251500028X y
- BRYNER, N. (2015). "Aplicando el principio 'in dubio pro natura' para la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental", en *Estado de derecho en materia ambiental: Tendencias en las Américas: Ensayos seleccionados*, Secretaría General de la OEA, pp. 174-183.

CARABIAS, J., DE LA MAZA, J. y CADENA, R. (coords.) (2015). *Conservación y desarrollo sustentable en la Selva Lacandona. 25 años de actividades y experiencias*, México, Natura y Ecosistemas Mexicanos.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. (2017), Información procedente de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. Comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental (2017/C 275/01).

FISCHAM, R.L y RUHL, J.B. (2016), "Judging adaptive management practices of U.S. agencies", *Conservative Biology*, vol. 30, núm. 2, 268-75.

IPBES. (2019), "Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services", BRONDIZIO, E. S., SETTELE, J., DÍAZ, S. and NGO, H. T. (edits.), Bonn, IPBES secretariat. Disponible en: «<https://ipbes.net/global-assessment>».

IPCC. (2018), "Summary for Policymakers. In: Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty", MASSON-DELMOTTE, V., ZHAI, P., PÖRTNER, H.-O., ROBERTS, D., SKEA, J., SHUKLA, P. R., PIRANI, A., MOUFOUMA-OKIA, W., PÉAN, C., PIDCOCK, R., CONNORS, S., MATTHEWS, J. B. R., CHEN, Y., ZHOU, X., GOMIS, M. I., LONNOY, E., MAYCOCK, T., TIGNOR, M. and WATERFIELD T. (edits.). Disponible en: «<https://www.ipcc.ch/sr15/>».

KAUFFMAN, Craig & MARTIN, Pamela. (2018), "Constructing Rights of Nature Norms in the US, Ecuador, and New Zealand", *Global Environmental Politics*, vol. 18. 43-62. 10.1162/glep_a_00481.

MARCHANT, G. y MOSSMAN, K. (2004), *Arbitrary and Capricious*, Washington, AEI Press.

MURPHY, D. D. y WEILAND, P. S. (2016), "Guidance on the Use of Best Available Science under the U.S. Endangered Species Act", *Environmental management*, vol. 58, núm 1, 1-14. «<https://doi.org/10.1007/s00267-016-0697-z>».

PBES. (2020), "Workshop Report on Biodiversity and Pandemics of the Intergovernmental Platform on Biodiversity and Ecosystem Services", DASZAK, P., AMUASI, J., DAS NEVES, C. G., HAYMAN, D., KUIKEN, T., ROCHE, B., ZAMBRANA-TORRELIO, C., BUSS, P., DUNDAROVA, H., FEFERHOLTZ, Y., FÖLDVÁRI, G., IGBINOSA, E., JUNGLÉN, S., LIU, Q., SUZAN, G., UHART, M., WANNOUS, C., WOOLASTON, K., MOSIG REIDL, P., O'BRIEN, K., PASCUAL, U., STOETT, P., LI, H., NGO, H. T., (edits.), Bonn, IPBES secretariat. Disponible en: «https://ipbes.net/sites/default/files/2020-12/IPBES%20Workshop%20on%20Biodiversity%20and%20Pandemics%20Report_0.pdf».

PRESTON, Brian J. (2012), "Benefits of Judicial Specialization in Environmental Law: The Land and Environment Court of New South Wales as a Case Study", *Pace Environmental Law Review*, vol. 29, núm. 2, 396-440. Disponible en: «<https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/2>».

PRESTON, Brian, J. (2003), "Science and the Law: Evaluating the evidentiary reliability", *Australian Bar Review*, vol. 23, núm. 1.

PRING, Rock y PRING, Catherine (2016), "Environmental Courts and Tribunals. A Guide for Policy Makers", Nairobi, United Nations Environment Programme.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. (2015), Poniendo en práctica el Principio 10. Una guía de

implementación de las Directrices de Bali del PNUMA para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Nairobi. PNUMA.

ROBINSON, Nicholas A. (2012), "Ensuring Access to Justice Through Environmental Courts", *Pace Environmental Law Review*, vol. 29, núm. 2, 363-395.

ROCKSTRÖM, J., STEFFEN, W., NOONE, K., PERSSON, Å., CHAPIN, F. S. III, LAMBIN, E., LENTON, T. M., SCHEFFER, M., FOLKE, C., SCHELLNHUBER, H., NYKVIST, B., DE WIT, C. A., HUGHES, T., VAN DER LEEUW, S., RODHE, H., SÖRLIN, S., SNYDER, P. K., COSTANZA, R., SVEDIN, U., FALKENMARK, M., KARLBERG, L., CORELL, R. W., FABRY, V. J., HANSEN, J., WALKER, B., LIVERMAN, D., RICHARDSON, K., CRUTZEN, P. and FOLEY, J., (2009), "Planetary boundaries:exploring the safe operating space for humanity", *Ecology and Society*, vol. 14, num. 2: 32. Disponible en: «<http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/>»

SANDIN, P. (1999), "Dimensions of the Precautionary Principle", *Human and Ecological Risk Assessment: An International Journal*, vol. 5, núm. 5, 889-907.

SANDIN, Per. (2006), "A paradox Out of Context: Harris and Holm on the Precautionary Principle", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 15, 175-183.

STONE, Christopher. (2010), "Should the Trees Have Standing?", *Law Morality and the Environment*. 3a. edition, New York, Oxford University Press.

WIENER, J y ROGERS, M. (2002) "Comparing precaution in the United States and Europe", *Journal of Risk Research*, vol. 5, núm. 4, 317-349.

ZANDER, J. (2010). *The Application of the Precautionary Principle in Practice*, Cambridge, Cambridge University Press.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Obligaciones Estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf».

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 5452/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 29 de junio de 2016.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña, 14 de noviembre de 2018.

Sentencia recaída en el Amparo en revisión 923/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Fernando Franco, 5 de abril de 2017.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 610/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 15 de enero de 2020.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 365/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 5 de noviembre de 2018.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 641/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 18 de octubre de 2017.

"INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS." Pleno de la Suprema Corte de Justicia en Jurisprudencia común, Tesis: P/J. 50/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014. Reg. digital: 200792.

Otros Instrumentos Internacionales

ONU, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos, relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, A/74/171, 15 de julio de 2019,

CEPAL, Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, 4 de marzo de 2018. Disponible en: «https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf».

ONU, Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. Disponible en: «<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>».

El derecho humano a un medio ambiente sano a la luz de la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Úrsula Garzón Aragón*

Anaid Paola Velasco Ramírez**

SUMARIO: I. La reforma constitucional de derechos humanos. II. El derecho humano a un medio ambiente sano. III. El derecho humano a un medio ambiente sano en la sentencia de Amparo en Revisión 307/2016. IV. Conclusiones.

I. La reforma constitucional de derechos humanos

El 10 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* una reforma de gran trascendencia que fortalece la defensa, protección y garantía de los derechos humanos en México, ya que se hace un reconocimiento constitucional y al mismo nivel, de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

Derivado de lo anterior, los derechos humanos reconocidos por el Estado Mexicano no se encuentran únicamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), sino también en los tratados internacionales que el propio Estado haya firmado y ratificado. Éste "bloque de constitucionalidad" es desde entonces el parámetro de validez de las leyes y actos de autoridad, siendo que los derechos humanos que deben

* Úrsula Garzón Aragón, Maestrante en Derecho Ambiental, Gerente de Defensa en el Centro Mexicano de Derecho Ambiental A.C.

** Anaid Paola Velasco Ramírez, Maestrante en Derecho, Gerente de Investigación en el Centro Mexicano de Derecho Ambiental A.C.

garantizarse, respetarse y protegerse no sólo son aquellos que se encuentran en la CPEUM, sino que, en virtud del artículo 1o., los derechos humanos contenidos en tratados internacionales firmados y ratificados por México adquieren tal rango.

Algunos de estos tratados internacionales que establecen derechos humanos de interés para la materia ambiental son los siguientes:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por México el 2 de marzo de 1981 y publicada en el *DOF* el 7 de mayo de 1981.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador, ratificado por México el 16 de abril de 1996 y publicado en el *DOF* el 1 de septiembre de 1998.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el *DOF* el 22 de junio de 1981.
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, publicada en el *DOF* el 7 de mayo de 1993.
- Protocolo de París a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, publicado en el *DOF* el 4 de noviembre de 2016.
- Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, publicada en el *DOF* el 29 de mayo de 1942.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el *DOF* el 12 de mayo de 1981.
- Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, publicado en el *DOF* el 29 de agosto de 1986.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica, publicado en el *DOF* el 7 de mayo de 1993.

- Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, publicado en el *DOF* el 28 de octubre de 2003.
- Opinión Consultiva 23/2017 Medio Ambiente y Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Asimismo, por mandato constitucional las autoridades deben realizar una interpretación de conformidad con los tratados internacionales "favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia", aplicando el principio *pro persona*.

Derivado de lo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado la importancia de allegarse de las interpretaciones de los organismos internacionales encargados de aplicar e interpretar las normas internacionales de derechos humanos, tal y como lo señala en el siguiente criterio jurisprudencial:

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, *los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una*

protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de *garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.*¹

Asimismo, se establece que los órganos jurisdiccionales deben realizar el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos que les compete:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate*, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, *en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se*

¹ Tesis P. LXVI/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 550, Reg. digital 160584.

encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), *sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.*²

Esto es, existe una obligación para los jueces de velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate.

Además, de conformidad con el nuevo régimen constitucional, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y aplicar los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, con lo cual se conforma el eje rector del Estado de derecho, y por tanto, deben ser el fundamento de la actuación pública y con ello, se aumenta la esfera protectora de los derechos humanos.

Lo anterior, comprende un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos, pues de conformidad con estos principios los derechos humanos le corresponden a todas las personas por igual (principio de universalidad), cada uno de los derechos humanos se encuentra ligado a otros y entre sí, por lo que el reconocimiento de un derecho humano, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan los otros derechos vinculados (principio de interdependencia), no se puede reconocer, proteger y garantizar parte de un derecho humano o sólo un grupo de derechos (principio de indivisibilidad), no puede haber un

² Tesis P. LXVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535, Reg. digital 160589.

retroceso en la esfera de protección alcanzada y debe velarse por ir avanzando en el tiempo en la protección de un derecho (principio de progresividad) y, finalmente, existe la obligación de aplicar la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos (principio *pro personae*).

En este mismo sentido, con la reforma al artículo 1o. constitucional, se establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, con lo que la reforma trasciende al actuar jurisdiccional y establece un mandato general para que todas las actuaciones del Estado se realicen dentro de este marco de derechos humanos:

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LAS AUTORIDADES EN LA MATERIA.

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, vigente a partir del día siguiente de su publicación, se reformó y adicionó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer diversas obligaciones a las autoridades, entre ellas, que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, que los derechos humanos son los reconocidos por la Ley Fundamental y los tratados internacionales suscritos por México, y que la interpretación de aquélla y de las disposiciones de derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales y en las leyes, siempre debe ser en las mejores condiciones para las personas. Asimismo, del párrafo tercero de dicho precepto destaca que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que, en consecuencia, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca

la ley, lo cual conlleva a que las autoridades actúen atendiendo a todas las personas por igual, con una visión interdependiente, ya que el ejercicio de un derecho humano implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos vinculados, los cuales no podrán dividirse, y todo habrá de ser de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los medios establecidos para el ejercicio, tutela, reparación y efectividad de aquéllos.³

A raíz de esta reforma constitucional y con la actuación de la SCJN se ha ido dotando de contenido a estas nuevas reglas de operación de respeto y garantía de los derechos humanos en México.

En este sentido destaca el control de convencionalidad que deben realizar los jueces, tomando en consideración que el bloque de constitucionalidad es el parámetro de control de regularidad constitucional, integrado por el conjunto de derechos humanos de fuente nacional e internacional aplicando el principio *pro persona*.

Esto es, la trascendencia de la reforma constitucional radica, entre otros aspectos, en el cambio de la visión de protección de derechos, para lo cual debe incorporarse el principio constitucional *pro persona*, en virtud del cual todas las normas relativas a la protección de derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Es decir, se debe garantizar la protección de la dignidad humana.

La reforma constitucional de derechos humanos de 2011 se complementa con la reforma al procedimiento del juicio de amparo del 6 de junio de ese mismo año, pues este juicio se convierte en una garantía jurisdiccional de los derechos humanos al establecerse su procedencia contra

³ Tesis 1a. XVIII/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, p. 257, Reg. digital 160073.

actos, leyes u omisiones que violen los derechos humanos, el reconocimiento del interés legítimo y el colectivo y se adoptan conceptos en torno a la violación de derechos por omisión de las autoridades.

II. El derecho humano a un medio ambiente sano

El artículo 4o. constitucional reconoce que "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley", lo que implica que este derecho no sólo trae consigo la posibilidad de desarrollar una vida digna en la que todo el conjunto de derechos humanos esté plenamente garantizados; sino que es una obligación que el Estado mexicano debe cumplir tanto para las generaciones presentes como las futuras.

Esto es, la Constitución prevé el derecho al medio ambiente como un auténtico derecho humano y por ende, se reconoce una específica y particular esfera de protección en favor de la persona, caracterizada por la salvaguarda del entorno o medio ambiente en el que se desenvuelve, la cual exige la tutela más amplia de conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Federal.

En ese entendido el bien jurídico protegido por el derecho humano al medio ambiente sano en términos del texto constitucional es precisamente el "medio natural", ya que es el entorno en el que se desenvuelve la persona, caracterizado por el conjunto de ecosistemas y recursos naturales que permiten el desarrollo integral de su individualidad.

Lo anterior implica que en términos del artículo 4o., en relación con el diverso 1o. constitucional, el Estado mexicano está obligado a proteger y garantizar al medio ambiente en sí mismo, con independencia de si existe o no vulneración de otros derechos.

En el contexto de la reforma de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano, como un derecho humano, implica una íntima vinculación del medio ambiente con el nivel de vida en general, lo que hace de este derecho una condición *sine qua non* del disfrute y ejercicio de los otros derechos (*a la vida, a la salud, a la alimentación, al agua, a un nivel de vida adecuado*). Esto es así ya que posee una doble dimensión; por una parte, se protege el ambiente como un bien jurídico fundamental y expresa el papel indiscutible que éste tiene en la realización de un plan de vida digno, a través del aseguramiento de las condiciones óptimas del entorno y la naturaleza, más allá de su relación con el ser humano y de la apreciación que éste haga sobre aquéllos, reconociendo que su valor intrínseco deriva de que su proceso o los procesos que la integran continúan y siguen aparentemente en un sentido: reproducirlo vivo, seguir existiendo, en su esfuerzo constante de adaptarse para sobrevivir, incluso a la acción humana; y, por otra parte, constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos, atendiendo al principio de interdependencia, ya sea porque el ser humano se encuentra en una relación indisoluble con su entorno y la naturaleza, por lo que la calidad de vida, presente y futura, la salud e incluso el patrimonio material y cultural están vinculados con la biosfera.

La dignidad, la autonomía y la inviolabilidad de la persona dependen de su efectiva protección y defensa, pues la vida depende de la vida del planeta, de sus recursos y de sus especies, tal y como fue señalado en el siguiente criterio jurisprudencial.

MEDIO AMBIENTE SANO. SU RELACIÓN CON EL DESARROLLO SUSTENTABLE Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE INTERVIENEN EN SU PROTECCIÓN.

Los principios 2, 3, 4, 7 y 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas reunida en Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de junio de 1992, así como el informe Brundtland en materia de desarrollo sostenible, brindan herramientas que permiten establecer

la incorporación intrínseca de la sustentabilidad en el contexto del derecho humano a un medio ambiente sano, reconocido en el artículo 4o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sobre un marco económico y social del desarrollo. Así, *el principio constitucional de protección al medio ambiente sano y la obligación de garantizar su pleno ejercicio, conllevan* incorporar un entendimiento central del concepto de sustentabilidad ecológica con trascendencia jurídica, a fin de garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras, en la inteligencia de que *su importancia vital radica en evitar su deterioro, como una condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales*. En consecuencia, la obligación del Estado de proteger dicha prerrogativa y disponer que sus agentes garanticen su respeto, implica compaginar metas fundamentales entre el desarrollo económico y la preservación de los recursos, mediante el desarrollo sustentable, que persigue el logro de los objetivos esenciales siguientes: (i) la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo; (ii) la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales y la equidad social; y, (iii) la preservación de los sistemas físicos y biológicos —recursos naturales, en sentido amplio— que sirven de soporte a la vida de los seres humanos, con lo cual se tutelan diversos derechos inherentes a las personas, como los relativos a la vida, la salud, la alimentación y al agua, entre otros.⁴

Así, la importancia esencial del medio ambiente sano y adecuado como derecho humano, deriva de su consideración como elemento principal para el desarrollo y bienestar del ser humano de tal manera que, si la sociedad como base del Estado se conforma por individuos, es evidente que el medio ambiente constituye una cuestión fundamental para su subsistencia.

⁴ Tesis XXVII.3o.16 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 55, junio de 2018, Tomo IV, p. 3093, Reg. digital 2017255.

Por ello, se debe contemplar al medio ambiente como un conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una colectividad en un territorio y tiempo determinados; es decir, se trata de un concepto multifactorial, que responde a la necesidad de determinar cuáles son los elementos que, a partir de su interacción, permiten una vida con calidad, lo que hace indispensable tutelar jurídicamente los bienes necesarios para la satisfacción de los requerimientos sociales presentes y futuros.

Es así que se constituye como un bien de naturaleza interdisciplinaria e intangible, que sólo puede apreciarse como un sistema de elementos materiales e inmateriales, por lo que existe una diversidad de obligaciones positivas y negativas encaminadas a lograr la efectividad de este derecho, las cuales se pueden estructurar de manera armónica con las obligaciones generales que establece el artículo 1o. de la Constitución, relativas a *promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos*. La identificación de estas obligaciones puede englobarse en aquellas de respeto, mediante las cuales se busca no obstaculizar o impedir el acceso al goce de los derechos; asimismo, en aquellas relativas a llevar a cabo acciones para no permitir que terceros obstaculicen esos bienes referentes a la protección del derecho, o incluso las de garantía que aseguran que el titular del derecho acceda al bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo.

Las obligaciones que tienen las autoridades en relación con el derecho humano a un medio ambiente sano, también han sido interpretadas en el derecho internacional, particularmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) en **la Opinión Consultiva 23/17** sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, en la cual ha señalado que, en aplicación del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados poseen la obligación *erga omnes* de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos.

La Corte Interamericana describe la segunda obligación, la obligación de garantía, afirmando que implica que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos humanos. En este sentido, la obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando, asimismo, el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. Este deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.

Conforme a ello, se dispone que la obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana conlleva el deber de los Estados de prevenir las violaciones a dichos derechos. Este deber de prevención abarca todas las medidas, de distinto carácter, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales.

Además, la Corte Interamericana señala que, como parte de la obligación de prevención, los Estados deben vigilar el cumplimiento y la implementación de su legislación u otras normas relativas a la protección del medio ambiente, así como ejercer alguna forma de control administrativo sobre operadores públicos y privados como, por ejemplo, a través del monitoreo de las actividades de estos operadores. Asimismo, tienen un deber de supervisar y fiscalizar actividades, bajo su jurisdicción, que puedan producir un daño significativo al medio ambiente. Por tanto, los Estados deben desarrollar y poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas. Estos mecanismos no sólo deben incluir medidas preventivas, sino también aquellas

apropiadas para investigar, sancionar y reparar posibles abusos, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

Por su parte, en el Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, se ha señalado que los Estados tienen la obligación de proteger contra los daños ambientales que interfieran en el disfrute de los derechos humanos, estos deberes pueden variar en función del derecho que deba protegerse, sin embargo, las interpretaciones han sido notablemente parecidas al hacer referencia a cuestiones ambientales. Aunque los límites de las obligaciones ambientales específicas siguen evolucionando, algunas de sus características principales ya están claras. Concretamente, los Estados están obligados a: a) adoptar y aplicar marcos jurídicos para proteger contra daños ambientales que puedan vulnerar los derechos humanos, y b) regular a los agentes privados para proteger contra esos daños.

En ese sentido, una vez que un Estado haya adoptado normas medioambientales en su legislación, tiene la obligación de aplicarlas y cumplirlas, tal y como lo manifestó el Tribunal Europeo: "una reglamentación que pretenda proteger derechos garantizados sería una medida ilusoria si no fuese observada debidamente". Asimismo, señala que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental ha declarado que "no basta con adoptar medidas si estas medidas solo quedan en el papel y no van acompañadas de medidas adicionales y concretas destinadas a impedir que se produzcan daños o asegurar la rendición de cuentas y la reparación efectiva del daño ambiental ocasionado".

Finalmente, la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, ha destacado que "el éxito de la reglamentación no depende solo del establecimiento de normas, sino también de que existan entidades reguladoras sólidas e independientes. [...] Las entidades reguladoras deben tener la capacidad, en términos de recursos humanos,

competencias, financiación e independencia que impida toda injerencia, para vigilar si se cumplen las normas, realizar inspecciones in situ e imponer multas y sanciones en caso de incumplimiento".

Conforme lo señalado por el derecho internacional, es dable concluir que la obligación de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que se asegure jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, el Estado mexicano debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos constitucionalmente y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho trasgredido y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Aunado a ello, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure su existencia, es decir, que tenga un efectivo ejercicio y pleno goce de los derechos humanos.

III. El derecho humano a un medio ambiente sano en la sentencia de Amparo en Revisión 307/2016

El medio ambiente tiene una gran importancia para la realización de las personas en todas sus esferas y cómo es que la degradación ambiental genera múltiples impactos a diversos niveles, lo que inclusive puede conllevar a la desaparición de un ecosistema, de una especie y de la muerte o enfermedad grave de los seres humanos, razón por la cual, este derecho se encuentra reconocido en la CPEUM y en algunos tratados internacionales.

Uno de los medios con que cuentan las personas para proteger su derecho humano a un medio ambiente sano, así como el entorno natural que los rodea y que requieren para gozar de una vida plena, saludable y sin riesgos, es el juicio de amparo.

Por ello, resulta importante hacer hincapié en la necesidad de reconocer que la aplicación de distintos principios del juicio de amparo se debe ajustar para hacer de este medio, un medio eficaz para su protección y para resolver los conflictos, así como para obtener los efectos deseados que una concesión de la protección constitucional genere.

En este contexto, desempeña un papel fundamental la ampliación de la posibilidad de acudir al juicio de amparo a través del interés legítimo y la reinterpretación del principio de relatividad de las sentencias, pues con ello se reconocen las particularidades de protección y salvaguarda de los derechos humanos con naturaleza colectiva y difusa, como es el derecho a un medio ambiente sano, y así, se amplía su espectro de protección.

En este sentido, si bien las reformas constitucionales de derechos humanos y del juicio de amparo resultan en un cambio de paradigma para la salvaguarda efectiva del derecho a un medio ambiente sano, la SCJN ha implementado estas reformas y ha generado una serie de pautas y criterios progresivos para su efectiva tutela.

La sentencia dictada en el Amparo en Revisión 307/2016 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de noviembre de 2018 resulta un hito en cómo los tribunales del país deben actuar en completa sintonía con el artículo 1o. constitucional para salvaguardar de manera efectiva el derecho humano a un medio ambiente sano.

Esto es así, pues no sólo reconoce el derecho humano a un medio ambiente sano previsto en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que México es parte, sino que hace una interpretación conforme a sus contenidos y de esta forma se generan una serie de pautas y criterios para

promover, respetar, proteger y garantizar dicho derecho, y a su vez, en pleno cumplimiento a su obligación de promoción de los derechos humanos amplía su vigencia y efectividad a través de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Así, esta sentencia amplía la observancia real del derecho a un medio ambiente sano y forja diversas herramientas para su efectiva protección y efectos en las vidas de las personas y su medio ambiente y reviste un significativo avance en la forma de entenderse este derecho. Además de señalar las diversas problemáticas o tensiones jurídicas que pueden existir, establece las pautas para superarlas y buscar la protección efectiva del medio ambiente.

Advierte la situación de desigualdad que existe en las controversias sobre el derecho a un medio ambiente sano, la asimetría procesal y la tensión que se genera entre el otorgamiento de la protección constitucional en materia ambiental y el principio de relatividad de las sentencias, y genera rutas de actuación novedosas, acordes con los principios que rigen la materia ambiental y de los derechos humanos.

En este sentido, esta sentencia identifica al derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo y con interdependencia con otros derechos humanos, reconoce su dimensión colectiva y su dimensión individual y reconoce la vigencia e importancia de una serie de principios para su efectiva protección y guía para la actividad jurisdiccional. Asimismo, realiza un análisis de la problemática del daño ambiental, la trascendencia de los servicios ambientales, precisa cómo debe entenderse el interés legítimo en materia ambiental, y atendiendo al caso concreto, realiza un análisis de la legislación e importancia de los humedales.

Por otra parte, al retomar el contenido de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se transforman algunas fronteras jurídicas y se comienza un novedoso bosquejo del derecho

a un medio ambiente sano en México, derivado de lo cual se determina la existencia de un núcleo esencial del derecho humano a un medio ambiente sano y se construye su carácter autónomo, concluyendo que el derecho humano a un medio ambiente sano consagrado en la Constitución, va más allá de proteger el medio ambiente por su interacción con las personas, sino que debe protegerse por el valor que en sí mismo tiene, esto es, por su valor intrínseco.

Como consecuencia, la Primera Sala de la SCJN otorga un reconocimiento a la naturaleza como un valor tutelable en sí mismo, de manera que deben protegerse los ecosistemas, especies, y demás componentes bióticos, y además, se debe garantizar dicho derecho, en virtud de que es este medio natural el que hace factible la vida, la salud y otros derechos humanos, lo que implica una serie de obligaciones ambientales para el Estado.

Así, se concluye que existe una *doble dimensión del derecho humano a un medio ambiente sano*, la que protege el medio ambiente como un bien jurídico y que atiende a su defensa y su restauración con independencia de sus repercusiones en el ser humano, a la que le denomina objetiva o ecologista; y la subjetiva o antropocéntrica, conforme a la cual se debe garantizar para que existan los medios adecuados para la realización y vigencia de los demás derechos humanos, y la vulneración a cualquiera de estas dimensiones, es una violación directa al derecho a un medio ambiente sano.

Lo anterior implica un cambio de paradigma en cuanto al cómo se entiende el derecho a un medio ambiente sano y la razón por la cual se debe proteger y garantizar, y se amplía la esfera de protección, deberes y actuación de las autoridades y de las personas, en tanto que se debe salvaguardar y preservar el medio ambiente tanto por su valor en sí mismo, como por su importancia para la vida de las personas.

Asimismo, se reconoce una *dimensión colectiva* y una dimensión individual; la primera como interés universal, que incluye a las generaciones

presentes y futuras, lo cual entraña un principio de justicia intergeneracional, mientras que la *individual*, implica una vulneración directa sobre la persona con lo que se robustece y fortalece el derecho humano a un medio ambiente sano, y ofrece soluciones jurídicas para el proceso y la legitimación en el juicio de amparo.

En este trabajo de ampliar la frontera del derecho humano a un medio ambiente sano que realiza la SCJN, se confirma la importancia de los principios en materia ambiental, con importancia reconocida internacionalmente, los cuales resultan indispensables para la plena vigencia, efectiva protección y guía para la actividad jurisdiccional de las autoridades en general del derecho humano a un medio ambiente sano.

Derivado de lo anterior, y dadas las consideraciones interpretativas, se estableció el siguiente criterio relevante:

RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL.

La especial configuración del derecho a un medio ambiente sano exige la flexibilización de los distintos principios del juicio de amparo, entre ellos, la determinación de sus efectos. Uno de los principales problemas que enfrenta el juicio de amparo en materia ambiental es la tensión que naturalmente se genera entre el otorgamiento de la protección constitucional en esa materia y el principio de relatividad de las sentencias, pues generalmente dicha concesión trasciende a la figura del quejoso y beneficia a otras personas aun cuando éstas no hubieran acudido a la vía constitucional. En este sentido es necesario reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias con el objeto de dotarlo de un contenido que permita la tutela efectiva del derecho a un medio ambiente sano a partir del reconocimiento de su naturaleza colectiva y difusa. Tanto este derecho humano como el principio de relatividad de las sentencias, están expresamente reconocidos en la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que su interacción debe ser armónica, es decir, la relatividad de las sentencias no puede constituir un obstáculo para la salvaguarda efectiva del medio ambiente.⁵

DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU NÚCLEO ESENCIAL.

El derecho a vivir en un medio ambiente sano es un auténtico derecho humano que entraña la facultad de toda persona, como parte de una colectividad, de exigir la protección efectiva del medio ambiente en el que se desarrolla, pero además protege a la naturaleza por el valor que tiene en sí misma, lo que implica que su núcleo esencial de protección incluso va más allá de los objetivos más inmediatos de los seres humanos. En este sentido, este derecho humano se fundamenta en la idea de solidaridad que entraña un análisis de interés legítimo y no de derechos subjetivos y de libertades, incluso, en este contexto, la idea de obligación prevalece sobre la de derecho, pues estamos ante responsabilidades colectivas más que prerrogativas individuales. El paradigma ambiental se basa en una idea de interacción compleja entre el hombre y la naturaleza que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana.⁶

DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU DIMENSIÓN COLECTIVA Y TUTELA EFECTIVA.

El derecho humano a un medio ambiente sano posee una dimensión individual, pues su vulneración puede tener afectaciones directas e indirectas sobre las personas en conexidad con otros derechos como a la salud, a la integridad personal o a la vida, entre

⁵ Tesis 1a. CCXCIV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 397. Reg. digital 2018800.

⁶ Tesis 1a. CCLXXXIX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 309. Reg. digital 2018636.

otros, pero también cuenta con una dimensión colectiva, al constituirse como un interés universal que se debe a generaciones presentes y futuras. No obstante, el reconocimiento de la naturaleza colectiva y difusa de este derecho humano, no debe conducir al debilitamiento de su efectividad y vigencia, ni a la ineficacia de las garantías que se prevén para su protección; por el contrario, conocer y entender esta especial naturaleza debe constituir el medio que permita su tutela efectiva a través de un replanteamiento de la forma de entender y aplicar estas garantías.⁷

DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. LA VULNERACIÓN A CUALQUIERA DE SUS DOS DIMENSIONES CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A AQUÉL.

El derecho humano a un medio ambiente sano posee una doble dimensión, la primera denominada objetiva o ecologista, que preserva al medio ambiente como un bien jurídico en sí mismo, no obstante su interdependencia con otros múltiples derechos humanos. Esta dimensión protege a la naturaleza y al medio ambiente no solamente por su utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. La segunda dimensión, la subjetiva o antropocéntrica, es aquella conforme a la cual la protección del derecho a un medio ambiente sano constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos reconocidos en favor de la persona, por lo que la vulneración a cualquiera de estas dos dimensiones constituye una violación al derecho humano al medio ambiente, sin que sea necesaria la afectación de otro derecho fundamenta.⁸

⁷ Tesis 1a. CCXCII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 308. Reg. digital 2018635.

⁸ Tesis 1a. CCLXXXVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 308. Reg. digital 2018633.

1. Principios ambientales esenciales para dotar de contenido el derecho humano a un medio ambiente sano y que confieren efectividad su protección

La sentencia reconoce la importancia de diversos principios que deben regir el actuar jurisdiccional en materia ambiental y realiza un análisis específico de cuatro de ellos: el principio de precaución, el principio *in dubio pro natura*, el principio de participación ciudadana y el principio de no regresión.

Dicho análisis concluye que se deben anticipar los daños o posibles impactos en favor de la naturaleza, sin importar o no si existe certidumbre sobre el riesgo de daño al medio ambiente y que no es posible retroceder, afectar o disminuir de manera alguna los términos de protección ambiental ya adquiridos o modificar la normativa vigente.

a) Principio de precaución. Este es un principio contenido en el artículo 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, y cuya esencia radica en el tipo de medidas que los tomadores de decisiones deben de tomar ante la ausencia de certeza científica sobre el impacto que puede generar una actividad en el medio ambiente. Si bien es un principio aplicable desde hace casi treinta años, no es hasta los últimos años que los jueces han tomado el contenido del mismo como pauta interpretativa en la resolución de casos ambientales, aspecto que destaca en la sentencia en comentario.

La falta de aplicación efectiva de este principio puede obedecer al hecho de que en el marco jurídico nacional la ley "marco" en la materia, esto es, la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) si bien fue objeto de importantes modificaciones a propósito de la Declaración de Río, dichas modificaciones dejaron fuera la inclusión del principio precautorio y no está incorporado en el catálogo de principios de política ambiental del artículo 15 del citado ordenamiento. No es hasta el año 2005 que se incorpora expresamente el principio de precaución en

la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y posteriormente en 2012 en la Ley General de Cambio Climático.

A nivel internacional se ha discutido si la aplicación del principio precautorio implica la reversión de la carga de la prueba sin llegar a un criterio uniforme al respecto, así por ejemplo, en casos resueltos en cortes y tribunales internacionales se ha determinado que la aplicación del principio precautorio no revierte la carga de la prueba y esta reversión ha sido más bien excepcional (Varela, 2017).

En ese sentido, la sentencia en comento forma parte de esas excepciones puesto que en ella se hace una valoración del principio precautorio que implica la reversión de la carga de la prueba y por tanto toca al juzgador allegarse de todos los elementos probatorios necesarios para identificar el riesgo o daño ambiental.

b) Principio *in dubio pro natura*. Este principio se incluye en la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) durante el Congreso Mundial de Derecho Ambiental reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en 2016. De manera expresa el principio señala que "En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismo".

Dado su contenido y alcance éste es un principio estrechamente vinculado al principio precautorio, principios ambos cuya aplicación debe ser considerado desde el inicio por el juzgador en beneficio de la protección ambiental. Por efecto del principio *in dubio pro natura* el juzgador debe tomar la decisión que favorezca más al medio ambiente, ya sea ante la falta de información suficiente (principio precautorio) o en el caso en el que

exista un conflicto de intereses en el que la protección del medio ambiente se vea comprometido.

La sentencia 307/2016 incorpora el principio *in dubio pro natura* por primera vez como principio rector para la resolución de un caso en materia ambiental en México; la Primera Sala concreta la aplicación de este principio al interpretar que éste no sólo está acotado al principio de precaución sino como mandato interpretativo general de la justicia ambiental en el sentido de que en cualquier conflicto ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente. En el caso en concreto, la Primera Sala determinó que el desarrollo del "Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero", sin una evaluación previa sobre los riesgos o daños para el medio ambiente y en una zona con humedales puso en riesgo al ecosistema en contravención a este principio.

c) Principio de participación ciudadana. El principio de participación ciudadana está contenido en la Declaración de Río y en el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, mejor conocido como Acuerdo de Escazú; y a nivel nacional, la LGEEPA reconoce de manera expresa este principio a través del texto del artículo 15.

La esencia de este principio gira en torno a la premisa de que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados y que, por tanto, los Estados tienen la obligación de garantizar un entorno propicio, políticas e instituciones para que las personas puedan ejercer este derecho.

Una de las acciones que destacan en el contexto del caso en concreto, es que se hace un análisis respecto a la legitimación que tiene la quejosa para accionar, y en ese sentido es que la Primera Sala vincula el derecho a la participación con el legítimo interés de activar el aparato jurisdiccional aun cuando no existe un daño directo al quejoso, es decir, se reconoce

la legitimación activa amplia. Asimismo, se establece que la garantía de este principio entraña un rol proactivo del Estado en el cual se asuma la iniciativa de generar las condiciones necesarias para que suceda la participación efectiva.

d) Principio de no regresión. El principio de no regresión entraña la obligación de los poderes públicos de no retroceder, no disminuir o afectar el nivel de protección de algún derecho humano por lo que se puede afirmar que está estrechamente relacionado con el principio de progresividad explicado en apartados previos. Su reconocimiento está incluido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en materia ambiental fue incluido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible al establecer la obligación de no retroceder y afectar los umbrales de protección ambiental ya alcanzados.

Lo anterior es de la mayor relevancia pues al mantener un cierto nivel de protección se garantiza, de alguna manera, el derecho de generaciones futuras a un medio ambiente sano y se contribuye a fortalecer la continuidad de procesos ecológicos y servicios ambientales necesarios para la consecución del derecho humano a un medio ambiente sano. Así fue reconocido por la Primera Sala en esta sentencia y agregó además que se entiende que cualquier disminución significativa y no justificada del nivel de protección alcanzado afectará el patrimonio que se transmitirá a la siguiente generación.

Así pues y en el caso en concreto, el llevar a cabo una obra en una zona de humedales sin contar con la autorización correspondiente conforme al marco legal aplicable, contraviene el principio de no regresión en tanto que se está dejando de aplicar el nivel de protección ya alcanzado que exige el cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, contar con una autorización.

2. El riesgo de daño o daño al medio ambiente

Uno de los retos con los que se enfrentan quienes buscan la protección y defensa del derecho humano a un medio ambiente sano es la de determinar el daño al medio ambiente y con ello, estar en condiciones de realizar una evaluación de sus efectos para poder generar medidas de reparación, mitigación, restauración y compensación.

Esto, no es tarea fácil, pues existen diversos elementos que deben ser tomados en consideración para estar en condiciones de determinar la existencia del daño ambiental, sus efectos o consecuencias, determinar quiénes son los responsables y en su caso, solicitar a la autoridad ambiental su reparación.

Por mucho tiempo, quienes defienden este derecho humano han sido testigos de múltiples resoluciones en donde, por no estar en condiciones de probar la existencia de dicho daño, no han obtenido sentencias favorables para garantizarlo, y por tanto, el impacto y deterioro ambiental ha subsistido y ha quedado impune.

La sentencia dictada en el Amparo en Revisión 307/2016 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de noviembre de 2018, resulta trascendental para el efectivo cumplimiento y garantía del derecho humano a un medio ambiente sano, pues establece que se debe partir del reconocimiento de la premisa de que el daño al medio ambiente es incierto y que en todos los casos, se debe realizar un análisis conforme al principio de precaución, de prevención, *in dubio pro natura* y de no regresión.

Lo anterior, en virtud de que, en una gran mayoría de situaciones y conflictos ambientales, determinar o no la existencia de un daño al medio ambiente resulta compleja, y por tanto también su valoración y prueba.

En este sentido, la SCJN reconoce que el daño ambiental o ecológico no es de percepción inmediata, pues puede existir un periodo prolongado de tiempo entre el acto que lo causa y la manifestación del mismo y que la causalidad es difícil de integrar dentro del esquema habitual de la causalidad jurídica, pues los elementos que producen la afectación ambiental son difusos y lentos, se suman y acumulan entre sí. Asimismo señala que existe una incertidumbre científica y técnica en la valoración del daño ambiental, pues es dinámico, en continua redefinición, en donde prevalece la incertidumbre, por lo que su determinación no es tarea sencilla e implica una interpretación y empleo de diversas herramientas para su determinación y en su caso, actuación de las autoridades.

Esto es, en la determinación del daño al medio ambiente, la incertidumbre científica y técnica están siempre presentes, y ello ha generado por mucho tiempo un dilema de acceso efectivo a la justicia ambiental en México. Por lo que este reconocimiento de falta de certeza que realiza la SCJN implica un paso hacia adelante para que los juzgadores estén en aptitud de realizar dicho reconocimiento y por tanto actuar para estar en condiciones de determinar el riesgo del daño ambiental, la falta de claridad y por tanto, echar mano de los instrumentos a su alcance para evitarlos y dictar resoluciones que garanticen el goce y disfrute de este derecho humano.

Así, la Primera Sala determina que en este tipo de casos, existe una asimetría que debe ser corregida por el juzgador a través de dos herramientas: a) la reversión de la carga probatoria conforme al principio de precaución; y b) el papel activo del juzgador para allegarse de los medios de prueba necesarios.

Esto resulta un cambio radical en la forma en que se juzga y se resuelve, pues implica un papel mucho más activo del juzgador y una obligación para allegarse de todos los elementos necesarios para determinar o no de la existencia de un riesgo de daño ambiental, con lo que se cambia el paradigma en dos momentos. Por un lado, se reconoce que el riesgo de un

daño ambiental resulta suficiente para tomar acciones encaminadas a evitarlo, y por el otro, que en virtud de esta desventaja del ciudadano común para probar el daño, se debe allegar de los medios de prueba necesarios e incluso, es válida la reversión de la carga probatoria.

Así, la Primera Sala concluye:

240. En efecto, el juez de amparo en juicios que involucren el derecho humano al medio ambiente debe, en primer término, realizar una valoración preliminar sobre la existencia del riesgo de daño o daño al medio ambiente; esta valoración atenderá a un criterio de razonabilidad regido, principalmente, por los principios de precaución e in dubio pro natura. El riesgo que se advierte en esta etapa debe ser cualquiera susceptible de ocasionar una afectación al ecosistema que se pretende proteger.

241. Si de esta valoración preliminar el juzgador de amparo advierte que efectivamente se actualiza un riesgo de daño entonces cobrarán vigencia estas dos herramientas procesales con el objeto de allegarse de mayores elementos probatorios para determinar la alegada afectación al medio ambiente:

a) Reversión de la carga probatoria conforme al principio de precaución

242. Se revertirá la carga probatoria a la autoridad responsable con el objeto de que sea ésta quien acredite que el riesgo de daño al medio ambiente advertido por el juzgador en realidad no existe.

b) El papel activo del juzgador para allegarse de los medios de prueba necesarios.

244. Ante la actualización del riesgo de daño ambiental, el juez adquiere un papel mayormente activo a partir del cual se encuentra facultado para recabar de oficio las pruebas que estime pertinentes a efecto de tener elementos que le permitan conocer, con mayor precisión, el riesgo de daño ambiental, sus causas, así

como las posibles repercusiones al ecosistema que se estima vulnerado. ...

245.... el eje central en la protección al medio ambiente gira en torno a su salvaguarda como un bien jurídico en sí mismo, y no sólo en relación a la protección de las partes, lo cual justifica esta labor activa del juzgador.⁹

Lo anterior, si bien es cierto implica un avance en la forma de concebir la justicia ambiental y el papel que deben tener los juzgadores, también implica un reto para que con sentencias como ésta efectivamente se logren revertir los daños ambientales que se han generado y ello impacte de manera positiva en la vida de las personas.

3. Vigencia e importancia de los servicios ambientales

Por otro lado, si como lo bien señala la Primera Sala el bien jurídico protegido por el derecho humano al medio ambiente sano es el "medio natural", y éste se entiende como el entorno ambiental en el que se desenvuelve la persona, lo que se debe buscar en la justicia ambiental es evitar el daño ecológico como consecuencia mediata o inmediata de la intervención del hombre.

Esta afirmación que realiza la SCJN resulta de la mayor relevancia, pues se está incorporando la importancia de los servicios ambientales en el discurso jurídico mexicano, y con ello, se cambia, una vez más, el paradigma con el que deben ser resueltos este tipo de casos.

Lo anterior no es una cuestión menor, pues con ello no solo se incorpora una pauta para la legitimación, sino que se establece una nueva fórmula para ver y analizar los conflictos planteados y su posible resolución.

⁹ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

Si bien, existen una gran variedad posible de definiciones de lo que debe entenderse por servicios ambientales, la sentencia de la Primera Sala lo define como los beneficios que otorga la naturaleza al ser humano y señala que éstos resultan fundamentales para garantizar la debida salvaguarda del derecho humano al medio ambiente.

Así mismo, establece que este concepto se basa en la relación que tiene el ser humano con el entorno que lo rodea, esto es, un conjunto de ecosistemas conformados por elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural y antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en que se desarrolla la vida; siendo estos factores los que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, y señala que:

126. Un ecosistema, entendido en términos generales, como un sistema de elementos vivos y no vivos que conforman una unidad funcional, brinda al ser humano diversos tipos de servicios ambientales. En efecto, se entiende por servicio ambiental aquellos beneficios que obtiene el hombre de los diversos ecosistemas.

127. El hombre convive y forma parte de los ecosistemas que la propia naturaleza conforma, de suerte que a partir de ellos y de sus procesos biofísicos, obtiene una serie de beneficios, sea porque le provee de bienes y condiciones necesarias para el desarrollo de su vida (hasta una significación religiosa) o bien, porque impiden eventos que la ponen en riesgo o disminuyen su calidad.¹⁰

En este sentido, conviene reiterar que los servicios ambientales, esto es, los beneficios que para cada caso concreto presten a las personas, se demuestran con una diversidad de pruebas científicas y técnicas, así como

¹⁰ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

los impactos o daños que pueden estar sufriendo, de donde resulta fundamental la utilización de las diversas herramientas de interpretación que el derecho ambiental provee, como son el principio de precaución, de prevención, *in dubio pro natura* y de no regresión, por lo que:

132. La exigencia de evidencias unívocas sobre la alteración de un servicio ambiental, constituye una medida de desprotección del medio ambiente derivada del desconocimiento del funcionamiento de los ecosistemas, pues se reitera, en muchas ocasiones cuando estas consecuencias resultan perceptibles para el ser humano es porque el daño al medio ambiente ya es irreparable o irreversible.

133. Consecuentemente, esta Sala advierte que el análisis de los servicios ambientales debe ser conforme al principio de precaución, es decir, la ausencia de pruebas científicas que reflejen puntualmente los "beneficios de la naturaleza" no puede ser motivo para considerar que determinado ecosistema no presta un servicio ambiental, o bien, que el beneficio del ecosistema no repercute a una determinada persona o comunidad.¹¹

Derivado de lo anterior y dadas las consideraciones interpretativas, se estableció el siguiente criterio relevante:

DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. ANÁLISIS DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES.

Los servicios ambientales definen los beneficios que otorga la naturaleza al ser humano. Un ecosistema, entendido como un sistema de elementos vivos y no vivos que conforman una unidad funcional, brinda al ser humano diversos tipos de beneficios, sea porque le provee de bienes y condiciones necesarias para el desarrollo de su vida (hasta una significación religiosa) o bien, porque

¹¹ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

impiden eventos que la ponen en riesgo o disminuyen su calidad, estos beneficios son los servicios ambientales, pueden estar limitados a un área local, pero también tener un alcance regional, nacional o internacional. Los servicios ambientales se definen y miden a través de pruebas científicas y técnicas que, como todas en su ámbito, no son exactas ni inequívocas; lo anterior implica que no es posible definir el impacto de un servicio ambiental en términos generales, o a través de una misma unidad de medición. La exigencia de evidencias inequívocas sobre la alteración de un servicio ambiental, constituye una medida de desprotección del medio ambiente, por lo que su análisis debe ser conforme al principio de precaución y del diverso *in dubio pro natura*.¹²

4. Interés legítimo en materia ambiental

Si bien el interés legítimo con el que se puede accionar la vía de amparo tiene su inicio de vigencia con la reforma de la Ley de Amparo de 2011, la sentencia de la Primera Sala de la SCJN genera un gran avance en que se debe entender por esta figura jurídica tratándose de casos ambientales y de ese modo determina una serie de pautas y lineamientos para tener por acreditado dicho interés, con lo que se amplía la esfera para garantizar el acceso a la justicia ambiental.

Para ello, establece un equilibrio, para tutelar de manera efectiva del derecho humano al medio ambiente y generar la tan buscada eficacia de los medios de defensa para su protección y vigencia.

En este sentido, si bien es cierto que ya se encontraba determinado por diversos criterios que tiene interés legítimo aquel que se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida de una relación específica con el objeto de protección que alega, la Primera Sala señala que esta "relación específica" en los casos ambientales se debe analizar en relación con la

¹² Tesis 1a. CCXCV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 307. Reg. digital 2018634.

situación que la persona o comunidad tiene con el ecosistema que se estima vulnerado, esto es, si existe una afectación en relación con los servicios ambientales de los cuales se ven beneficiados; esto es:

158. Con otras palabras, la privación o afectación de los servicios ambientales que brinda un determinado ecosistema es lo que califica la especial posición del accionante para acudir al juicio de amparo a reclamar su protección, en tanto le permite formular un agravio diferenciado frente al resto de las personas que pueden sentirse afectadas por el daño al medio ambiente, además de que su protección se traduce en la obtención de un beneficio específico: el restablecimiento de dichos servicios ambientales en su favor.

...

160. Esta Primera Sala concluye que para resolver si se actualiza el interés legítimo de quien promueve un juicio de amparo en defensa del medio ambiente, el juzgador sólo deberá determinar si quien alega ser titular del derecho ambiental se beneficia o aprovecha los servicios ambientales que presta el ecosistema que alega vulnerado.¹³

Lo anterior, resulta una transformación en la forma en que se debe determinar el interés legítimo en los casos ambientales, en donde finalmente se está comenzado a generar las pautas para un real acceso a la justicia ambiental, pues el juez debe revisar el vínculo y la conexión que existe entre la persona o comunidad con los ecosistemas y los servicios ambientales que se estiman vulnerados, con lo que se reconoce de facto la importancia del medio ambiente para la efectiva realización de las personas y el equilibrio del medio ambiente.

¹³ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

Derivado de lo anterior, y dadas las consideraciones interpretativas, se estableció el siguiente criterio relevante:

INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS.

El análisis en relación con la actualización del interés legítimo en juicios ambientales también se rige por los principios que norman esta materia; en este tenor, a la luz del principio de participación ciudadana y el correlativo de iniciativa pública, el Estado tiene la obligación de fomentar la participación del ciudadano en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios para este efecto. Específicamente, los juzgadores tienen la obligación de hacer una interpretación amplia en relación con la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental, lo cual no significa que sea ilimitada, pues quien acude a este juicio debe acreditar ser beneficiario de los servicios ambientales que presta el ecosistema que estima afectado.¹⁴

INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL.

Quien alega un interés legítimo en materia ambiental se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida de una relación específica con el objeto de protección que alega, ya sea de carácter particular o derivado de una regulación sectorial o grupal que le permite hacer valer una afectación a su esfera jurídica, precisamente a partir de la expresión de un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad. El interés legítimo para promover un juicio de amparo en materia ambiental depende de la especial situación que guarda la persona o comunidad con el ecosistema que se estima vulnerado, particularmente, con sus

¹⁴ Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 335. Reg. digital 2018694.

servicios ambientales; por lo que la privación o afectación de éstos es lo que califica la especial posición del accionante para acudir al juicio de amparo a reclamar su protección, en tanto que le permite formular un agravio diferenciado frente al resto de las personas que pueden sentirse afectadas por el daño al medio ambiente, además de que su protección se traduce en la obtención de un beneficio específico: el restablecimiento de dichos servicios ambientales en su favor. De lo anterior se concluye que para determinar si se actualiza el interés legítimo en materia ambiental, el juzgador sólo deberá determinar si quien alega ser titular del derecho ambiental se beneficia o aprovecha de los servicios ambientales que presta el ecosistema que alega vulnerado.¹⁵

IV. Conclusiones

La sentencia dictada en el Amparo en Revisión 307/2016 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de noviembre de 2018 resulta un hito en la forma en que los tribunales del país deben actuar en completa sintonía con el artículo 1o. constitucional al ser un referente obligado para la interpretación y aplicación de los principios transversales de los derechos humanos; en el caso en concreto, para salvaguardar de manera efectiva el derecho humano a un medio ambiente sano reconocido en el artículo 4o.

Si bien con esta sentencia y otras, la SCJN ha avanzado en el reconocimiento de la aplicación de diversos principios para hacer que el juicio de amparo en materia ambiental sea un medio eficaz para su protección y para resolver los conflictos ambientales, los efectos de la protección constitucional todavía resultan efímeros y limitados.

El acudir al juicio de amparo a través del interés legítimo y la reinterpretación del principio de relatividad de las sentencias proyectan un sinfín

¹⁵ Tesis 1a. CCXCI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 335. Reg. digital 2018693.

de posibilidades para proteger y salvaguardar el derecho humano a un medio ambiente sano al tiempo de ampliar su espectro de protección. No obstante ello, aún persiste el reto en la legitimación activa, pues como se observa de la sentencia analizada, no se reconoció en el caso de la quejosa que no demostró vivir cerca de la Laguna de Carpintero y de los humedales.

La SCJN ha implementado las reformas constitucionales de derechos humanos y del juicio de amparo y con ello ha generado una serie de pautas y criterios progresivos para la efectiva tutela del derecho a un medio ambiente sano, pero se requiere mayor desarrollo jurisprudencial y claridad en cuanto al tema de la reversión de la carga de la prueba, ya que se aplica excepcionalmente y con ello, se mantiene una desventaja procesal que genera que no se logren los efectos deseados en las mejoras en las condiciones reales de vida de las personas que se ven afectadas por la degradación ambiental y los impactos negativos derivados de las actividades humanas.

Y si bien, se reconoce el derecho humano a un medio ambiente sano contemplado en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que México es parte, se realiza una interpretación conforme a sus contenidos y se generan una serie de pautas y criterios para promover, respetar, proteger y garantizar dicho derecho, resulta necesario generar más criterios interpretativos del principio *in dubio pro natura*.

Lo anterior, sin perjuicio de reconocer los importantes avances que esta sentencia ha generado en la forma en que se interpretan y aplican los alcances y contenidos del derecho humano a un medio ambiente sano. Destacan por su importancia, el reconocimiento de la doble dimensión de este derecho que implica el reconocer el valor que el medio ambiente, *per se*, tiene, lo cual representa el cambio de una visión antropocéntrica y utilitaria de este derecho, a una concepción ecocentrista en el que la naturaleza tiene un valor fundamental.

Por último, cabe mencionar el reconocimiento que se hace en la sentencia a la función que los servicios ambientales tienen respecto al cumplimiento del derecho humano a un medio ambiente sano; servicios que muchas veces son intangibles dado que se manifiestan a través de procesos o valores que no siempre se pueden medir y cuya ausencia, sin embargo, redundan en el deterioro del medio ambiente y en el daño ambiental.

Bibliografía

Artículo:

VARELA, J. C., 2017, "El principio de precaución en la jurisprudencia internacional". *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(1), pp. 219-243.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN):

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

Tesis de Pleno y Salas de la SCJN:

Tesis P. LXVI/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre de 2011, p. 550. Reg. digital 160584.

Tesis P. LXVII/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre de 2011, p. 535. Reg. digital 160589.

Tesis 1a. XVIII/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IX, Tomo 1, junio de 2012, p. 257. Reg. digital 160073.

Tesis XXVII.3o.16 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 55, Tomo IV, junio de 2018, p. 3093. Reg. digital 2017255.

Tesis 1a. CCXCIV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 397. Reg. digital 2018800.

Tesis 1a. CCLXXXIX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 309. Reg. digital 2018636.

Tesis 1a. CCXCII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 308. Reg. digital 2018635.

Tesis 1a. CCLXXXVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 308. Reg. digital 2018633.

Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 335. Reg. digital: 2018694.

Tesis 1a. CCXCI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 335. Reg. digital 2018693.

Tesis 1a. CCXCV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, p. 307. Reg. digital 2018634.

Opinión consultiva:

Corte IDH, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. Disponible en: «http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf».

El juzgador frente al derecho humano al medio ambiente sano: principios medioambientales como herramienta indispensable

Natalia Reyes Heroles Scharrer*

SUMARIO: I. Principios rectores en materia medioambiental. II. El papel del juez frente al derecho humano al medio ambiente sano. III. Conclusión.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha interpretado el derecho humano al medio ambiente sano asumiendo la responsabilidad y el desafío nacional y global que exige la crisis ambiental. Las dos Salas del Máximo Tribunal del país han reconocido que la interpretación de este derecho humano exige nuevas directrices interpretativas que guíen al juzgador en el análisis y la reflexión propias de la justicia medioambiental.

En el Amparo en Revisión 307/2016, la Primera Sala dedicó un apartado específico de la sentencia al que debe asumir el juez en el juicio de amparo ambiental y sostuvo expresamente que la tutela del derecho humano a un medio ambiente sano exige un cambio de lógica jurídica que implica que su justiciabilidad no puede desarrollarse a partir de los modelos "clásicos" o "tradicionales" de impartición de justicia, pues en la mayoría de las ocasiones, éstos resultan insuficientes o poco idóneos

*Licenciada en derecho. Secretaria de Estudio y Cuenta.

para cumplir con los fines constitucionales y convencionales en la materia.¹

En la misma línea, partiendo de las expectativas que existen hoy sobre las contribuciones de los jueces para detener y revertir los daños que causan las actividades humanas a los sistemas de soporte de vida en el planeta, el Máximo Tribunal publicó un cuaderno de jurisprudencia sobre el contenido y alcance del derecho humano al medio ambiente sano, con el propósito primordial de convertirse en una herramienta que acompañe, entre otros, a los operadores jurisdiccionales en la compleja labor de consolidar un sistema de justicia ambiental.²

El desafío de juzgar conforme al nuevo paradigma ambiental radica, no sólo en el reciente desarrollo de este derecho, sino también en su particular configuración. La SCJN ha reconocido que el núcleo esencial de protección del derecho a un medio ambiente sano va incluso más allá de los objetivos más inmediatos de los seres humanos; la Primera Sala afirmó que este derecho no sólo atiende al derecho de los seres humanos de vivir en un medio ambiente sano y digno, sino que también protege a la naturaleza por el valor que tiene en sí misma.³

La dimensión colectiva y la naturaleza difusa que caracteriza al derecho humano al medio ambiente sano —entendida como el interés universal que se debe tanto a las generaciones presentes como a las futuras— cobra particular relevancia en su tutela efectiva y exige, una vez más, un replanteamiento del enfoque tradicional con el que se abordan los conflictos de otro tipo de derechos.

¹ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018, p.101.

² CEC (2020), Cuadernos de Jurisprudencia, "Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano", tomo 3, México, SCJN.

³ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

El cambio de lógica jurídica que caracteriza a las sentencias medioambientales de la SCJN se advierte, entre otros aspectos, por la incorporación que se ha hecho de los principios medioambientales desarrollados en tratados internacionales, en criterios jurisprudenciales de tribunales nacionales e internacionales, así como en decisiones de organismos internacionales.

A partir de estos principios, ambas Salas han construido una doctrina constitucional en materia de protección medioambiental que aborda los diversos y complejos casos que se han presentado al Máximo Tribunal; no sólo de conformidad con las obligaciones asumidas por el Estado mexicano en diversos tratados internacionales, sino también incorporando estándares globales de calidad ambiental—servicios ambientales— que pretenden lograr un sistema internacional medioambiental coherente y coordinado.

En ese sentido, las decisiones de la SCJN en relación con la interpretación del derecho humano al medio ambiente no sólo han aportado al derecho ambiental nacional, sino también al internacional. Se han construido sofisticadas soluciones e interpretaciones jurídicas basadas en los principios medioambientales que repercuten, primero, en la protección del entorno natural nacional y en la sensibilización ciudadana de la crisis medioambiental, pero también le sirven a la comunidad internacional para abordar otros conflictos ambientales.

Es posible afirmar que la SCJN ha partido de la lógica de que la protección del medio ambiente no conoce fronteras y es transversal a muy diversos sectores —salud, economía, desarrollo nacional, agricultura— y, consecuentemente, exige soluciones novedosas, multidisciplinarias y en cooperación y coordinación con la comunidad internacional.

El objetivo de este trabajo es analizar la doctrina constitucional medioambiental de la SCJN a partir de los diversos principios medioambientales

que se han desarrollado en sus sentencias. Esta aproximación pretende, primero, que el lector advierta el impacto que ha tenido el enfoque global del derecho ambiental en la interpretación del ordenamiento jurídico nacional: el interés legítimo, las reglas de valoración probatoria, los efectos de las sentencias de amparo, entre otros; además, esta metodología de análisis da cuenta de la coherencia entre los criterios desarrollados por la Primera y la Segunda Sala de la SCJN.

Conforme a lo anterior, a continuación, se presenta una síntesis de los razonamientos esbozados por el Tribunal Constitucional mexicano en torno a los principios jurídicos medioambientales —precaución, participación ciudadana, *in dubio pro natura* y no regresión— y posteriormente se alude a la interpretación que se ha hecho del papel que tiene el juzgador frente a la justicia medioambiental auxiliándose de dichos principios como herramientas indispensables.

I. Principios rectores en materia medioambiental

La doctrina constitucional de la SCJN en materia medioambiental ha partido de una amplia interpretación del orden constitucional y convencional. Como se verá a continuación, ambas Salas del Alto Tribunal han seguido la tendencia global de interpretar el derecho humano a un medio ambiente sano a la luz de los principios rectores del derecho internacional y, en este sentido, la función judicial medioambiental nacional converge con aquella que se desarrolla en el plano regional y global.

1. Principio de precaución

Puede afirmarse que el principio de precaución es el eje del nuevo paradigma que la SCJN ha construido en torno a la justicia medioambiental; tanto la Primera como la Segunda Sala del Máximo Tribunal han aplicado e interpretado este principio como pauta interpretativa para definir los alcances del derecho humano al medio ambiente sano.

• Amparos en revisión 921/2016 y 923/2016

En un inicio, la SCJN interpretó el principio de precaución en el contexto de la bioseguridad; tanto en el Amparo en Revisión 921/2016, como en el diverso 923/2016, la Segunda Sala se refirió a este principio atendiendo a lo previsto en la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados.⁴

Si bien la interpretación del principio de precaución en estas sentencias se enfocó en la materia de bioseguridad, lo cierto es que desde entonces se trazó la lógica fundamental del enfoque precautorio, en el sentido de que la falta de certeza científica sobre el riesgo ambiental no puede ser pretexto para que la autoridad adopte las medidas necesarias para proteger el medio ambiente.

En el primer precedente —Amparo en Revisión 921/2016— la Segunda Sala invocó el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que prevé que "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente" (Declaración de Río, 1992).

En este contexto, se interpretó que la incertidumbre respecto del daño es el signo que fundamentalmente lo caracteriza, de manera que el acto futuro de realización incierta es el elemento que activa el enfoque precautorio en beneficio de los gobernados, y el que genera el derecho de exigir acciones de la autoridad tendientes a evitar riesgos.⁵

⁴ Véase: CEC (2020), Cuadernos de Jurisprudencia, "Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano", tomo 3, México, SCJN, p. 14.

⁵ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 921/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 17 de agosto de 2016, p. 40.

A partir de lo anterior, la Sala resolvió que el principio de precaución parte de la necesidad de establecer un cambio de percepción en cuanto al riesgo —al medio ambiente y a la salud humana— e implica un actuar por parte de las autoridades, aún entre la ausencia de pruebas científicas concretas, cuando razonablemente se estima que existe la posibilidad de un daño grave e irreversible; razonabilidad que, a decir de la Sala, debe estar sustentada en procedimientos científicos sólidos.⁶

De conformidad con la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología Moderna del Convenio de Diversidad Biológica, la Segunda Sala resolvió que la incertidumbre acerca del nivel de riesgo que pueda implicar la introducción de organismos genéticamente modificados para la diversidad biológica, no puede interpretarse como un indicador de ausencia de riesgo o riesgo aceptable.

Se determinó que, a la luz del principio de precaución en materia de bioseguridad, las autoridades están obligadas a adoptar todas las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, la diversidad biológica, la sanidad animal y la salud humana con base en la evidencia científica existente.

Siguiendo la misma línea, en el Amparo en Revisión 923/2016, también en el marco de lo previsto en la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, la Segunda Sala invocó el principio precautorio para confirmar la concesión del amparo a una comunidad indígena que argumentó que la liberación de soya genéticamente modificada podía causar un impacto significativo en su entorno natural y social de conformidad con la evidencia científica disponible.

⁶ *Ibidem*, pp. 49-50.

Se consideró que, si bien la Sala no podía pronunciarse sobre la falta de fiabilidad técnica de los estudios relativos a las consecuencias del glifosato en el medio ambiente y en la salud humana, reiterando la argumentación del diverso Amparo en Revisión 921/2016 de que la incertidumbre acerca del daño es el signo que fundamentalmente lo caracteriza, se resolvió que frente a la evidencia científica sobre las posibles consecuencias de esta sustancia, un enfoque precautorio debió considerar la consulta a la comunidad indígena en cuestión.⁷

• Amparo en revisión 307/2016

Posteriormente, en el Amparo en Revisión 307/2016, la Primera Sala de la SCJN analizó el principio de precaución de manera amplia en un amparo en el que una ciudadana alegó la vulneración a su derecho humano a un medio ambiente sano ante el desarrollo de un proyecto en la zona de humedales —Laguna del Carpintero— sin las autorizaciones correspondientes.

En este asunto, la Sala advirtió que el principio de precaución tiene muy diversos alcances, entre ellos, funge como pauta interpretativa general en materia medioambiental. Derivado de las características del caso, se abordó específicamente el impacto del enfoque precautorio en la determinación del interés legítimo en el juicio de amparo ambiental, en la evaluación de los servicios ambientales, así como en la valoración probatoria en este tipo de asuntos, todo lo anterior fundamentado, esencialmente, también en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Antes de abordar el impacto del enfoque precautorio en el juicio de amparo, se desarrolló el concepto mismo del principio; ante el reconocimiento de la muy particular naturaleza del derecho humano al medio

⁷ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 923/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 5 de abril de 2017, p. 37.

ambiente sano —definido por la incertidumbre que caracteriza a la evidencia científica— la Sala resolvió que el principio de precaución se constituye como una herramienta fundamental de los operadores jurisdiccionales que habrán de tomar decisiones jurídicas en escenarios de incertidumbre.

La Primera Sala señaló que el daño ambiental es un daño no común, dinámico y en continua redefinición, mutante, por lo que en él opera la incertidumbre. En un apartado sobre el riesgo y el daño ambiental conforme al principio de precaución, la Sala concluyó que ambos resultan imposibles de determinar a través de un concepto abstracto o cerrado, por lo que exigen una interpretación amplia a la luz del principio de precaución.

Atendiendo al objetivo constitucional y convencional a cargo del Estado de prevenir, vigilar y evitar la degradación del medio ambiente, se resolvió que el operador jurisdiccional habrá de apoyarse en el principio precautorio para adoptar cualquier medida necesaria para proteger el medio ambiente cuando la experiencia empírica refleje que una actividad es riesgosa para la naturaleza, esto aun cuando no exista certeza sobre el daño o riesgo de daño ambiental.

Aunado a lo anterior, el enfoque precautorio al que están obligadas todas las autoridades, llevó a la Sala a precisar que una evaluación de riesgos ambientales es una condición necesaria para la implementación de cualquier proyecto y, consecuentemente, su ausencia constituye en sí misma, inmediatamente, una vulneración a este principio.⁸

⁸ "PROYECTOS CON IMPACTO AMBIENTAL. LA FALTA DE EVALUACIÓN DE RIESGOS AMBIENTALES EN SU IMPLEMENTACIÓN, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN," Tesis [A.]: 1a. CCXCIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo 1, diciembre de 2018, p. 390. Reg. Digital 2018769.

En términos del artículo 15 de la Convención de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conforme al principio de precaución, cuando la experiencia empírica refleja que una actividad es riesgosa para el medio ambiente, resulta necesario adoptar todas las medidas indispensables para evitarla o mitigarla, aun cuando no exista certidumbre sobre el daño ambiental. Este principio

En este precedente la Primera Sala analizó el impacto que tiene el principio precautorio en la definición del interés legítimo en el juicio de amparo ambiental. A partir de la consideración de que tiene interés para promover un juicio de amparo en materia ambiental aquella persona o comunidad que se coloca en una situación especial respecto del ecosistema que se pretende proteger; por lo que resolvió que uno de los criterios para determinar quién tiene interés legítimo es a través de la identificación de los beneficiarios o usuarios de un servicio ambiental. En este contexto, la Sala resolvió que el análisis de estos servicios ambientales debía ser conforme al principio precautorio.⁹

demanda una actuación estatal ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa. En congruencia con lo anterior, una evaluación de riesgos ambientales es una condición necesaria para la implementación de cualquier proyecto con impacto ambiental y, consecuentemente, su ausencia constituye, en sí misma, una vulneración a este principio.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

⁹ "INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS," Tesis [A.]: 1a. CCXC/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo 1, diciembre de 2018, p. 335. Reg. Digital 2018694.

El análisis en relación con la actualización del interés legítimo en juicios ambientales también se rige por los principios que norman esta materia; en este tenor, a la luz del principio de participación ciudadana y el correlativo de iniciativa pública, el Estado tiene la obligación de fomentar la participación del ciudadano en la defensa del medio ambiente y crear entornos propicios para este efecto. Específicamente, los juzgadores tienen la obligación de hacer una interpretación amplia en relación con la legitimación activa en el juicio de amparo en materia ambiental, lo cual no significa que sea ilimitada, pues quien acude a este juicio debe acreditar ser beneficiario de los servicios ambientales que presta el ecosistema que estima afectado.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

"DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. ANÁLISIS DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES," Tesis [A.]: 1a. CCXCV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo 1, diciembre de 2018, p. 307. Reg. Digital 2018634.

Los servicios ambientales definen los beneficios que otorga la naturaleza al ser humano. Un ecosistema, entendido como un sistema de elementos vivos y no vivos que conforman una unidad funcional, brinda al ser humano diversos tipos de beneficios, sea porque le provee de bienes y condiciones necesarias para el desarrollo de su vida (hasta una significación religiosa) o bien, porque impiden eventos que la ponen en riesgo o disminuyen su calidad, estos beneficios son los servicios ambientales, pueden estar limitados a un área local, pero también tener un alcance regional, nacional o internacional. Los servicios ambientales se definen y miden a través de pruebas científicas y técnicas que, como todas en su ámbito, no son exactas ni inequívocas; lo anterior implica que no es posible definir el impacto de un servicio ambiental en términos generales, o a través de una misma unidad de medición. La exigencia de evidencias inequívocas sobre la alteración de un servicio ambiental constituye una medida de desprotección del medio ambiente, por lo que su análisis debe ser conforme al principio de precaución y del diverso *in dubio pro natura*.

Es decir, la Sala consideró que se coloca en una situación jurídica específica con el objeto de protección —el medio ambiente— aquella persona beneficiaria de los servicios ambientales que presta el ecosistema que se pretende proteger. Esto implica que el juez, para definir si hay interés en el juicio, habrá de analizar si el promovente se beneficia o aprovecha los servicios ambientales —pesca, provisión de oxígeno, mitigación de efectos del cambio climático, etc.— de un determinado ecosistema, mismos que se definen y miden a través de pruebas científicas y técnicas.

La Sala aclaró que es indispensable que, para realmente garantizar el derecho humano al medio ambiente sano, las pruebas que se aportan para demostrarse beneficiario de un servicio ambiental sean analizadas a la luz del principio de precaución; es decir, la ausencia de pruebas unívocas sobre los servicios que presta un determinado ecosistema, o bien, en relación con el beneficio que obtiene una persona o comunidad, no puede ser motivo para considerar que no se actualiza el interés legítimo.¹⁰

Otra vertiente del enfoque precautorio fue aquella que se desarrolló en el marco del rol del juez en el juicio de amparo ambiental; como se verá más adelante, la Sala determinó que conforme al principio de precaución, ante la advertencia de un riesgo de daño al medio ambiente, el juzgador podrá determinar la reversión de la carga de la prueba a la autoridad responsable con el objeto de que sea ésta la que acredite que el riesgo no existe.¹¹

Finalmente, derivado precisamente de los diversos alcances que se dio al principio de precaución, en la resolución del fondo de la controversia en cuestión, es decir, en la determinación de la vulneración al derecho

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

¹⁰ *Ibidem*, p.76.

¹¹ Esta decisión se fundamentó tanto en el principio de precaución como en el diverso de acceso a la justicia de conformidad con el artículo 8.3 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

humano al medio ambiente sano, la Primera Sala resolvió prácticamente a partir de un enfoque precautorio, que el desarrollo de un proyecto en una zona de humedales sin la autorización de riesgos ambientales correspondiente bastaba para conceder la protección constitucional. Es decir, el Máximo Tribunal consideró innecesario allegarse de mayores elementos de prueba, pues la ausencia de la autorización correspondiente implicó un riesgo inmediato al ecosistema en cuestión lo que consideró suficiente para amparar a la promovente.¹²

Se razonó que, de conformidad con el principio de precaución, al advertirse que las autoridades habían puesto en riesgo el ecosistema en cuestión por desarrollar un proyecto sin las autorizaciones correspondientes, resultaba indispensable su inmediata protección a través de la concesión del amparo, sin que resultara necesario tener certeza sobre la actualización del daño al medio ambiente.

• Amparo en Revisión 610/2019

En el Amparo en Revisión 610/2019 la Segunda Sala también dedicó un apartado específico al principio de precaución en materia medioambiental, esto una vez más ante el reconocimiento de que el derecho humano a un medio ambiente sano implica un cambio de paradigma indispensable para evitar de la manera más oportuna y eficaz el deterioro ambiental.

En este caso, el desarrollo del enfoque precautorio se fundamentó, no sólo en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, sino también en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, afirmándose que el principio de precaución se ha convertido en un principio central del desarrollo sustentable y erigido como un principio jurídico

¹² Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018, párrs. 259 y 260.

para atender las amenazas de daños importantes o irreversibles, así como sus consecuencias adversas en casos en que la ausencia de una absoluta certeza científica podría impedir la adopción de acciones o medidas protectoras al ambiente o a la salud del ser humano.¹³

La Sala resolvió que:

[...] pocos asuntos sociales son tan altamente dependientes de la existencia de información y validación científica, como acontece con los problemas medioambientales. En tal materia, las determinaciones científicas juegan un papel clave respecto a las respuestas sociales y estatales a las problemáticas ambientales, lo que, desde luego, tiene un impacto en las políticas públicas respectivas. Es por ello que el principio de precaución constituye un axioma fundamental para determinar y orientar la actuación de las autoridades [SCJN, 2020].¹⁴

Retomando lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hermann vs Alemania*, la Segunda Sala afirmó que la formulación de políticas públicas debe ser realizada de manera tal que sea preferible errar en el diagnóstico de la necesidad de adoptar medidas precautorias, que en el diverso de que —mediante tal actividad se ocasionen daños al ambiente y a la salud pública.

Con base en lo anterior, en el marco del planteamiento de constitucionalidad hecho valer —artículo 51 de la Ley Federal de Metrología y Normalización— la Sala argumentó que, de conformidad con el principio de precaución y el de participación ciudadana, basta un principio de prueba para que las autoridades actúen a favor de la protección medioambiental. En particular se sostuvo que el incrementar los niveles máximos de porcentaje de etanol anhidro como oxidante en las gasolinas, así como el aumento de presión de vapor máxima para las gasolinas oxigenadas con dicho

¹³ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 610/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 15 de enero de 2020, p. 23.

¹⁴ *Idem*.

alcohol, ha sido y continúa siendo objeto de un importante debate y deliberación pública, precisamente por lo que hace a los riesgos que ello podría generar en la calidad del aire, los ecosistemas, la salud humana y, en general, el medio ambiente. No obstante, el Tribunal razonó que, aunque la información científica no aporte absoluta certeza, lo procedente es adoptar todas las medidas necesarias para evitar daños a los ecosistemas y a las especies.¹⁵

2. Principio de participación ciudadana

• Amparo en Revisión 307/2016

A partir del Principio 10 de la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el Amparo en Revisión 307/2016, la Primera Sala de la SCJN abordó el principio de participación ciudadana en asuntos ambientales. En una aproximación teórica, reiteró lo establecido en dicho instrumento internacional en el sentido de que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda.

En esta sentencia se reconoció específicamente el derecho de los ciudadanos de acceder a la información que tengan las autoridades sobre el medio ambiente, así como la correlativa obligación del Estado, no sólo de otorgarla, sino también de fomentar y sensibilizar la participación ciudadana.

Se sostuvo que el derecho a un medio ambiente sano implica el deber de todos los ciudadanos de colaborar en la protección del medio ambiente, esto se interpretó de tal manera que de conformidad con el artículo 4o. constitucional los ciudadanos no sólo somos titulares del derecho a un medio ambiente sano, sino también tenemos una obligación de prote-

¹⁵ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 610/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 15 de enero de 2020, pp. 61-74.

gerlo. En este contexto es que se enfatizó el deber de todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, de fomentar la participación pública para la protección del medio ambiente.

Se sostuvo que el principio de participación ciudadana implica el diverso de iniciativa pública, pues es necesario reconocer un rol proactivo del Estado en la protección del medio ambiente, lo que se traduce en que el cumplimiento de los fines en materia de protección de la naturaleza y el entorno, no puede depender sólo de los ciudadanos, sino que el Estado debe asumir la iniciativa de regular la materia, aplicar políticas públicas de protección ambiental y, fundamentalmente, de hacer cumplir la normativa que protege los recursos naturales.

La argumentación teórica de dicho principio se fundamentó también en el artículo 4.6 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe —Acuerdo de Escazu— que prevé la obligación a cargo de las autoridades de garantizar un entorno propicio para las personas que promuevan la protección del medio ambiente, proporcionándoles, no sólo información, sino también reconocimiento y protección.

En esta sentencia, la Primera Sala abordó particularmente el alcance de este principio en la determinación del interés legítimo en el juicio de amparo medioambiental; sostuvo que, conforme al artículo 8.3 de dicho Acuerdo, una faceta de este principio implica que el Estado debe garantizar formas de legitimación activa amplia, reconociendo que aun cuando el interés afectado no toque directamente al recurrente, las autoridades deberán garantizar el acceso a la tutela jurisdiccional a través de diversas fórmulas de legitimación activa amplia.

En este amparo, la Primera Sala aplicó el principio de participación ciudadana para definir el interés legítimo en el juicio de amparo ambiental, esto al considerar que:

Si un determinado ecosistema se pone en riesgo o se ve afectado, la persona o comunidad que se beneficia o aprovecha los servicios ambientales que dicho ecosistema brinda, se encuentra legitimada para acudir al juicio de amparo con el objeto de reclamar su protección, lo cual resulta acorde con el principio de participación ciudadana y con la configuración axiológica de este derecho humano, en tanto hemos dicho que su titularidad no sólo importa una facultad, sino principalmente un deber de cuidado y protección (SCJN, 2018).¹⁶

En el mismo contexto se resolvió que el concepto del entorno adyacente, como uno de los criterios para definir el interés legítimo en el juicio de amparo ambiental, resulta acorde a dicho principio, pues los principales interesados y obligados a defender un determinado ecosistema son sus beneficiarios, mismos que, de conformidad con este criterio, son aquellos que habitan o utilizan el área de influencia del ecosistema del que se trate.

En este caso, la Primera Sala aplicó otra vertiente del principio de participación ciudadana al resolver que en los asuntos ambientales se parte de una situación de desigualdad —técnica, económica, política— entre la autoridad responsable y el vecino, ciudadano, habitante, poblador, afectado, beneficiario, usuario, consumidor que pretende proteger el medio ambiente; por lo que, a la luz de este principio determinó que el juzgador habrá de adoptar ciertas medidas —reversión de la carga de la prueba y papel activo en relación con medios probatorios— para corregir esta asimetría.

Finalmente, es posible desprender que la concesión del amparo en este precedente también se fundamentó en el principio de participación ciudadana, pues la Sala resolvió que: "En términos del principio de participación ciudadana y el correlativo de iniciativa pública, si bien el ciudadano

¹⁶ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018, párr. 157.

tiene un derecho-deber de proteger el medio ambiente, lo cierto es que el obligado principal a acatar la normativa ambiental es el Estado; efectivamente, todas las autoridades deben adoptar un rol proactivo y ejemplar en la protección y conservación del medio ambiente". Bajo este tenor, es suficiente que un ciudadano demuestre que la autoridad incumplió con su deber de garante para considerar que se vulnera su derecho humano al medio ambiente y conceder la protección constitucional.

• Amparo en Revisión 365/2018

En el Amparo en Revisión 365/2018, la Segunda Sala abordó el principio de participación ciudadana en asuntos medioambientales, específicamente enfocado en los derechos de las comunidades indígenas. Tomando en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, se enfatizó la obligación del Estado de aportar conocimiento de los posibles riesgos ambientales —entre otros— para que los ciudadanos puedan opinar, a través de una consulta, sobre los proyectos que puedan afectar su territorio.¹⁷

¹⁷ "PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PÚBLICA. EL ESTADO DEBE GARANTIZAR ESTE DERECHO EN PROYECTOS O ACTIVIDADES QUE PUEDAN CAUSAR UNA AFECTACIÓN AL MEDIO AMBIENTE," Tesis [A.]: 2a. XVI/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 78, Tomo 1, septiembre de 2020, p. 631, Reg. Digital 2022147.

Hechos: La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció de diversos recursos de revisión interpuestos contra sentencias dictadas por Jueces de Distrito que conocieron de juicios de amparo en los que se reclamaron actos que los quejosos consideraron violatorios de su derecho de consulta pública y participación en materia medioambiental.

Criterio jurídico: Esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que el Estado debe garantizar el derecho de consulta pública y participación en proyectos o actividades que puedan causar una afectación al medio ambiente.

Justificación: El derecho a la participación previsto en los artículos 35, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23, numeral 1, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se restringe a participar en asuntos políticos, por ejemplo, en las elecciones a través del voto, sino que incluye la posibilidad de incidir en la discusión relativa a políticas y proyectos medioambientales, especialmente cuando éstos afecten a los ciudadanos. En ese sentido, el Estado debe garantizar los derechos de consulta pública y participación en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o actividad que pueda afectar el derecho humano a un medio ambiente sano, con el objeto de dar efectividad a la intención expresa del Constituyente Permanente al reformar el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que el derecho fundamental a un medio ambiente sano no se limita a ser una norma programática,

A la luz de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, el Convenio de Aarhus y las Directrices de Bali, se desarrolló el principio de participación ciudadana, aclarándose que estos instrumentos internacionales giran en torno a la idea fundamental de que toda persona debe tener acceso adecuado a la información medioambiental, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones desde las primeras etapas, con el objeto de tener una influencia real en la toma de decisiones que puedan tener por objeto afectar su derecho a un medio ambiente sano.

• Amparo en Revisión 610/2019

Recientemente, en el Amparo en Revisión 610/2019, la Segunda Sala ahondó en esta interpretación del principio de participación ciudadana en materia ambiental, al considerar que el derecho humano a un medio ambiente sano impone determinadas obligaciones de procedimiento al Estado entre las que se encuentra, precisamente, facilitar la participación pública en la toma de decisiones ambientales. Se argumentó que el incumplimiento de estos deberes procedimentales puede dar lugar a un medio ambiente degradado que interfiere con el pleno disfrute de los demás derechos humanos.

A partir de lo reconocido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, se estableció que para que la participación de la población en materia ambiental sea eficaz, es necesario que se suminis-

sino que cuenta con plena eficacia legal, es decir, que se traduce en un mandato concreto para la autoridad, consistente en garantizar a la población un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, lo cual acontece cuando se asegura la participación de la sociedad en la conservación, la protección y el mejoramiento del medio ambiente.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 365/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 5 de septiembre de 2018.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 640/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 15 de enero de 2020.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 578/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 6 de febrero de 2020.

tre información de manera que se pueda entender y discutir la situación, incluidos los posibles efectos de una política o proyecto propuestos, y deben ofrecerse oportunidades reales de que las opiniones de la población afectada sean escuchadas e influyan en la adopción de las decisiones.

3. Principio *in dubio pro natura*

- **Amparo en Revisión 307/2016**

En el Amparo en Revisión 307/2016, la Primera Sala de la SCJN abordó el denominado principio *in dubio pro natura* explicando que se encuentra indisolublemente vinculado al principio de precaución, pues *in dubio pro natura* implica que, ante la duda sobre la certeza o exactitud científica del riesgo de daño o daño ambiental, debe resolverse a favor de la naturaleza.

La Sala desarrolló que si en un proceso existe una colisión entre el medio ambiente y otros intereses y los daños o riesgos de daño ambiental no pueden dilucidarse por falta de información, deberán tomarse todas las medidas necesarias a favor del medio ambiente.

En esta sentencia se aclaró que la Primera Sala entendía que el principio *in dubio pro natura* no sólo resultaba aplicable o acotado al principio de precaución, esto es ante escenarios de incertidumbre científica, sino que funge como mandato interpretativo general de la justicia ambiental en el sentido de que en cualquier conflicto ambiental siempre debe prevalecer aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente.

4. Principio de no regresión

- **Amparo en Revisión 307/2016**

Es criterio de la Primera Sala de la SCJN —Amparo en Revisión 307/2016— que el principio de no regresión en materia ambiental im-

plica la limitación a los poderes públicos de no disminuir o afectar el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado.

A partir de lo decidido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, en este asunto se enfatizó la obligación a cargo de los Estados de no hacer, esto es, de no retroceder y afectar los umbrales de protección ya adquiridos o modificar la normativa vigente, en virtud de que esto conllevaría a una disminución de los niveles de protección ambiental ya alcanzados.

Se aclaró que el principio de progresividad se traduce en la prohibición de regresividad en el sentido de que, una vez que se ha llegado a un determinado nivel de protección del medio ambiente, el Estado se encuentra vedado a retroceder, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad en el que se demuestre que la medida regresiva —la medida que desprotege o protege en menor medida a la naturaleza— es imprescindible para cumplir con otro fin constitucionalmente válido.

Lo anterior se fundamentó en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en términos generales, establecen la obligación positiva de los Estados de adoptar medidas inmediatas y conducentes para el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales.

Se aclaró que el principio de no regresión en materia ambiental está relacionado con la inclusión de las generaciones futuras en la noción de progreso, pues cualquier disminución injustificada y significativa en el nivel de protección ambiental alcanzado afectará el patrimonio que se transmitirá a la siguiente generación.

La Primera Sala vinculó el principio de no regresión medioambiental con las áreas naturales protegidas y resolvió que en éstas se prevé un

régimen especial de protección que no podrá modificarse negativamente. La sentencia precisa que en un área natural protegida se establece un nivel de protección especial para un recurso natural en un tiempo determinado, que, a la luz de la prohibición de regresividad, no podrá modificarse posteriormente.

Si bien en aquel asunto la vulneración medioambiental no se actualizaba en un área natural protegida,¹⁸ lo cierto es que la quejosa alegó la afectación de los servicios ambientales que provocó la tala y desmonte de mangle en una zona de humedales. La Primera Sala advirtió que la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (CONABIO) ubica a dicho ecosistema un área de importancia para la conservación de la biodiversidad, además de que la normativa nacional —Ley General de Vida Silvestre, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Medio Ambiente y diversas normas oficiales mexicanas— establece un régimen especial para las zonas de humedales y, específicamente, para el mangle rojo, blanco y negro.

En este contexto, la Sala determinó que:

El Estado Mexicano ha reconocido que los humedales merecen una protección especial y, consecuentemente, determinó que no se puede realizar ninguna actividad en estos ecosistemas o en sus áreas de influencia, salvo que la SEMARNAT lo autorice; consecuentemente, la realización de cualquier actividad sin la autorización de impacto ambiental correspondiente es ilegal y contraria al principio de precaución por colocar, automáticamente, al área protegida en riesgo [SCJN, 2018].¹⁹

La vulneración al principio de progresividad fue un elemento toral para justificar el amparo en el asunto en cuestión. Se sostuvo que: "Esta Sala

¹⁸ En términos de los artículos 44 y 45 de la Ley General para el Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente del 28 de enero de 1988. *Diario Oficial de la Federación*, 7 de enero de 2021, México.

¹⁹ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018, párr. 258.

llega a la convicción de que el desarrollo de un proyecto sin la autorización de impacto ambiental exigida implica, en sí e inmediatamente, la desprotección del medio ambiente y, consecuentemente, la vulneración al artículo 4o. constitucional, por lo que deviene innecesario allegarse de más elementos para probar el daño al medio ambiente".²⁰

II. El papel del juez frente al derecho humano al medio ambiente sano

Como se refirió al inicio del presente trabajo, el nuevo paradigma ambiental que han construido ambas Salas del Máximo Tribunal a través de sus sentencias descansa entre otros, en la incorporación de los principios medioambientales del derecho internacional. Los diversos enfoques interpretativos enunciados por estos principios han marcado, sin lugar a dudas, el análisis, las reflexiones y las decisiones adoptadas por los Ministros en las diversas sentencias en las que se abordó el derecho humano al medio ambiente sano.

Juzgar con apoyo en los principios medioambientales como herramienta orientadora implica un gran reto; adecuar los conceptos guía derivados de estos principios para solucionar los casos concretos exige más que transitar de enunciados generales a soluciones específicas. En este ejercicio interpretativo, el cambio de lógica jurídica de los jueces ha sido indispensable para aterrizar el mandato constitucional y convencional en torno a la protección ambiental.

En el Amparo en Revisión 307/2016 la Primera Sala dedicó un apartado específico para abordar lo que denominó: "El rol del juez en el juicio de amparo ambiental". Partiendo precisamente del reto que enfrentan los juzgadores de tomar una decisión ante la incertidumbre técnica y científica que caracteriza el riesgo y el daño ambiental, así como la especial confi-

²⁰ *Ibidem* párr. 261.

guración del derecho humano a un medio ambiente sano, la Suprema Corte reconoció que el juzgador tendrá que asumir un papel distinto —conforme a una nueva lógica jurídica— en asuntos medioambientales.

La Sala sostuvo que el rol del juez de amparo en juicios que involucren el derecho humano al medio ambiente sano debe evolucionar con el objeto de encontrar una respuesta más ágil, adecuada y eficaz para protegerlo. Se aclaró que esta actitud no significa abandonar las reglas que rigen el proceso de amparo, sino dotarlas de funcionalidad especial frente a la configuración de la materia.

Se razonó que la protección del derecho humano al medio ambiente sano está definida por el conocimiento científico y técnico y que esta particularidad dificulta su defensa ciudadana, particularmente porque los elementos probatorios son de difícil acceso, comprensión y de un costo elevado para el ciudadano común. En esta resolución, la Sala sostuvo que probar el riesgo y el daño ambiental es particularmente difícil, primero porque la afectación ambiental no es de percepción inmediata, puede existir un periodo de tiempo prolongado entre el acto que causa el daño y su manifestación; además, las causas de este daño son en muchas ocasiones anónimas o despersonalizadas de manera que es complejo definir al agente responsable.

Se señaló que la interdependencia de los fenómenos ambientales puede resultar en una pluralidad de causas y consecuencias de los riesgos y daños ecológicos, de manera que se vuelve especialmente complicado integrar las particularidades de la causalidad del daño ambiental al esquema habitual de la causalidad jurídica. Todo lo anterior llevó a la SCJN a concluir que, en los juicios de amparo en materia ambiental, el juzgador debe partir de que existe una situación de desigualdad entre la autoridad responsable y el promovente del juicio, por lo que se estimó necesario replantear las reglas de valoración probatoria.

Se reconocieron dos herramientas al juzgador para corregir esta asimetría: la reversión de la carga de la prueba conforme al principio de pre-

caución y el papel activo del juez para allegarse de los medios de prueba necesarios. Se aclaró que, en este tipo de juicios de amparo, el juez tendrá primero que realizar una valoración preliminar sobre la existencia del riesgo de daño o daño ambiental; la sentencia aclara que esta valoración atenderá a un criterio de razonabilidad regido principalmente por los principios de precaución e *in dubio pro natura*. Si de este ejercicio preliminar se advierte que se actualiza un riesgo al medio ambiente, el juzgador habrá de utilizar las herramientas en cuestión para determinar la afectación que se alega al entorno natural.

1. Reversión de la carga de la prueba conforme al principio de precaución

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 8.3 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, relativo a la obligación a cargo de los Estados de facilitar la producción de pruebas sobre daño ambiental, la Primera Sala de la SCJN reconoció que el juzgador podrá revertir la carga probatoria a la autoridad responsable con el objeto de que sea ésta quien acredite que el riesgo de daño ambiental no existe.

Se precisó que esta forma de proceder del juzgador no vulnera el principio de igualdad de las partes pues, en primer lugar, para que opere, es presupuesto que exista un elemento objetivo —aunque no cierto— que es el riesgo ambiental y, segundo, la reversión de la carga probatoria tiene por objeto compensar la asimetría existente entre las partes del proceso.

2. El papel activo del juzgador para allegarse de los medios de prueba necesarios

También se reconoció que, ante la actualización del riesgo del daño ambiental, el juez adquiere un papel mayoritariamente activo que lo faculta para recabar de oficio las pruebas que estime pertinentes, a efecto de

tener los elementos necesarios para conocer con mayor precisión el riesgo de daño ambiental, sus causas y posibles consecuencias en el ecosistema vulnerado.

En relación con esta otra herramienta del juzgador en materia medioambiental, también se aclaró que no contraría el principio de igualdad procesal pues, no sólo equilibra la relación de asimetría entre las partes, sino que también cumple con el objetivo constitucional y convencional de salvaguardar el medio ambiente considerado como un bien jurídico en sí mismo.

III. Conclusión

Afirmar que la SCJN ha adoptado un nuevo paradigma en materia ambiental implica que estamos presenciando un auténtico cambio cultural que deja atrás reglas, modelos de pensamiento y estructuras de decisión, transitando a un entendimiento distinto de la lógica aplicable a un bien jurídico protegido: el medio ambiente.

Para Ricardo Lorenzetti, la tutela de los bienes ambientales es paradigmática, en tanto lo que está cambiando es el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura. Argumenta que no es sólo una nueva disciplina pues estamos ante una cuestión que incide en la etapa de planteamiento de las hipótesis y es fundamentalmente una mudanza epistemológica (Lorenzetti, 2008).

Frente a este nuevo paradigma hay un actor fundamental: el juez. La justicia medioambiental exige un juzgador que transforme auténticamente su aproximación a la materia de estudio, que desaprenda los modelos tradicionales de impartición de justicia. El desafío es inquietante, por un lado, se demanda un juez con mayor intervención en el juicio —respetando el debido proceso— pero al mismo tiempo, este "juez activo" debe desprenderse de las herramientas interpretativas que siempre ha usado. Un director de orquesta, que no sólo tiene frente a sí una partitura innovadora, además, dirige con una nueva batuta.

La SCJN, a través de sus sentencias, del desarrollo de los principios jurídicos medioambientales, orienta y acompaña al juzgador ambiental en el reto que enfrenta. El principio de precaución sirve como motivación para ciertas decisiones que, de otra manera, serían contrarias al principio de seguridad jurídica; el principio de participación ciudadana es la base de una interpretación amplia de la legitimación activa en el juicio de amparo ambiental y, al mismo tiempo, justifica el rol activo del juez en materia probatoria; el principio *in dubio pro natura* inclina la balanza de la ponderación a la protección del medio ambiente.

El ritmo del deterioro ambiental es tan acelerado que la eficiencia de las respuestas judiciales —preventivas del daño ambiental— depende de la creación, de la búsqueda de nuevas interpretaciones guiadas por las finalidades que marcan los principios medioambientales y de soluciones que pudieran parecer contradictorias a las instituciones jurídicas clásicas, pero que son indispensables para defender el entorno natural. La SCJN, como máximo intérprete de la Constitución, ha asumido la transformación que le exige el desafío ambiental, otorgando a través de cada sentencia, nuevos instrumentos para continuar construyendo el sistema de justicia ambiental.

Bibliografía

Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, 30 de noviembre de 2018, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de julio de 2020, México.

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, 4 de marzo de 2018, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de diciembre de 2020, México.

CEC (2020), Cuadernos de Jurisprudencia, *Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano*, tomo 3, México, SCJN.

Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf».

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Convenio sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992.

Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, 25 de junio de 1998.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 14 de junio de 1992.

"DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. ANÁLISIS DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES.", Tesis [A.]: 1a. CCXCV/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo 1, diciembre de 2018, p. 307. Reg. Digital 2018634.

Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Directrices de Bali), 26 de febrero de 2010.

"INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS.", Tesis [A.]: 1a. CCXC/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo 1, diciembre de 2018, p. 335. Reg. Digital 2018694.

Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, 18 de marzo de 2005, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de noviembre de 2020, México.

Ley Federal de Metrología y Normalización, de 1 de enero de 1992, *Diario Oficial de la Federación*, México.

Ley General para el Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente del 28 de enero de 1988, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de enero de 2021, México.

Ley General de Vida Silvestre, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Medio Ambiente, 28 de enero de 1988, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de enero de 2021, México.

LORENZETTI, R, (2008), *Teoría del derecho ambiental*. México, Porrúa.

OEA (2016), Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental. El papel del juez, 2016.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966.

"PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PÚBLICA. EL ESTADO DEBE GARANTIZAR ESTE DERECHO EN PROYECTOS O ACTIVIDADES QUE PUEDAN CAUSAR UNA AFECTACIÓN AL MEDIO AMBIENTE.", Tesis [A.]: 2a. XVI/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 78, Tomo 1, septiembre de 2020, p. 631. Reg. Digital 2022147.

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología Moderna del Convenio de Diversidad Biológica, 11 de septiembre de 2003.

"PROYECTOS CON IMPACTO AMBIENTAL. LA FALTA DE EVALUACIÓN DE RIESGOS AMBIENTALES EN SU IMPLEMENTACIÓN, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.", Tesis [A.]: 1a. CCXCIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo 1, diciembre de 2018, p. 390. Reg. Digital 2018769.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 14 de noviembre de 2018.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 365/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 5 de septiembre de 2018.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 578/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 6 de febrero de 2020.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 610/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 15 de enero de 2020.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 640/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 15 de enero de 2020.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 921/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 17 de agosto de 2016.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 923/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 5 de abril de 2017.

Corte EDH, Caso Hermann vs. Alemania, petición núm. 35504/03, 11 de septiembre de 2006.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Mayo de 2021.

