

CUADERNOS DE JURISPRUDENCIA

Evidencia Científica

Actualizado hasta septiembre de 2022

Temas selectos de Derecho



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

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

PO
C010.113
D473.2d
V.2

Evidencia científica / Alejandra Rabasa Salinas [y otros tres] ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
1 recurso en línea (xxi, 315 páginas : ilustraciones ; 28 cm.). -- (Cuadernos de jurisprudencia. Temas selectos de derecho ; 2)

Actualizado hasta septiembre de 2022

Material disponible solamente en PDF.

ISBN 978-607-552-140-4 (Obra Completa)

ISBN 978-607-552-354-5

1. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Criterio jurisprudencial – Análisis
2. Evidencias – Pruebas científicas – Valoración de pruebas – Decisiones judiciales – México
3. Interés superior de la niñez 4. Responsabilidad profesional medica 5. Derecho a la salud 6. Derecho a la no discriminación 7. Protección jurídica del ambiente 8. Derechos de los indígenas
9. Cumplimiento de sentencias de Amparo I. Rabasa Salinas, Alejandra, autor II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de presentación III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales IV. ser.
LC KGF5887

Primera edición: noviembre de 2022

Coordinadora de la Colección: Ana María Ibarra Olguín

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 del Centro de Estudios Constitucionales 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.

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 Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

CUADERNOS DE JURISPRUDENCIA

Evidencia Científica

Actualizado hasta septiembre de 2022

Alejandra Rabasa Salinas

Miguel Óscar Casillas Sandoval

José David Camaño Galván

Gustavo Raúl Medina Amaya



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Programa de investigación: Evidencia científica

Septiembre de 2022

AGRADECIMIENTOS

El Centro de Estudios Constitucionales agradece al Instituto de la Judicatura Federal (IJF) del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) por su contribución de recursos humanos para la elaboración de este material. También a la Unidad General de Administración del Conocimiento Jurídico (SCJN), por su colaboración en el diseño del modelo de captura de precedentes que sirvió como base para el desarrollo de los cuadernos.

De manera especial, agradece a la Coordinación General de Asesores de la Presidencia (SCJN), pues sin su apoyo no hubiera sido posible la realización de este proyecto.

En el sistema jurídico mexicano, la Constitución es una norma jurídica. Esta afirmación implica asumir que es vinculante por sí misma y que las normas inferiores que no respeten su contenido son inválidas. En este sentido, los derechos fundamentales han dejado de ser principios programáticos que únicamente podían hacerse efectivos cuando el legislador los materializaba en normas jurídicas para convertirse en normas con eficacia directa.¹ Sin embargo, las normas que contienen derechos fundamentales están redactadas de manera abstracta e indeterminada.² Por ello, para que estos principios tengan verdadera fuerza vinculante es necesario que se concreten por los jueces y tribunales encargados de interpretar la Constitución.³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha desempeñado como un verdadero Tribunal Constitucional que ha dotado de contenido a los derechos fundamentales a través de sus sentencias. Principalmente a partir de la décima época, los precedentes de la Suprema Corte son muy robustos en cuanto al desarrollo de estos derechos. Ahora bien, una condición que contribuye a que los derechos fundamentales puedan ser verdaderas normas con eficacia directa, es que el contenido que se les ha dado por el supremo intérprete de la Constitución sea difundido de manera adecuada, especialmente entre los distintos operadores jurídicos. En este sentido, el desconocimiento de la doctrina constitucional constituye un obstáculo para la aplicación de estos criterios a casos futuros, lo que opera

¹ Véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cuarta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

² Para revisar los tipos de indeterminaciones de los textos constitucionales véase Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 23-37.

³ Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (editor), Trotta, Madrid, 2003, pp. 51-56.

en detrimento de la coherencia de las decisiones judiciales⁴ y propicia la violación de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y a la seguridad jurídica.

Por lo demás, no debe pasar inadvertido que el conocimiento de los criterios de la Suprema Corte puede ser complejo para las personas que no son especialistas en el tema debido a varios factores. El primero de ellos tiene que ver con que el sistema de precedentes mexicano es particularmente complejo, ya que está revestido de distintas formalidades que pueden complicar el conocimiento de los criterios. Además, el lenguaje técnico que se utiliza en las sentencias puede hacerlas inaccesibles para aquellas personas que no son especialistas en derecho. A lo anterior debemos añadir que el número de casos que se resuelven por la Suprema Corte es muy alto, por lo que resulta difícil conocer todos los criterios que se han dictado sobre un tema y estar al día en el seguimiento de los precedentes.

Por las razones anteriores, a través del Centro de Estudios Constitucionales, desde la Presidencia de la Suprema Corte estamos impulsando la publicación de la colección *Cuadernos de Jurisprudencia*, con el objetivo de dar a conocer de manera sencilla y completa los precedentes de este Tribunal, especialmente en materia de derechos fundamentales. Esta finalidad atiende a que estamos sumamente interesados en que estos criterios sean conocidos no solamente por los jueces y tribunales del país, sino también por los funcionarios públicos, los litigantes, los académicos, los estudiantes de derecho y, sobre todo, por todas las personas titulares de esos derechos. En las publicaciones que integrarán esta colección se dará cuenta de los criterios que ha dictado la Corte sobre temas específicos utilizando un lenguaje sencillo y claro. Para ello, se presentarán los hechos relevantes y los argumentos que conforman la *ratio decidendi* de las sentencias de manera sintetizada, se expondrán los principales argumentos que fundamentan estas decisiones, se señalarán las relaciones que existen entre las resoluciones y se hará referencia a las tesis aisladas y de jurisprudencia que han derivado de estos criterios.

En esta Presidencia estamos convencidos de que es indispensable impulsar proyectos como éste para fortalecer la comunicación de este Tribunal con el resto de los órganos jurisdiccionales del país y, sobre todo, para que los titulares de los derechos fundamentales conozcan el contenido de los mismos y puedan ejercerlos en las instancias respectivas. La Suprema Corte es un tribunal que habla a través de sus sentencias. Por ello, es indispensable transparentar y difundir el contenido de éstas para que tengan un verdadero impacto en la sociedad. De esta forma, la Suprema Corte fortalecerá su papel como agente de cambio social, se impulsará el debate político y social en torno a sus resoluciones y la ciudadanía tendrá más herramientas para hacer efectivos sus derechos.

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

⁴Véase López Medina, Diego, *Eslabones del derecho. El deber de la coherencia con el precedente judicial*, Universidad de Los Andes/Legis, Colombia, 2017.

Evidencia científica

Los jueces constitucionales se enfrentan de manera creciente con interrogantes que los obligan a interactuar con evidencia científica. Como es sabido, las intervenciones en los derechos humanos deben estar plenamente justificadas; en muchos casos, el análisis de los conflictos entre derechos que la Suprema Corte de Justicia debe realizar requiere informarse de conocimiento científico o cada vez más especializado que permita discernir, por ejemplo, si una medida legislativa es idónea para cumplir con los fines constitucionales que persigue; cómo deben ponderarse las diferentes alternativas de intervención del sistema jurídico sobre la esfera del desarrollo y la vida de las personas; y cómo pueden matizarse en diferentes gradas estas intervenciones, para limitar lo menos posible cada uno de los derechos.

En los casos relacionados con temas como las cuestiones médicas, la protección del medio ambiente, la utilización de organismos genéticamente modificados, las posibilidades de las pruebas en genética molecular para proporcionar respuestas relevantes para las relaciones familiares, o la psicología del testimonio de los niños y el condicionamiento que diversos factores emocionales pueden cumplir en su desarrollo, los jueces constitucionales se enfrentan a problemas cuyas respuestas exceden el campo tradicional del conocimiento jurídico. Ante todo esto, ¿cómo pueden allegarse los jueces de conocimiento científico y establecer su confiabilidad?

A partir de la línea de investigación sobre evidencia científica, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación intenta contribuir a la búsqueda de respuestas y criterios que arrojen luz sobre estos problemas y las múltiples

interrogantes que detona la interacción de la práctica jurídica con el conocimiento científico aplicado a la toma de decisiones en el centro de la justicia constitucional. Este documento forma parte de ese proyecto.

Consideraciones generales	1
Nota metodológica	5
1. Derechos de las niñas, los niños y adolescentes	9
1.1 Interés superior del menor y teorías del apego	11
1.1.1 Alienación parental, violencia familiar y pérdida de la patria potestad	11
SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 11/2016, 24 de octubre de 2017	11
1.1.2 Criterio sobre la separación gradual, sensible y progresiva de los niños y sus madres en situación de reclusión	18
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 644/2016, 8 de marzo de 2017	18
1.1.3 Criterio sobre la ponderación de la realidad social frente al nexo biológico	24
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016	24

1.1.4 Estándar de prueba clara y convincente para valorar el interés superior del niño en casos de adopción que involucren posibles actos de discriminación (padre con discapacidad)	28
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3859/2014, 23 de septiembre de 2015	28
1.2 Interés superior del menor y casos de guarda y custodia	31
1.2.1 Suspensión del régimen de convivencias en el contexto del COVID-19	31
SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 267/2020, 17 de marzo de 2021	31
1.2.2 Presunción de idoneidad a favor de la madre en casos de guarda y custodia	38
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2252/2013, 4 de diciembre de 2013	38
1.2.3 Decisiones judiciales sobre guarda y custodia cuando involucran categorías sospechosas como las condiciones económicas y de salud	43
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2618/2013, 23 de octubre de 2013	43
1.3 Interés superior del menor y discriminación en los centros educativos	49
1.3.1 Discriminación escolar y Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad	49
SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 31/2018, 14 de noviembre de 2018	49
1.3.2 Bullying (acoso escolar) y responsabilidad civil de los centros educativos	53
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 35/2014, 15 de mayo de 2015	53

1.4 Interés superior del menor y elección del tratamiento médico idóneo	59
SCJN, Primera Sala, Amparo Revisión 1049/2017, 15 de agosto de 2018	59
1.5 Psicología del testimonio infantil en casos que involucren posibles actos de abuso sexual (estándar probatorio y lineamientos para las entrevistas investigativas)	64
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3797/2014, 14 de octubre de 2015	64
1.6 Filiación parental y pruebas en genética molecular (ADN)	74
1.6.1 Pruebas periciales únicas en genética molecular en casos de filiación	74
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 299/2017, 4 de octubre de 2017	74
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1584/2011, 26 de octubre de 2011	78
1.6.2 Criterios sobre la relevancia y fiabilidad de las pruebas en genética molecular (ADN) en juicios de paternidad	83
SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 154/2005-PS, 18 de octubre de 2006	83
2. Derechos sexuales y reproductivos	87
2.1 Interrupción del embarazo y delito de aborto	89
SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, 7 de septiembre de 2021	89
SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, 28 de agosto de 2008	98
2.2 Anticoncepción de emergencia y derecho a la salud en casos de violencia contra las mujeres	104
SCJN, Pleno, Controversia Constitucional 54/2009, 27 de mayo de 2010	104

2.3 Objeción de conciencia y derecho al acceso a servicios públicos de salud	107
SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, 21 de septiembre de 2021	107
2.4 Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida	112
2.4.1 Fertilización in vitro y acceso a los servicios de salud y reproducción asistida	112
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 619/2017, 29 de noviembre de 2017	112
2.4.2 Regulación de la gestación por subrogación	118
SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, 7 de junio de 2021	118
2.4.3 Voluntad procreacional y técnicas de reproducción asistida (juicio por desconocimiento de paternidad)	122
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017	122
3. Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud	129
3.1 Derecho a la salud y omisión en la vacunación contra el virus SARS-CoV-2 al personal médico del sector privado (procedencia de la suspensión en el juicio de amparo)	131
SCJN, Segunda Sala, Contradicción de Tesis 152/2021, 25 de mayo de 2022	131
3.2 Derecho a la salud y uso de cannabis	138
3.2.1 Omisión reglamentaria sobre el uso de cannabis y sus derivados para fines científicos y terapéuticos	138
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 57/2019, 14 de agosto de 2019	138

3.2.2 Derechos a la salud y el libre desarrollo de la personalidad y despenalización del consumo lúdico de marihuana	144
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015	144
3.3 Derecho a la protección de la salud y Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)	147
3.3.1 Omisión de proporcionar un tratamiento adecuado y oportuno a las personas diagnosticadas con VIH/SIDA	147
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 226/2020, 11 de noviembre de 2020	147
3.3.2 Discriminación y estigmatización de grupos minoritarios por su condición de salud	151
SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 139/2015, 30 de abril de 2018	151
3.3.3 Garantía del derecho a la protección de la salud de las personas con VIH/SIDA en los centros hospitalarios	155
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 378/2014, 15 de octubre de 2014	155
3.3.4 Diagnóstico del VIH en las fuerzas armadas y derecho a la salud	157
SCJN, Pleno, Amparo en Revisión 510/2004, 6 de marzo de 2007	157
3.4 Responsabilidad médica	162
3.4.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado en casos de negligencia médica (contagio de VIH en una institución hospitalaria)	162
SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 18/2015, 10 de mayo de 2017	162

3.4.2 Duda razonable sobre la mejor decisión posible y estado de la ciencia médica	173
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3833/2019, 27 de mayo de 2020	173
3.4.3 Lex artis médica, grados de especialización y peritajes	183
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 28/2015, 1 de marzo de 2017	183
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 117/2012, 28 de noviembre de 2012	187
SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 93/2011, 26 de octubre de 2011	194
4. Derecho a un medio ambiente sano	199
4.1 Principio precautorio, participación ciudadana y modificación de normas oficiales mexicanas que regulan cuestiones relacionadas con el derecho humano a un medio ambiente sano	201
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 610/2019, 15 de enero de 2020	201
4.2 Derecho a un medio ambiente sano y principios de prevención y precaución (construcción y operación de un relleno sanitario)	204
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 237/2020, 14 de abril de 2021	204
4.3 Interés legítimo y servicios ambientales de los ecosistemas que se intentan defender a través del juicio de amparo	211
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016, 14 de noviembre de 2018	211
4.4 Reparación de las violaciones al derecho a un medio ambiente sano y restauración de los ecosistemas	216
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 641/2017, 18 de octubre de 2017	216

5. Igualdad de género	223
5.1 Discriminación y régimen de seguridad social de las trabajadoras domésticas	225
SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018	225
5.2 Doble jornada laboral de las mujeres y compensación	230
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 43/2021, 10 de noviembre de 2021	230
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4883/2017, 28 de febrero de 2018	239
5.3 Violencia familiar e indemnización patrimonial por daño moral	244
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018	244
5.4 Investigación de los feminicidios y violencia de género	249
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 554/2016, 25 de marzo de 2015	249
6. Justicia intercultural (derechos de las personas, los pueblos y las comunidades indígenas)	261
6.1 Impactos potenciales del glifosato en el medio ambiente, la salud y los medios de vida	263
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 921/2016, 5 de abril de 2017	263
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 923/2016, 5 de abril de 2017	267
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 410/2015, 4 de noviembre de 2015	269

6.2 Identificación de los impactos ambientales de proyectos de desarrollo	273
SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 953/2019, 6 de mayo de 2020	273
6.3 Pericial antropológica, propiedad originaria de los pueblos indígenas y prescripción adquisitiva	277
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 11/2015, 22 de febrero de 2017	277
7. Derechos de las personas con discapacidad	281
7.1 Acceso efectivo a la justicia y protección reforzada a las personas con discapacidad	283
SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3788/2017, 9 de mayo de 2018	283
7.2 Participación e inclusión plenas y efectivas de las personas con discapacidad en el deporte	288
SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 162/2021, 17 de noviembre de 2021	288
8. Metodología para la valoración de los costos y beneficios del cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo (expropiación del predio El Encino)	293
SCJN, Pleno, Incidente de Inejecución de Sentencia 40/2003, 11 de agosto de 2011	295
Consideraciones finales	299
Anexos	305
Anexo 1. Glosario de sentencias	305
Anexo 2. Tesis aisladas y jurisprudencia (en orden de publicación)	311

Evidencia científica



Consideraciones generales

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto hasta ahora un gran número de casos cuya complejidad técnica ha hecho necesario recurrir al conocimiento científico o especializado para resolver conflictos que requieren reinterpretar el alcance de los derechos fundamentales y se prevé que conozca con mayor frecuencia de ellos. Los avances tecnológicos y científicos contemporáneos, y la velocidad a la que están ocurriendo, plantean nuevos retos que en muchas ocasiones no se han previsto aún expresamente en la legislación y que obligan a los jueces constitucionales a dotar de un contenido dinámico su interpretación para responder eficazmente a las preguntas que surgen en campos como el desarrollo energético, la genética molecular, el conocimiento sobre la psicología y el desarrollo emocional de los niños, la protección del medio ambiente o la medicina.

Cuando se trata de casos que, además de ser técnicamente complejos, involucran la ponderación y eventual intervención en el ejercicio de los derechos humanos, las decisiones judiciales deben estar plenamente justificadas, lo que en muchas ocasiones requiere, además, asegurarse de que las sentencias están sustentadas en el conocimiento científico o experto robusto, definir estándares claros para valorar la evidencia científica y los elementos probatorios que se utilizan en la justicia constitucional. En muchas áreas de la vida y las relaciones contemporáneas entre personas y grupos sociales, al evaluar si una política pública que limita la esfera jurídica de los derechos se justifica empíricamente, los Ministros de la Suprema Corte han desarrollado parámetros claros que les permitan acercarse racionalmente a la ciencia, discernir el tipo de conocimiento científico o especializado que les servirá para resolver las preguntas constitucionales a las cuales se enfrentan y valorar su confiabilidad.

En los casos que integran este cuaderno de jurisprudencia puede notarse cómo el conocimiento científico permea de distintas formas en los procesos de decisión de la justicia constitucional, sobre todo en situaciones que tienen que ver con una gran diversidad de materias —la protección del medio ambiente, los derechos de los niños, la responsabilidad médica, la garantía de los niveles más altos posibles de acceso a la salud, la no discriminación de las mujeres, o los derechos de los pueblos indígenas, entre otros.

Las razones por las cuales los jueces constitucionales acuden al conocimiento científico son muchas. Algunas veces es necesario comprender las bases científicas que sustentan las leyes y regulaciones en temas relacionados con materias como la protección del medio ambiente o la medicina, para poder interpretar cómo se aplican a casos concretos. En otras ocasiones, los jueces recurrirán al conocimiento científico para probar hechos específicos que determinarán la respuesta constitucional que deben dar a conflictos en los cuales existe una tensión entre derechos fundamentales. Esta situación se ilustra en supuestos tan diversos como las afectaciones que puede causar el consumo lúdico de la marihuana para la salud pública; los efectos de la desregulación de los combustibles para el medio ambiente y la salud pública o su relación con el fenómeno del cambio climático; el impacto discriminatorio de una regulación sobre un grupo social claramente definido, como las trabajadoras domésticas; o la idoneidad de un tratamiento médico recomendado para tratar la enfermedad que pone en riesgo la vida de una niña, frente al deseo de sus padres de explorar opciones médicas alternativas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha recurrido en muchos casos al conocimiento científico para dilucidar cuáles deben ser los estándares de evidencia y los criterios para valorar los elementos de prueba con los que se cuenta o se debería contar para tomar decisiones; las cuales deben hacer operativa a la doctrina constitucional abstracta y dotarla de contenido puntual en los casos en los que están en juego cuestiones tan relevantes como el testimonio infantil que involucre posibles abusos sexuales; la pérdida de derechos parentales por causas que pueden no tener una correspondencia con la situación fáctica real, sino con prejuicios o estigmas que provienen más bien de una mirada discriminatoria, prohibida por la Constitución; o el rigor probatorio que debe adoptarse para hacer efectivos los derechos de grupos vulnerables como las comunidades indígenas.

Las formas en las cuales acuden los jueces constitucionales al conocimiento científico o especializado también son muy diferentes, como puede notarse en los casos que se estudian en este cuaderno. Las reglas generales aplicables a los medios de prueba en el sistema jurídico mexicano establecen que los jueces pueden allegarse la información que consideren necesaria para formar su convicción.¹ Probablemente, la asociación más común que

¹ Artículos 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

se hace en este tema son las pruebas periciales que se utilizan de rutina para discernir cuestiones científicas que exceden el conocimiento general en el campo jurídico; y a las cuales ha recurrido la Suprema Corte para comprender cuestiones de enorme complejidad técnica, como las preguntas que surgen alrededor de la interrupción del embarazo y el momento desde el cual debe protegerse la vida humana. En el mismo caso, para contar con mayor información, la Corte decidió realizar audiencias públicas en las cuales pudieran presentarse y defenderse distintos argumentos y posiciones sobre el mismo tema. Ésta es otra práctica que ilustra las vías por las cuales puede entrar el conocimiento especializado en los juicios constitucionales.

La Corte ha acudido en otros asuntos a la literatura especializada para informar sus decisiones sobre temas como las teorías que condicionan el apego de los niños y que son indispensables para determinar las medidas de resolución de conflictos que los involucran, de manera que se actualicen los principios básicos de la doctrina constitucional contemporánea, como la que informa el deber de buscar siempre el interés superior de los niños. También ha acudido a literatura especializada y evidencia empírica para probar cuestiones como factores de discriminación; conocer con mayor precisión cómo se manifiestan algunas enfermedades (por ejemplo, el virus de inmunodeficiencia humana); cuáles son los posibles riesgos del consumo de estupefacientes para la salud pública o el orden público; o cuáles son los servicios ambientales que prestan ciertos ecosistemas y los riesgos que los amenazan.

Al estudiar los casos que aquí se presentan puede comprenderse mejor cómo ha informado el conocimiento científico múltiples procesos de decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y cómo éste se ha articulado con la argumentación constitucional en casos que, además de ser técnicamente complejos, involucran la ponderación e intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Nota metodológica

El presente trabajo forma parte de la colección *Cuadernos de Jurisprudencia*, dentro del programa de investigación sobre Evidencia científica del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La segunda edición de este número está dedicada a la aproximación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al conocimiento científico en la justicia constitucional en el contenido jurisprudencial hasta septiembre de 2022.

Para identificar los casos analizados en este cuaderno se utilizaron los buscadores internos de la Suprema Corte con ciertas palabras clave.² Esta compilación de sentencias no pretende ser exhaustiva, sino ilustrar el tipo de casos en los cuáles se abordan la ciencia y el conocimiento especializado desde la justicia constitucional. Cabe destacar que no se distingue entre las sentencias de las que derivan criterios vinculantes, esto es, que cumplen con los requisitos formales establecidos en la ley para tener fuerza obligatoria, y aquellas resoluciones de las que derivan criterios persuasivos.³

Con el propósito de facilitar la revisión de los casos, las sentencias se agruparon en ciertos rubros temáticos, que no necesariamente corresponden con los que pueden encontrarse

Esta metodología toma como punto de partida la propuesta desarrollada en la obra *El derecho de los jueces* (Legis, Colombia, 2018), del profesor Diego Eduardo López Medina.

² Evidencia científica; evidencia; ciencia; conocimiento científico; literatura especializada; pruebas periciales; estándar de evidencia; prueba; testimonio; estándar; estándar probatorio; carga de la prueba; carga probatoria. Asimismo, se complementó esta búsqueda la consulta con apoyo en de los cuadernos de jurisprudencia del Centro de Estudios de Constitucionales.

³ Este ejercicio no debe confundirse con los mecanismos legales para constituir jurisprudencia previstos en la Ley de Amparo. Además, para la consulta de tesis de jurisprudencia y tesis aisladas véase el *Semanario Judicial de la Federación*.

en los apartados contenidos en esas resoluciones o en otros trabajos sobre la evidencia científica y la justicia constitucional.

Por otro lado, con el fin de identificar reglas aplicables a casos futuros, las sentencias se reconstruyen siguiendo la siguiente estructura: 1) se sintetizan los hechos relevantes del caso, incluyendo las preguntas constitucionales que se formuló la Suprema Corte de Justicia y su decisión, es decir, cómo se resolvió el asunto; 2) se formulan preguntas que hacen referencia al acercamiento de la Corte al conocimiento científico o la evidencia técnica con la que contó para resolver cada asunto; 3) se sintetizan los criterios relevantes para comprender cómo se aproximó la Corte a la evidencia científica; y 4) se transcriben o se sintetizan los principales párrafos que justifican la opinión de la Suprema Corte sobre el uso del conocimiento científico o la valoración de la evidencia científica.

Este cuaderno está diseñado de forma que pueda ser consultado en conjunto o por secciones, para conocer los criterios de la Suprema Corte en cada uno de los temas que lo integran. Por esta razón, cuando en una sentencia se han identificado criterios importantes en diferentes temas, en las secciones correspondientes se narran de nueva cuenta los hechos relevantes del caso, pero se plantean diferentes preguntas y se da cuenta de los criterios a través de los cuales fueron resueltas, así como de su justificación en la opinión del Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, en el documento se incluyen como anexos un glosario de las sentencias que conforman esta publicación y las tesis aisladas y de jurisprudencia derivadas de todas las sentencias, ordenadas por tema y por fecha de publicación. En la versión electrónica, en el glosario las sentencias contienen el hipervínculo de la versión pública que se encuentra en la página web de la SCJN. Este documento se actualizará periódicamente. Las actualizaciones serán comunicadas a través de la página <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/> y el Twitter del Centro de Estudios Constitucionales: @CEC_SCJN.

Esperamos que este proyecto contribuya a la difusión adecuada de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las que el derecho y la ciencia fueron herramientas complementarias para resolver problemas de gran relevancia para la sociedad. También esperamos que el cuaderno contribuya a consolidar una práctica jurídica basada en la evidencia y en la ciencia, especialmente en la toma de decisiones públicas, con el propósito último de afianzar los derechos humanos de todas las personas.

Las únicas fuentes oficiales de los criterios que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación son el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, así como los engroses públicos de los asuntos.

Otros cuadernos de jurisprudencia

Serie Derecho y familia

1. Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes
2. Compensación económica
3. Adopción
4. Concubinato y uniones familiares
5. Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el concubinato
6. Violencia Familiar
7. Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el matrimonio
8. Estabilidad laboral en el embarazo
9. Derecho a la seguridad social. Pensión por ascendencia y orfandad
10. Derecho a la seguridad social. Guarderías
11. Filiación
12. Alimentos entre ascendientes y descendientes
13. Matrimonio y divorcio
14. Derecho a la ciudad
15. Derecho a la seguridad social. Pensiones de vejez e invalidez
16. Libre desarrollo de la personalidad

Serie Derechos Humanos

1. Libertad de expresión y periodismo
2. Los derechos de la diversidad sexual
3. Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano
4. Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos y comunidades indígenas
5. Derechos de las personas con discapacidad
6. Derecho a la educación
7. Igualdad y no discriminación. Género
8. Derecho de las personas indígenas a ser asistidas por intérpretes y defensores en juicios y procedimientos judiciales
9. Igualdad y no discriminación. Condiciones de salud, religión y estado civil
10. Control de convencionalidad
11. Libertad religiosa
12. Derecho al agua
13. Libertad de expresión y medios de comunicación
14. Derecho a la ciudad
15. Derecho a la seguridad social. Pensiones de vejez e invalidez
16. Derechos sexuales y reproductivos

Serie Temas selectos de Derecho

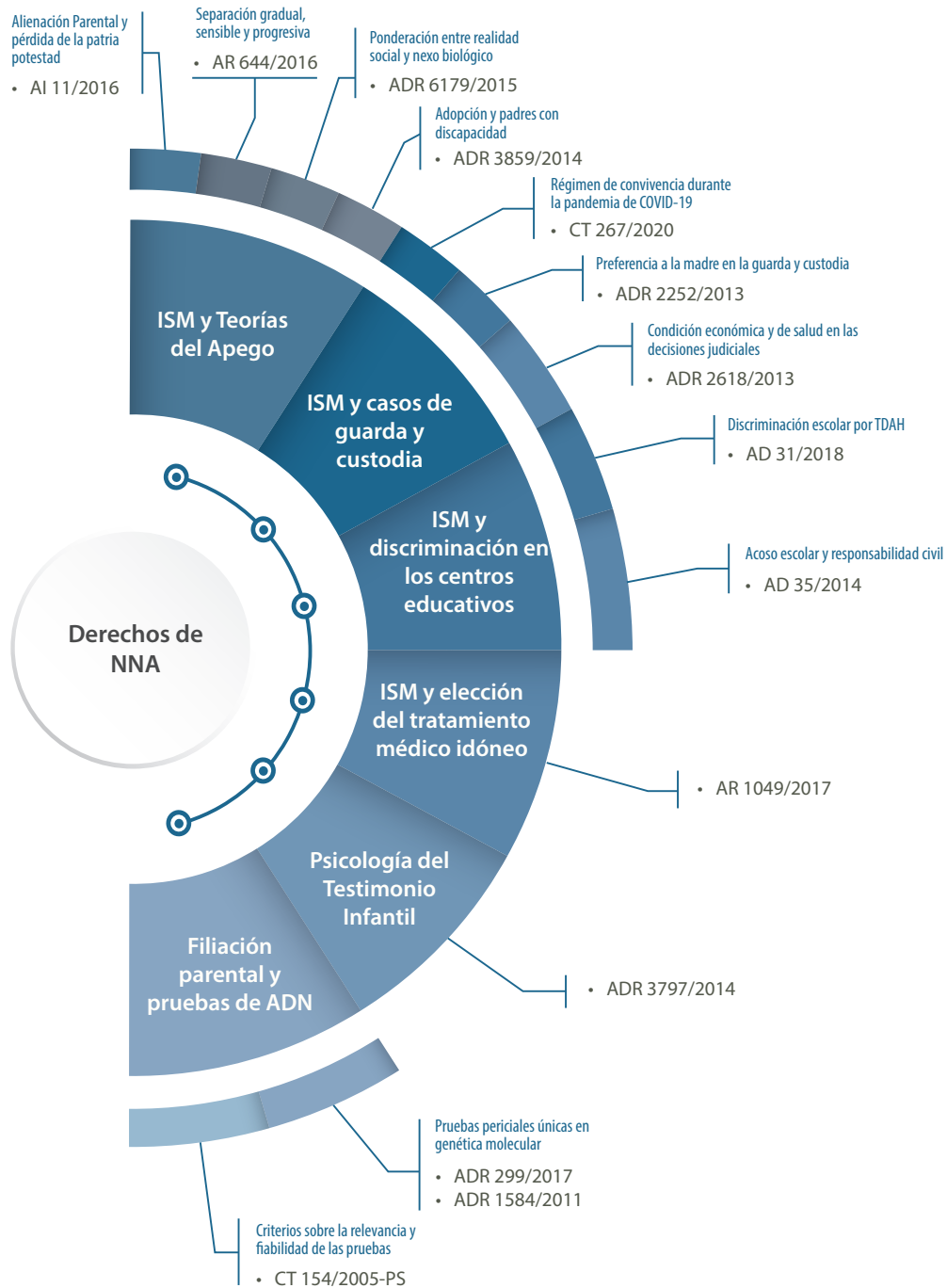
1. Derecho de daños. Responsabilidad extracontractual
2. El uso de evidencia científica en las sentencias de la SCJN
3. Responsabilidad patrimonial del Estado

Publicaciones relacionadas

Alejandra Rabasa y Claudia S. de Windt, *Antología judicial ambiental 2017-2020* (Diciembre, 2020), SCJN, México (2021).

Alejandra Rabasa y Claudia S. de Windt, *Antología judicial ambiental II. El cambio climático en los tribunales: desarrollos y tendencias sobre justicia climática en el derecho comparado* (Julio, 2020), SCJN, México (2021).

1. Derechos de las niñas, los niños y adolescentes



1. Derechos de las niñas, los niños y adolescentes

1.1 Interés superior del menor y teorías del apego

1.1.1 Alienación parental, violencia familiar y pérdida de la patria potestad

SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 11/2016, 24 de octubre de 2017⁴

Hechos del caso

El Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca promovió una acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma a varios artículos del Código Civil para el Estado de Oaxaca, considerando que la incorporación del síndrome de alienación parental contraviene el interés superior de los niños.⁵ Se declaró inconstitucional la regulación del sobre alienación parental y violencia familiar que suponía la transformación de la conciencia de los niños, por anular el reconocimiento de su autonomía progresiva y su derecho a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Cuáles son algunas de las características principales del Síndrome de Alienación Parental, que se reconocen de manera más general en la literatura especializada? ¿Debe reco-

¿Debe reconocerse la existencia del Síndrome de Alienación Parental, aun cuando no hay un consenso en la literatura especializada sobre su definición, causas y protestas de intervención para abordarlo, siempre en el contexto del interés superior de los niños?

⁴ Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández. Unanimidad de diez votos en relación con el punto resolutivo primero y mayoría de seis votos en relación con el punto resolutivo segundo.

⁵ Se reclamó la invalidez de los artículos 336 Bis B, 429 Bis A y 459, fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, reformados y adicionados mediante Decreto 1380 publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Oaxaca, el 2 de enero de 2016.

nocerse su existencia en el contexto de los derechos de los niños, aun cuando no hay consenso científico sobre su definición, causas y propuestas de intervención para abordarlo?

2. ¿Es inconstitucional el artículo 429 Bis A del Código Civil para el Estado de Oaxaca,⁶ por regular un concepto del Síndrome de Alienación Parental, sin que esté reconocido con un consenso en la comunidad científica internacional, y por lo tanto esta regulación viola el principio de precaución-protección de los niños?

3. ¿Es inconstitucional el artículo 336 Bis B del Código Civil de Oaxaca por sus definiciones de alienación parental y violencia familiar que violan los derechos de los niños a la autonomía progresiva, a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta?

Criterios de la Suprema Corte

El Síndrome de Alienación Parental implica conductas de rechazo de los niños hacia alguno de sus progenitores. La alienación parental debe abordarse desde una perspectiva amplia, considerando una aproximación sistémica a la familia su dinámica.

1. El Síndrome de Alienación Parental implica como una de sus características generales la presencia de conductas de rechazo en los menores de edad hacia alguno de sus padres, en conflictos parentales de separación, y que en algunos de esos casos, es factible que ese comportamiento de rechazo pueda surgir a partir de la intervención del otro progenitor, por lo que la existencia del fenómeno no puede negarse, sobre todo si se toma en consideración la obligación de atender al interés superior de los niños que emana del artículo 4o. constitucional. Es así necesario entender a la alienación parental desde una perspectiva amplia y abordarla conforme a ello; esto es, atendiendo a las particularidades del fenómeno no es dable reducir su análisis a la catalogación de un síndrome o trastorno médico diagnosticable con base en síntomas o determinadas manifestaciones en los menores de edad. Se ha de partir de que la detección de la conducta en un caso concreto requiere de una aproximación sistémica a la familia y su dinámica, que evalúe los múltiples e interdependientes factores que influyen en las respuestas de los miembros, así como las influencias de factores externos, a efecto de conocer la condición psicoemocional del menor de edad que expresa rechazo hacia uno de sus progenitores y sus causas.

2. El artículo 429 Bis A del Código Civil para el Estado de Oaxaca no es inconstitucional. No regula el Síndrome de Alienación Parental, sino los actos de alienación parental, sobre los cuales hay consenso en la literatura especializada en que existen y su presencia puede ser detectada por los expertos. El deber de proteger a los niños de toda forma de violencia implica protegerlos de toda situación de riesgo, por lo que, si las conductas de alienación

⁶ "Artículo 429 Bis A. (...)

(...)

Se entiende por alienación parental la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor".

parental pueden afectar su integridad psicoemocional, ese riesgo de daño justifica su regulación, no obstante, la incertidumbre científica que pueda existir sobre algunos aspectos de esas conductas.

3. El artículo 336 Bis B del Código Civil de Oaxaca es inconstitucional porque, por su definición de alienación parental y violencia familiar, supone la transformación de la conciencia de los niños, anulando el reconocimiento de su autonomía progresiva y su derecho a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta.

Justificación de los criterios

1. Para resolver el caso la Suprema Corte –a partir de un extenso catálogo de literatura especializada consultado– abordó el estudio del fenómeno de alienación parental en el contexto de la interpretación jurisprudencial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se explicó primero que, del estudio realizado para la sentencia, se encontró que no existe un consenso científico ni académico sobre la existencia y los orígenes posibles del Síndrome de Alienación Parental (SAP) (pág. 36, párr. 3), aunque parece reconocerse que "*las prácticas alienadoras familiares existen, pero la complejidad de sus causas, actores, entorno social y económico, así como sus mecanismos de implementación al interior de la familia (...)*" (pág. 37, párr. 1). El debate más importante está entre los autores que conciben la alienación parental como un síndrome o trastorno; frente a quienes cuestionan y niegan se trate de una condición patológica (pág. 37, párr. 2).

Del examen de las referencias literarias consultadas, la Corte refirió que "la "alienación parental", en un *sentido general*, incluye todas aquellas situaciones *en las que un hijo rechaza a uno de sus progenitores*, incluyendo aquellos casos en los que verdaderamente ese rechazo está justificado al conducirse el progenitor de forma negativa o tener un comportamiento inadecuado para con su o sus hijos". (Pág. 38, párr.1). (Énfasis en el original).

En sentido estricto, la alienación parental "se encuadra en aquellos casos en los que el rechazo del hijo por uno de sus padres, *resulta injustificado*; es decir, cuando uno de los progenitores sufre rechazo irracional, abrupto, sin motivo y permanente por parte de su o sus hijos, sin que aquél tenga o presente un comportamiento negativo o inadecuado que lo motive". (Pág. 38, párr. 2). (Énfasis en el original).

Así, aun ante la falta de consenso sobre las definiciones, causas y propuestas de intervención psicológica para la detección del SAP, "este Alto Tribunal advierte que todos los expertos cuyos textos fueron consultados, *reconocen como cierta la presencia de este tipo de conductas de rechazo en los menores de edad hacia alguno de sus padres, en conflictos parentales de separación*, y que en algunos de esos casos, es factible que ese comportamiento

de rechazo pueda surgir a partir de la intervención del otro progenitor; *por lo que la existencia del fenómeno no puede negarse, sobre todo si se toma en consideración la obligación de atender al interés superior del menor que emana del artículo 4o. constitucional*". (Pág. 55, párr. 2).

En ese entendido, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación observa necesario entender a la alienación parental desde una perspectiva *amplia* y abordarla conforme a ello; esto es, atendiendo a las particularidades del fenómeno no es dable reducir su análisis a la catalogación de un síndrome o trastorno médico diagnosticable con base en síntomas o determinadas manifestaciones en los menores de edad. Se ha de partir de que la detección de la conducta en un caso concreto requiere de una aproximación sistémica a la familia y su dinámica, que evalúe los múltiples e interdependientes factores que influyen en las respuestas de los miembros, así como las influencias de factores externos, a efecto de conocer la condición psicoemocional del menor de edad que expresa rechazo hacia uno de sus progenitores y sus causas. (Pág. 56, párr. 1).

2. El Pleno de la Suprema Corte llegó a la conclusión de que el artículo 429 Bis A, párrafo segundo del Código Civil de Oaxaca no es inconstitucional (pág. 79, párr. 3). La Defensoría planteó en su demanda que los artículos mencionados eran inconstitucionales, entre otras razones porque contravenían el principio de protección-precaución al incorporarse en las normas el SAP, a pesar de que no existe un consenso científico en torno a la existencia de dicha conducta.

La Corte notó en la sentencia que la Defensoría se equivocó cuando afirmó que el legislador local incorporó en el Código Civil el SAP propuesto por Richard Gardner, cuando en realidad se utilizó como causal para suspender o perder la *patria potestas* la Alienación Parental (AP) (pág. 84, párrs. 2 y 3). Se decidió de todas formas analizar el concepto de invalidez en la parte que sostuvo era inadecuado incorporar a las normas conceptos que no están validados científicamente por expertos internacionales (como el SAP), que deberían ser aceptados más allá de duda razonable cuando puedan afectar derechos de los niños, en atención al principio de precaución-protección.

La Corte declaró estos argumentos infundados. Explicó que aun cuando no existe un consenso en la doctrina especializada sobre varios aspectos de la AP y su diagnóstico, "de las opiniones de los expertos sí se desprende la existencia de la conducta, pues aun con las variantes y matices de sus estudios, es posible advertir que en ciertos casos de conflictos familiares de separación de los padres, algunos menores de edad rechazan la relación con uno de ellos, y si bien se sostiene que las causas de ese comportamiento pueden ser multifactoriales e incluso estar justificadas por la conducta negativa o inadecuada del progenitor rechazado, también se admite que el comportamiento del niño, aun dentro del conflicto familiar de separación, puede no encontrar una justificación suficientemente

objetiva que lo sustente, y es precisamente en este último caso, *donde se impone averiguar el origen de la animadversión hacia el progenitor de que se trate*, al ser factible que sea producto de influencias o injerencias en la psique del niño, que violenten su integridad, provenientes de su otro progenitor o de otro miembro de la familia, ya que en ese caso, suficientes referencias doctrinarias admiten que tal situación provoca daños psicoemocionales en el menor y menoscaba su desarrollo integral.

En ese sentido, si se atiende a la línea rectora del principio de precaución desarrollado doctrinalmente en otras materias, que como se ha visto, privilegia la acción de la ley ante potenciales riesgos de daño precisamente ante la incertidumbre científica, ha de admitirse entonces que la creación de las normas aquí cuestionadas, por parte del legislador de Oaxaca, en modo alguno puede juzgarse contraria a la finalidad de ese principio, pues tomando en cuenta la evidencia doctrinaria en torno a la existencia de un fenómeno de conducta que puede producir efectos nocivos en la salud psíquica y emocional de los menores de edad, el legislador actuó en aras de prevenir ese riesgo de afectación." (Pág. 91, párrs. 1 y 2).

Con estas razones en la sentencia se resolvió que "los actos de alienación parental sí han sido estudiados con regular amplitud en el foro de las ciencias de la conducta; siendo viable considerar que los actos de alienación parental existen y su presencia puede ser detectada por los expertos, por lo que su inclusión en las normas sí tiene una base científica suficiente que la apoye, al margen del desarrollo que siga teniendo el estudio del fenómeno". (Pág. 99, párr. 1).

Además, la Corte tomó en cuenta que el interés superior de los niños se activa "no sólo ante situaciones que puedan generar un daño real y cierto en su esfera jurídica, sino incluso ante la sola posibilidad de que los bienes y derechos de los menores se puedan ver en una situación de riesgo" (pág. 100, párr. 1). El deber de establecer medidas legislativas que aseguren a los niños una vida libre de violencia implica, "si las conductas identificadas como "alienación parental" entrañan una injerencia que puede afectar la integridad psicoemocional de los menores, ese riesgo de daño, válidamente justifica su regulación, no obstante la incertidumbre científica que pudiere prevalecer en torno a dicho concepto." (Pág. 100, párr. 2).

3. Se resolvió que el artículo 336 Bis B del Código Civil de Oaxaca es inconstitucional, en relación con la regulación de la definición de violencia familiar por alienación parental, porque viola el reconocimiento de la autonomía progresiva de los niños.

La Corte dio la razón a los argumentos planteados por la Defensoría conforme a los cuales, al considerarse en el Código Civil que las conductas de AP realizadas por algún integrante de la familia dan como resultado una conciencia transformada en el niño, se niega que

tenga un criterio propio sobre la situación que lo rodea, conforme a su natural grado de desarrollo físico, psíquico y emocional. Además, si su conciencia ha sido "transformada", su dicho carecerá de validez y veracidad, y será omitido.

Al inicio de la sentencia se desarrolló una interpretación sobre el derecho de los niños y adolescentes a ser protegidos contra toda forma de violencia, fundamentado en el artículo 4o. constitucional y el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este derecho incluye la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (pág. 58, párr. 2). Se reconoció en la sentencia que "Los malos tratos en el seno familiar, evidentemente, pueden adoptar diversas formas: maltrato físico, psicológico, desatención, negligencia, maltratos verbales o una combinación de éstos" (pág. 59, párr. 3).

También se estableció un criterio jurisprudencial que reconoce a los niños como sujetos de derecho con autonomía progresiva, explicando que la Convención de los Derechos del Niño "otorga un estatus jurídico a los menores que deja atrás la dicotomía capacidad-incapacidad; se reconoce a los niños como personas en desarrollo que no deben ser tratadas como un mero objeto de tutela, tampoco como un adulto. Así, cuando se vulnera de alguna forma la autonomía personal de los menores, se atropella su condición de sujeto de derecho; se les cosifica, transformando sus derechos en necesidades". (Pág. 61, párr. 4).

Bajo esta mirada "el niño es titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar" (pág. 62, párr. 1). El reconocimiento de su autonomía se manifiesta, entre otras cosas, en que se les den a los niños ciertas libertades (pág. 62, párr. 2). Por ejemplo, la de expresar su opinión en todos los asuntos que les afectan y que la misma sea tomada en cuenta, protegido expresamente por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (pág. 64, párr. 1). Este derecho tiene una importancia especial en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, especialmente "cuando involucran decisiones atinentes al ejercicio de la patria potestad, a la guarda y custodia y al derecho de convivencia, pues en estos casos, la opinión de los niños se vuelve elemento indispensable para asegurar la plena protección de sus derechos, en particular, el de acceso a la justicia" (pág. 65, párr. 1).

Para la Suprema Corte de Justicia, el derecho a la autonomía progresiva de los niños, implica reconocer que pueden tomar decisiones y expresar su opinión.

En esta interpretación de la Corte sobre los derechos de libertad de los niños – considerando la perspectiva de la igualdad de los niños como sujetos de derecho con autonomía progresiva para tomar decisiones, junto con la salvaguarda de su interés superior, "es fundamental que se reconozca que los niños, a través de la expresión de su opinión, pueden tomar decisiones; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad" (pág. 66, párr. 3). Para ser debidamente tomadas en cuenta las opiniones de los niños en los procesos judiciales deben además evaluarse, caso por caso, la capacidad, edad y ma-

durez de los niños, así como la experiencia del entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo (pág. 67, párr.1).

Se abordó también el derecho de los niños a vivir en familia y a mantener relaciones con sus progenitores, correlativo a "la obligación del Estado de proteger al núcleo familiar como el principal medio de cuidado y protección de los menores, bajo la consideración esencial de que éste es el espacio fundamental para su desarrollo integral" (pág. 70, párr. 1). La Corte explicó en este contexto, que la separación de un niño de su familia debe ser excepcional porque es una restricción a su derecho de vivir con su familia y sólo puede permitirse cuando se afecte su interés superior por las conductas de sus padres o ascendientes (pág. 70, párr. 2).

También se establecieron criterios sobre instituciones fundamentales relacionadas con los derechos de los niños a ser protegidos de toda forma de violencia; tener autonomía progresiva y vivir en su familia. Se definió que la patria potestad, como función tutelar, comprende un conjunto de deberes, personales y patrimoniales, encaminados al bienestar de los menores, por lo que su restricción sólo se justifica cuando se incumplen esos deberes, atendiendo a los intereses de los niños (pág. 71, párr. 4). Asimismo, la guarda y custodia, junto con el régimen de visitas y convivencias, sólo pueden suspenderse cuando se trate de salvaguardar los derechos de los hijos, no de los padres (pág. 73, párr. 1).

Con este contexto, la Corte interpretó que la legislación oaxaqueña en la cual se reguló que al ejercer AP la persona en la familia que lo hace transforma la conciencia del niño, "*intrínsecamente niega al menor de edad víctima de la violencia familiar su autonomía progresiva*, desconociéndolo como una persona que se distingue por determinadas particularidades, con ciertas necesidades e intereses identificables que determinarán, en cada caso, la afectación que provoca la conducta alienadora" (pág. 113, párr. 3). (Énfasis en el original).

Así, [c]onsecuentemente, la previsión legal en estudio resulta inconstitucional, porque suponer un resultado de *conciencia transformada* en el menor de edad, dada la connotación advertida de dicha locución, deviene en un impedimento lógico para que el juzgador y sus auxiliares (peritos) *tengan en cuenta la condición de los menores como sujetos con autonomía progresiva*; siendo que, por el contrario, tal condición de autonomía tendría que ser atendida al examinar y determinar la presencia o no del supuesto de violencia familiar en un caso concreto." (Pág. 116, párr. 2)

El artículo 336 Bis B del Código Civil de Oaxaca, al aludir a un resultado de "*conciencia transformada*", también vulnera el derecho de los menores de edad a manifestar su opinión en los asuntos que les conciernen y a que ésta sea tomada en cuenta (pág. 122, párr. 3), pues al suponer como consecuencia de la AP que el niño "*ha sido transformado en su conciencia*"; y esto, trae consigo la carga argumentativa de que lo que el niño diga no es

en mérito a su propio juicio, sino que es reflejo de una injerencia externa en su psique y, por tanto, que el juez deba descartar sus opiniones o manifestaciones de facto, por no ser propias, de modo que la condición apuntada necesariamente repercutirá en la valoración de su dicho". (Pág. 123, párr. 3).

1.1.2 Criterio sobre la separación gradual, sensible y progresiva de los niños y sus madres en situación de reclusión

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 644/2016, 8 de marzo de 2017⁷

Hechos del caso

En octubre de 2006, A. y C. contrajeron matrimonio dentro del Centro de Reinserción Social de la Ciudad de Puebla (Cereso de Puebla), en donde se encuentran compurgando una pena de 50 años de prisión desde el año 2001, por la comisión de los delitos secuestro, homicidio y robo. Años más tarde, en junio de 2011 tuvieron una niña, a quien registraron con el nombre de B. Desde entonces, la menor vive con su madre dentro del Cereso de Puebla. En agosto de 2014, poco después de cumplir los tres años de edad, B. fue inscrita por su abuelo en un kínder cercano a su casa, con la finalidad de que pudiera iniciar sus estudios. Por tal motivo, B. comenzó a salir del centro de reclusión los domingos de cada semana, regresando los días jueves para reunirse nuevamente con su madre. Unos días más tarde A., se entrevistó con el director del Cereso de Puebla y le solicitó autorizar que su hija continuara viviendo con ella los fines de semana. El director le contestó que era imposible pues B. había cumplido 3 años de edad, y en atención al artículo 32 del Reglamento de los Centros de Reinserción Social para el Estado de Puebla,⁸ conforme al cual, al cumplir los tres años de edad, todos los niños que se encuentren viviendo dentro de un Centro de Reinserción Social deberán ser entregados a un familiar que se encuentre en el exterior.

Frente a esta respuesta, A. presentó un amparo por su propio derecho y en representación de su hija B, reclamando la decisión de separarlas de forma tajante y no gradual. También demandó la inconstitucionalidad del artículo 32 del Reglamento de los Centros de Reinserción Social para el Estado de Puebla. El juicio de amparo se sobreescribió en una parte y negó en la otra; por lo que A. interpuso un recurso de revisión en el cual argumentó que la separación categórica de su hija en las condiciones que se decretó en este caso era una violación grave al interés superior de la menor, a su derecho a ser escuchada en juicio, al derecho a

⁷ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

⁸ Artículo 32. Los niños que residan con su madre interna no podrán permanecer en el CERESO después de cumplir los tres años de edad. El área de trabajo social deberá prever las acciones necesarias para que una vez alcanzada la edad señalada, el niño sea entregado a quien ejerza la patria potestad sobre el menor, o en su caso, a quien designe la madre o al Sistema Estatal de Desarrollo Integral de la Familia, en términos de la legislación aplicable. [...]

la protección de la unión familiar, al debido proceso, al derecho al mantenimiento de las relaciones biológicas y a la identidad y personalidad de la niña.

La Suprema Corte reasumió su competencia originaria para resolver el recurso de revisión. La Primera Sala concluyó que, de conformidad con el interés superior del menor, las autoridades deben implementar una separación gradual, sensible y progresiva entre madres e hijos, así como garantizar que las o los hijos mantengan un contacto cercano y frecuente con su madre a partir de la evaluación de las necesidades y los intereses del menor.

La Primera Sala otorgó el amparo a la madre de B., ordenando al director del Cereso de Puebla emitir una nueva orden de separación en la cual se garantice que la salida de la niña del centro de reclusión debe ser sensible, gradual y progresiva, con base en una evaluación de sus necesidades. Además, si es de acuerdo al interés superior de la niña, las autoridades deben facilitar que madre e hija mantengan un contacto cercano, directo y frecuente, mediante el establecimiento de un esquema de convivencia articulado.

Asimismo, la Primera Sala realizó la siguiente interpretación conforme del artículo 32 del Reglamento de los Centros de Reinserción Social para el Estado de Puebla: (i) Una vez que los niños cumplan 3 años de edad, su separación de las madres en reclusión debe ser sensible y gradual, siempre que se hayan identificado alternativas de cuidado convenientes para el interés superior del niño, proporcionando acompañamiento psicológico y emocional antes, durante y después de la separación; (ii) la forma en la que se ejecute la separación entre el menor y su madre, debe partir de una evaluación minuciosa de las condiciones reales del caso, atendiendo a lo que resulte más favorable para los intereses del niño; y (iii) aun cuando la separación resulte necesaria, debe procurarse que madre e hijo mantengan un contacto cercano, frecuente y directo, al máximo de las posibilidades de cada caso. En este aspecto se vuelve especialmente relevante el deber del Estado debe implementar medidas reforzadas de protección. Las opiniones de los niños deben ser escuchadas y es pertinente considerar que cada niña y niño pequeño necesita una explicación acerca de por qué no puede permanecer al lado de su madre en el centro, además de que tiene la necesidad de saber si puede –y de qué manera– visitarla en la posteridad.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. Tomando en cuenta el principio del interés superior de los niños y del mantenimiento en su familia biológica, ¿cómo deben resolverse los casos en los cuales será necesario separarlos de sus madres conforme a la literatura especializada en la materia?
2. Conforme a la literatura especializada, ¿cuáles son las principales dificultades que pueden existir en los centros de reclusión para que puedan protegerse adecuadamente los dere-

Conforme a la literatura especializada, ¿cuáles son las principales dificultades que pueden existir en los centros de reclusión para que puedan protegerse adecuadamente los derechos de los niños a disfrutar del afecto y los cuidados de su madre en condiciones apropiadas?

chos de los niños a disfrutar del afecto y los cuidados de su madre en condiciones apropiadas? ¿Cómo pueden conciliarse estas dificultades con los principios del interés superior y el mantenimiento de las relaciones familiares, en el centro de los derechos de los niños?

3. Considerando la teoría del apego y en atención a los principios del interés superior del menor y el mantenimiento en su familia biológica, ¿cómo debe realizarse la separación de sus madres en reclusión, cuando esto sea procedente?

Criterios de la Suprema Corte

1. En atención a los principios del interés superior del menor y el mantenimiento en su familia biológica, en los casos que sea necesario separarlos de sus madres, sobre todo cuando son muy pequeños, es especialmente importante que madre e hijo mantengan un contacto próximo, personal y frecuente en la medida de lo posible, a menos que tal circunstancia resulte contraria a los intereses del niño.

2. Conforme a la literatura especializada existen muchas condiciones por las cuales, los centros de reclusión no son aptos para que un niño esté con su madre, como la exposición a violencia visual y auditiva; inseguridad ante la eventualidad de levantamientos o motines; o la ausencia de servicios que los menores requieren, como salud, educación, alimentación, cuidados especializados y alternativos, atención profesional, entre otros. Con todo, atendiendo al principio del interés superior del menor y el mantenimiento en su familia biológica, el Estado debe implementar acciones específicas para articular en los centros penitenciarios un contexto respetuoso para la dignidad del niño y su derecho a la privacidad, amistoso con aquél y que contribuya a una interacción parento-infantil positiva; incluyendo las políticas necesarias para que los niños cuenten, con los servicios suficientes de salubridad, alimentación, higiene, vestido, agua potable y esparcimiento.

3. Considerando la teoría de apego, en el contexto del principio del interés superior de los niños y del mantenimiento de sus relaciones familiares biológicas, si bien en las leyes puede decidirse que a partir de cierta edad los niños no pueden estar en los centros de reclusión y pueden ser separados de sus madres, la importancia de la relación materno-filial para el niño en conexión con el interés superior del menor, condicionan la forma específica en la que se debe realizar dicha separación. Las autoridades deben articular una separación sensible y gradual, así como garantizar un contacto cercano y frecuente entre madre e hijo una vez distanciados, siempre que lo anterior sea lo más benéfico para aquél, a la luz de todas las particularidades del caso concreto.

Considerando la teoría de apego y el interés superior de los niños, cuando deban separarse de sus madres que estén recluidas, las autoridades deben articular una separación sensible y gradual, así como garantizar un contacto cercano y frecuente entre madre e hijo una vez distanciados, siempre que lo anterior sea lo más benéfico para el niño.

Justificación de los criterios

1. Principio del mantenimiento del menor en su familia biológica.

El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño establece que el Estado tiene la obligación de velar porque los niños no sean separados de sus padres, salvo cuando ello resulte necesario para proteger su interés superior. Cuando deban separarse, el Estado debe garantizar que el niño pueda mantener contacto directo con ambos padres de manera regular, a menos que tal circunstancia resulte contraria a sus intereses. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha interpretado en este tema que los niños deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior para separarlos de su familia. La Suprema Corte de Justicia ha coincidido, estableciendo que el principio del mantenimiento del menor en su familia biológica es una protección fundamental dirigida a la estabilidad y permanencia del niño en su seno familiar (pág. 17, párr. 3).

Esta protección es especialmente importante en el caso de los niños pequeños, por su necesidad de estar en contacto con su madre (pág. 20, párr. 1). La Primera Sala explicó aquí que la literatura especializada en este tema muestra que los niños forman lazos afectivos de gran trascendencia con sus madres: "De acuerdo con los trabajos de revisión y los estudios longitudinales, estos vínculos tienen una notable incidencia presente y futura en el bienestar del niño. En ese contexto, el hecho de que los niños en edades tempranas conciben a su madre como un soporte seguro les reporta beneficios invaluable en diversas áreas de su desarrollo. Así, la relación maternal funciona como una *base firme* a partir de la cual el menor puede allegarse de sustento afectivo y comenzar a explorar su entorno. De este modo, la cercanía con la madre es esencial en la formación de la autoestima, la inteligencia emocional y el correcto desenvolvimiento social del infante." (Pág. 21, párr. 1).

Por estas razones, "aun cuando la separación resulte necesaria, tratándose de menores de corta edad es especialmente importante que madre e hijo mantengan un contacto próximo, personal y frecuente en la medida de lo posible, a menos que tal circunstancia resulte contraria a los intereses del niño" (pág. 22, párr.1). (Énfasis en el original).

2. La situación de reclusión y la relación maternal

La Primera Sala abordó después el tema de las dificultades que pueden existir en los centros de reclusión para que puedan protegerse adecuadamente los derechos de los niños a disfrutar del afecto y los cuidados de su madre en condiciones apropiadas.

Recurriendo también a la literatura especializada, la sentencia hizo notar que hay muchas condiciones por las cuales, los centros de reclusión no son aptos para que un niño esté con su madre: "De este modo, se afirma que en ellos los menores observan prácticas inapropiadas como relaciones sexuales, consumo de drogas, o riñas y pleitos con frecuencia. Asimismo, se apunta que el medio penitenciario es inconveniente para la constitución de

los niños, porque los expone a cierta violencia visual y auditiva. También se plantea que los menores podrían estar en condiciones inseguras ante la eventualidad de levantamientos o motines.

Por otra parte, se destaca la ausencia de servicios que los menores requieren, como salud, educación, alimentación, cuidados especializados y alternativos, atención profesional, entre otros. Asimismo, se afirman algunas limitaciones en relación con la infraestructura; tal es el caso de áreas verdes, enfermerías, guarderías, zonas de juego y de convivencia, juguetes, *inter alia*; todo lo cual sería positivo para el desenvolvimiento del menor." (Pág. 23, párrs. 2 y 3).

Así, la Corte notó en la sentencia que la situación de reclusión coloca en un contexto complejo a la relación entre una madre y su hijo. Pero, "esta circunstancia, por sí misma, no debe ser una excusa para que los menores disfruten plenamente de su relación maternal. Por lo tanto, los desafíos que comporta la privación de la libertad deben ser subsanados a través de medidas de protección reforzadas, encaminadas a garantizar que madre e hijo puedan sobrellevar una relación positiva, en condiciones dignas y adecuadas." (Pág. 24, párr. 3).

De nueva cuenta, atendiendo al principio del interés superior del menor y el mantenimiento en su familia biológica, la Primera Sala resolvió que el Estado debe implementar acciones específicas "para articular en los centros penitenciarios un contexto respetuoso para la dignidad del niño y su derecho a la privacidad, amistoso con aquél y que contribuya a una interacción parento-infantil positiva". (Pág. 26, párr. 1).

En las instituciones penitenciarias que alojen a madres privadas de su libertad deben adoptarse las políticas necesarias para que los niños cuenten, con los servicios suficientes de salubridad, alimentación, higiene, vestido, agua potable y esparcimiento. Así, debe brindarse a las reclusas el máximo de posibilidades de dedicar tiempo a sus hijos, incluyendo asesoramiento sobre la salud y dieta de las madres, suministrando gratuitamente a las embarazadas, bebés niños y madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano, que les permita a las mujeres amamantar a sus hijos y cuidar de ellos (pág. 27, párrs. 1 y 2).

3. La separación del menor

La Primera Sala explicó más adelante en la sentencia que una de las razones por las cuales se separa a los niños de sus madres cuando están privadas de la libertad, es que alcancen determinada edad. Así, "con el crecimiento del menor tiene lugar un proceso *progresivo* de individuación a través del surgimiento de nuevas necesidades propias de su desarrollo; en este supuesto el menor requiere *aun* de su madre, pero demanda de otros bienes que no dependen estrictamente de la unión familiar" (pág. 30, párr. 1).

De acuerdo con la literatura especializada consultada por la Suprema Corte, aun cuando no hay consenso en torno a la edad idónea para separar a un niño de su madre en reclusión, al ir creciendo, los menores se desvinculan *incrementalmente* de sus madres y en esa medida adquieren relevancia otras necesidades, como el desarrollo de relaciones sociales con otros niños a través del juego y la interacción (pág. 30, párr. 2).

Con todo, "la separación entre madre e hijo es una intervención delicada al principio del mantenimiento del menor con su núcleo familiar, sobre todo porque puede ser devastadora para el desarrollo del niño pequeño" (pág. 31, párr. 2).

Para entender la dimensión del riesgo que supone la separación entre madre e hijo, la Primera Sala estudió, a partir de literatura especializada en la materia, la teoría del apego, definido como "un vínculo emocional duradero y trascendental que genera el niño, normalmente con sus padres, a través de sus primeras interacciones sociales" (pág. 31, párr. 3).

Notando que el apego es preferencial o jerárquico, según las investigaciones relevantes, la Primera Sala encontró que los niños pueden sufrir daños emocionales graves si sus necesidades de apego no se ven adecuadamente satisfechas durante la infancia temprana, o incluso si falta en años posteriores de su vida (pár. 31, párr. 4). Según varios estudios, la interrupción de las relaciones con su madre puede provocar a los niños ansiedad aguda y miedo; así como complejos e inseguridades, e incluso ser devastadora para su salud física (pág. 32, párrs. 1 y 2).

El caso de los niños que viven con sus madres en reclusión no es diferente. Por el contrario, "la separación del menor respecto de su madre reclusa puede ser inclusive más dolorosa que otras formas de separación parental debido al estigma, la ambigüedad y la falta de apoyo social y compasión que ello comporta para él" (pág. 33, párr.1). En esta lógica, "la literatura reconoce que la separación entre madre e hijo debido al encarcelamiento parental puede producir un rompimiento grave en la relación afectiva, así como dificultar severamente la reconstrucción del vínculo con posterioridad" (pág. 33, párr. 2).

Adicionalmente, "la interrupción puede provocar al niño la pérdida de su principal fuente de recursos emocionales y psicológicos, comprometiendo su desarrollo social, emocional y cognitivo. Así, los estudios revelan que las reacciones más frecuentes de niños separados de madres privadas de la libertad incluyen tristeza, confusión, depresión, preocupación, ira, agresividad, miedo, regresiones del desarrollo, problemas de sueño, desórdenes alimenticios e hiperactividad. Por lo demás, las investigaciones refieren que los menores separados de sus madres privadas de la libertad son más propensos a enfrentar dificultades conductuales como problemas de disciplina, pobre desempeño escolar, depresión, ansiedad y hostilidad con los demás". (Pág. 33, párr. 3).

Por estas razones la Corte concluyó que si bien en las leyes puede decidirse que a partir de cierta edad los niños no pueden estar en los centros de reclusión y pueden ser separados de sus madres, "la importancia de la relación materno-filial para el niño en conexión con el interés superior del menor, condicionan la forma específica en la que se debe realizar dicha separación". (Pág. 34, párr. 1). (Énfasis en el original). Así, "**las autoridades deben articular una separación sensible y gradual**, así como garantizar un **contacto cercano y frecuente entre madre e hijo una vez distanciados**, siempre que lo anterior sea lo más benéfico para aquél a la luz de todas las particularidades del caso concreto" (pág. 34, párr. 2). (Énfasis en el original).

En el caso, la Primera Sala realizó una interpretación conforme del artículo 32 del Reglamento de los Centros de Reinserción Social para el Estado de Puebla: (i) Una vez que los niños cumplan 3 años de edad, su separación de las madres en reclusión debe ser sensible y gradual, siempre que se hayan identificado alternativas de cuidado convenientes para el interés superior del niño, proporcionando acompañamiento psicológico y emocional antes, durante y después de la separación; (ii) la forma en la que se ejecute la separación entre el menor y su madre, debe partir de una evaluación minuciosa de las condiciones reales del caso, atendiendo a lo que resulte más favorable para los intereses del niño; y (iii) aun cuando la separación resulte necesaria, debe procurarse que madre e hijo mantengan un contacto cercano, frecuente y directo, al máximo de las posibilidades de cada caso. En este aspecto se vuelve especialmente relevante el deber del Estado debe implementar medidas reforzadas de protección. Las opiniones de los niños deben ser escuchadas y "es pertinente considerar que cada niña y niño pequeño necesita una explicación acerca de por qué no puede permanecer al lado de su madre en el centro, además de que tiene la necesidad de saber si puede —y de qué manera— visitarla en la posteridad". (pág. 38, párr. 1) (Énfasis en el original).

1.1.3 Criterio sobre la ponderación de la realidad social frente al nexo biológico

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016⁹

Realidad social frente al nexo biológico y adopción

Hechos del caso

Una mujer dejó a su hija recién nacida al cuidado de una pareja que la acogió como propia, registrándola como su hija biológica en el acta de nacimiento y brindándole cuidados y

⁹ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

protección. Casi tres años después del nacimiento de la niña, la mujer demandó de la pareja el reconocimiento de su maternidad, la nulidad del acta de nacimiento y la guarda y custodia de la niña. Con base en una prueba pericial en genética, el Juzgado de Primera Instancia determinó que la niña era hija biológica de la mujer demandante, por lo cual era procedente reconocer su maternidad y otorgarle la guarda y custodia de la niña. Esta decisión fue confirmada en una apelación y en un juicio de amparo directo. El tribunal colegiado responsable determinó que el interés superior y el derecho a la identidad de la niña, protegidos por el artículo 4o. constitucional, fueron tutelados cuando se privilegió el nexo con su madre biológica. La pareja que se consideraba como los padres de la niña interpuso un recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La pregunta de constitucionalidad que se hizo la Primera Sala en este caso fue si la interpretación del mecanismo de reconocimiento de maternidad efectuada por el tribunal colegiado es acorde con el interés superior del menor previsto en el artículo 4o. de la Constitución Federal. La Primera Sala revocó la sentencia que favorecía a la madre biológica de la niña porque consideró que el principio del mantenimiento de las relaciones biológicas de los niños puede ser superado cuando se demuestre que se les causará un daño si se les aparta de su realidad social para dar prioridad a su realidad biológica. La Corte decidió que la filiación de la niña en este caso corresponde a quienes le han dado educación, cuidados y afecto como si fuera hija propia.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. En atención al interés superior de los niños y el principio de mantenimiento en su familia biológica, conforme a la evidencia científica disponible, ¿debe prevalecer en todos los casos la realidad biológica del menor, por encima de su realidad social?
2. Para decidir si el principio de mantenimiento en la familia biológica del menor debe ser superado, conforme a la evidencia científica disponible, ¿cómo puede evaluarse si existe una realidad social consolidada en la vida del niño, que deba ponderarse en relación con el nexo que pueda tener con sus padres biológicos?

Criterios de la Suprema Corte

1. Para decidir si debe darse prevalencia al nexo biológico por encima de la realidad social del menor, los jueces deberán evaluar si se le causaría un daño al desprenderlo del contexto social y familiar en el que ha crecido y en cual, posiblemente, ha formado un sentimiento de apego y una identidad. El principio del mantenimiento de las relaciones biológicas puede ser superado i) a la luz de las circunstancias en las que ocurrió la separación entre el menor y su progenitor, y ii) cuando se muestre, a partir de la evaluación de

Para decidir si debe darse prevalencia al nexo biológico por encima de la realidad social del menor, los jueces deberán evaluar si se le causaría un daño al desprenderlo del contexto social y familiar en el que ha crecido, y en cual posiblemente ha formado un sentimiento de apego y de identidad. El principio del mantenimiento de las relaciones biológicas puede ser superado cuando: (i) a la luz de las circunstancias en las que ocurrió la separación entre el menor y su progenitor, y (ii) a partir de la evaluación de si existe una realidad social consolidada en la vida del niño, se muestre que el reconocimiento jurídico del nexo biológico podría generarle un daño al menor.

si existe una realidad social consolidada en la vida del niño, que el reconocimiento jurídico del nexo biológico podría generarle un daño al menor.

2. La verdad o realidad social está definida por el desenvolvimiento del niño como hijo de ciertas personas, por un tiempo considerable, aun cuando no exista un título jurídico que demuestre la filiación. La consolidación de la realidad social depende de la situación de hecho en la que vive el niño. Existe evidencia científica abundante que demuestra que el rompimiento del niño y sus figuras de apego afectan su bienestar. La literatura especializada también prueba que la realidad social es un componente importante de la identidad de los niños y este derecho no se satisface exclusivamente con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que en ocasiones puede garantizarse de mejor manera mediante el reconocimiento a su realidad social, pues es el contexto en el que creció el menor el que determina quién es y cómo se percibe frente a los demás.

Justificación de los criterios

1. La doctrina de la Primera Sala de la Corte ha explicado extensivamente en qué consiste y cómo debe protegerse el interés superior de los menores. En los conflictos de filiación también debe atenderse al principio de mantenimiento del menor en la familia biológica, conforme al cual existe un interés fundamental de velar porque el niño no sea separado de sus padres biológicos (pág. 12, párr. 3). "Esto es, **debe superarse una presunción en contra de la terminación de la relación paterno-filial, ya que el niño y sus padres comparten un interés vital en prevenir la terminación de su relación natural.**" (Énfasis en el original) (pág. 12, párr. 4). Esta presunción puede ser derrotada cuando se muestre que los derechos del menor se verán afectados (pág. 14, párr. 1).

La sentencia también explica que el principio del mantenimiento del menor en la familia biológica no significa que en todas las situaciones deban prevalecer las relaciones biológicas, porque "la realidad muestra que la familia tiene una connotación más amplia, y que la formación de lazos familiares no necesariamente tiene correspondencia con la realidad biológica." (Pág. 15, párr. 2). La decisión que establezca que la filiación de un menor no debe corresponder a su realidad biológica deberá demostrar que su reconocimiento y las consecuencias que ello conlleva generarán un daño al menor (pág. 16, párr. 1).

Para evaluar si se causaría una afectación a un niño cuando se establece que su filiación no debe estar asociada a su realidad biológica deben considerarse dos aspectos esenciales: (i) las condiciones en las que ocurrió la separación entre padres biológicos e hijos, y (ii) la consolidación de una realidad familiar distinta a la realidad biológica (pág. 16, párr. 3).

2. Para indagar aspectos relacionados con la consolidación de la realidad social del niño a fin de determinar si lo mejor para sus intereses es la prevalencia del nexo biológico, la Corte explicó que "el juez debe evaluar si de acuerdo con las circunstancias del caso, sería perjudicial para el menor desprenderlo del contexto social y familiar en el que ha crecido,

y en el que posiblemente ha formado un sentimiento de apego y de identidad. Efectivamente, tal como se apuntó antes, una de las controversias más polémicas planteadas en la actualidad consiste en resolver si el principio de verdad biológica ha de prevalecer siempre, o si ha de ceder en alguna medida frente a la verdad social." (Pág. 21, párr. 3).

La verdad o realidad social está definida por el desenvolvimiento del niño como hijo de ciertas personas, por un tiempo considerable, aun cuando no exista un título jurídico que demuestre la filiación (pág. 22, párr. 1). Para comprender la realidad social debe observarse la situación de hecho que vive el niño y en la cual, si se han formado lazos de apego, sus derechos e intereses se verán afectados si se rompe esa relación. También debe tenerse en cuenta cómo podría alterarse la identidad del niño, asociada a su realidad social, si se modifica su esquema familiar (pág. 22, párr. 2).

En relación con la realidad social y la teoría del apego la Primera Sala concluyó que existe abundante evidencia científica, incluyendo la literatura especializada consultada en la sentencia, de la cual se desprende que **"los vínculos afectivos de apego que forman los menores son fundamentales para su desarrollo integral. Así, existe suficiente evidencia para considerar que el rompimiento de las relaciones que establece una niña o niño con sus figuras de apego, puede perjudicar su bienestar."** (Énfasis en el original) (pág. 26, párr. 1).

Asimismo, se estableció que la realidad social también es un componente importante de la identidad de los niños, junto con su origen biológico. Múltiples estudios científicos dan cuenta de la trascendencia que tiene para el individuo el conocer de dónde viene (pág. 26, párr. 3). La literatura especializada aporta elementos para afirmar que **"el derecho a la identidad del menor no se satisface exclusivamente con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que en ocasiones puede garantizarse de mejor manera a través del reconocimiento a su realidad social, pues es el contexto en el que creció el menor lo que determina quién es y cómo se percibe frente a los demás."** (Énfasis en el original) (pág. 27, párr. 3).

La Corte también estudió si en el caso concreto, el reconocimiento del nexo biológico que se pidió en la acción de reconocimiento de maternidad sería acorde con el interés superior de la niña, atendiendo cuidadosamente a la realidad contextual y familiar que se ha consolidado en torno a la menor de edad. Para entender la realidad social de la niña y saber si existe una situación de hecho que ha configurado sus lazos de apego e identidad, se valoró el contexto familiar en el cual había crecido, encontrándose que se desenvolvía en un ambiente adecuado donde recibía afecto, educación, estabilidad, salud y alimentación (pág. 37, párrs. 1 y 2), lo cual fue acreditado con distintas pruebas periciales en psicología. También se probó en el expediente que la niña reconoce a la pareja que la ha cuidado como sus padres y muestra signos de apego y cariño hacia ellos. Por estas

razones se decidió que debe reconocerse la realidad social y familiar de la niña, estableciendo su filiación como hija de sus padres no biológicos.

1.1.4 Estándar de prueba clara y convincente para valorar el interés superior del niño en casos de adopción que involucren posibles actos de discriminación (padre con discapacidad)

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3859/2014, 23 de septiembre de 2015¹⁰

Patria potestad, adopción y personas con discapacidad

Hechos del caso

El padre biológico de un menor de edad fue declarado en estado de interdicción a raíz de un accidente automovilístico que le ocasionó lesiones cerebrales severas. La madre del niño promovió un juicio en el cual obtuvo la suspensión de la patria potestad del padre y, posteriormente, contrajo un nuevo matrimonio con otro hombre, quien realizó diversos trámites con el fin de adoptar al hijo de su esposa. Sin embargo, el abuelo paterno del niño (también representante del padre biológico) se opuso a la adopción porque quería seguir manteniendo una convivencia con su nieto. Después de varios procedimientos jurisdiccionales se decidió que la adopción no era procedente y el esposo de la madre del niño apeló esa decisión. La Sala del tribunal que conoció el caso confirmó la sentencia que impidió la adopción, porque se estimó que era contraria al interés superior del menor y a los derechos de las personas con discapacidad, además de que el padre biológico no otorgó su consentimiento. La madre del niño y su actual esposo promovieron un juicio de amparo contra esa decisión, mismo que les fue negado. A continuación interpusieron un recurso de revisión que fue remitido por el tribunal colegiado competente a la Suprema Corte de Justicia para su resolución.

Para resolver este caso la Primera Sala de la Corte se preguntó si fue correcta la decisión de negar la adopción solicitada por la madre del niño y su esposo. Por otro lado, la Corte identificó la necesidad de tener en cuenta que el padre biológico, una persona con discapacidad que tenía suspendida la patria potestad por sentencia de interdicción, no había otorgado su consentimiento para la adopción. En la sentencia se expresó la complejidad que presentó el análisis de este caso porque debía realizarse un balance entre múltiples intereses y derechos en conflicto: el interés superior del niño y la protección de sus derechos, el derecho a la paternidad y a la no discriminación de las personas con discapacidad.

¹⁰ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

En la sentencia, atendiendo al interés superior del menor y al modelo social sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Primera Sala resolvió que no se puede tener por probada de manera clara y convincente que, al negarse la adopción solicitada por el esposo de la madre, se generaría una situación perjudicial para el niño, por lo que confirmó la improcedencia de concederla y ordenó medidas como el establecimiento de un régimen de visitas y convivencia con su padre biológico.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. En el contexto del interés superior de los niños y el principio de mantenimiento de las relaciones familiares y los derechos de los padres con discapacidad, ¿cuál es el estándar probatorio que debe utilizarse para evaluar si el daño que puede sufrir el menor de no concederse una adopción es real, y no se funda en consideraciones discriminatorias, como prejuicios o generalizaciones injustificadas?
2. Cuando se lleva a cabo la ponderación de la condición de discapacidad de un padre para discernir si puede ser causa de afectación de los bienes y derechos de los niños, ¿cómo debe llevarse a cabo la valoración de las características de la persona con discapacidad, atendiendo al principio constitucional de no discriminación?

Criterios de la Suprema Corte

1. Conforme al principio de mantenimiento de las relaciones familiares debe superarse una presunción en contra de la terminación de la relación paterno-filial. Esa presunción puede ser derrotada en aquellos casos en los cuales los padres biológicos se opongan a la adopción, cuando se demuestre que, de no otorgarse, se afectarían los derechos del menor. En el caso de padres con discapacidad, la afectación que podría causarse al niño debe ser probada "clara y convincentemente". Cuando los padres son personas con discapacidad deben atenderse dos supuestos, uno general y otro reforzado. "En el primer caso deberá probarse que, de no otorgarse la adopción, el menor podría sufrir un daño. En el segundo, **cuando los padres se encuentren especialmente protegidos por tratarse de personas con discapacidad, deberá verificarse además, (a) que la afectación fue demostrada bajo un estándar de prueba claro y convincente, (b) que dicho daño no deriva de prejuicios o estigmatizaciones, o bien (c), de barreras ambientales que puedan ser mitigadas por medidas alternativas o ajustes razonables**". (Énfasis en el original) (pág. 37, párr. 2).

2. En atención al principio de no discriminación, cuando se ponderen algunas características de padres que están especialmente protegidos por el artículo 1o. constitucional, como las personas con discapacidad, deberá llevarse a cabo un escrutinio estricto de cualquier distinción basada en categorías sospechosas y demostrarse que la distinción es "razonable y justificada". Si la decisión sobre la afectación que pueden sufrir los bienes y

Conforme al principio de mantenimiento de las relaciones familiares debe superarse una presunción en contra de la terminación de la relación paterno-filial. Esa presunción puede ser derrotada en aquellos casos en los cuales los padres biológicos se opongan a la adopción, cuando se demuestre que de no otorgarse se afectarían los derechos del menor. En el caso de padres con discapacidad, la afectación que podría causarse al niño debe ser probada "clara y convincentemente".

derechos de los niños se motiva en la condición de discapacidad del padre, la prueba del daño debe ser real, esto es, que esté basada en evidencia técnica o científica, no en prejuicios o consideraciones generalizadas. Más aún, como la valoración misma de las características de personas con discapacidad puede ser también discriminatoria, dichas características personales deben valorarse a partir de hechos fehacientemente probados, como lo son pruebas médicas, de tal suerte que la decisión se tome excluyendo prejuicios, especulaciones y conjeturas infundadas. Finalmente, debe acreditarse que el daño no derive de la falta de aplicación de ajustes razonables que le hayan impedido al padre hacerse cargo de sus obligaciones familiares, esto es, que no existan otras medidas alternativas para garantizar la protección del menor.

Justificación de los criterios

1. La Primera Sala definió los principios que rigen los procesos de adopción cuando el padre es una persona con discapacidad en estado de interdicción. Se identificó que el principio de mantenimiento del menor en su familia biológica incide de lleno en la mayoría de las controversias relacionadas con la adopción de un menor de edad (pág. 27, párr. 3). Conforme a este principio "existe un interés fundamental de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra voluntad de éstos. Esto es, debe superarse una presunción en contra de la terminación de la relación paterno-filial, ya que el niño y sus padres comparten un interés vital en prevenir la terminación de su relación natural." (Pág. 28, párr. 1).

Esa presunción puede ser derrotada en aquellos casos en los cuales los padres biológicos se opongan a la adopción, cuando se demuestre que de no otorgarse se afectarían los derechos del menor (pág. 29, párr. 1). En el caso de padres con discapacidad, la afectación que podría causarse al niño debe ser probada "clara y convincentemente" (pág. 34, párr. 1). Es decir, que el estándar probatorio para superar el principio de mantenimiento de las relaciones familiares debe ser más elevado: sólo podrá otorgarse la adopción de un menor en contra de la voluntad de sus padres biológicos, cuando se pruebe que de otro modo se le generaría un daño (pág. 36, párr. 3).

Cuando los padres biológicos son personas con discapacidad, el Estado deberá además garantizar sus derechos (pág. 37, párr.1). La Primera Sala distingue así dos supuestos, uno general y uno reforzado que se refieren a los padres con discapacidad. "En el primer caso, deberá probarse que de no otorgarse la adopción el menor podría sufrir un daño. En el segundo, **cuando los padres se encuentren especialmente protegidos por tratarse de personas con discapacidad, deberá verificarse además, (a) que la afectación fue demostrada bajo un estándar de prueba claro y convincente, (b) que dicho daño no deriva de prejuicios o estigmatizaciones, o bien (c), de barreras ambientales que puedan ser mitigadas por medidas alternativas o ajustes razonables.**" (Énfasis en el original) (pág. 37, párr. 2).

2. En otros precedentes la Primera Sala ha construido una metodología para evaluar las decisiones judiciales en las cuales deben ponderarse algunas características de padres

que están especialmente protegidos por el artículo 1o. constitucional, como las personas con discapacidad.¹¹ En atención al principio constitucional de no discriminación deberá llevarse a cabo un escrutinio estricto de cualquier distinción basada en categorías sospechosas y demostrarse que la distinción es "razonable y justificada" (pág. 40, párrs. 1 y 2).

Así, la sentencia establece que "si la decisión se motiva en la afectación que pueden sufrir los bienes y derechos de los niños porque alguno de sus padres se ubica en alguna de las denominadas categorías sospechosas, —como (*sic*) en el presente caso, en el que se pondera la condición de discapacidad del padre— dicho daño debe ser real, esto es, basado en evidencia técnica o científica, no en prejuicios o consideraciones generalizadas." (Pág. 41, párr. 1). Más aún, como la valoración misma de las características de personas con discapacidad puede ser también discriminatoria, dichas características personales "deben valorarse a partir de hechos fehacientemente probados, como lo son pruebas médicas, de tal suerte que la decisión se tome excluyendo prejuicios, especulaciones y conjeturas infundadas." (Pág. 41, párr 2).

La Corte también decidió en este caso que, a la luz del modelo social de la discapacidad que está reconocido en el sistema jurídico mexicano, deberá probarse además que la afectación del menor no deriva de una situación determinada por barreras sociales que puedan ser subsanadas con medidas alternativas (pág. 41, párr. 3). Por estas razones, los jueces deberán evaluar si existen medidas alternativas que permitirían a la persona con discapacidad cumplir con los deberes derivados de la paternidad. En todo caso, **"las razones que motiven la pérdida de la patria potestad de una persona con discapacidad, no estén basadas ni en prejuicios, conjeturas o especulaciones, ni en barreras sociales que puedan ser superadas por alternativas que permitan al padre cumplir con sus obligaciones."** (Énfasis en el original) (pág. 43, párr. 1).

1.2 Interés superior del menor y casos de guarda y custodia

1.2.1 Suspensión del régimen de convivencias en el contexto del COVID-19

SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 267/2020, 17 de marzo de 2021¹²

Hechos del caso

La Primera Sala de la Suprema Corte resolvió una contradicción de tesis entre los siguientes criterios que emitieron diferentes tribunales colegiados:

¹¹ Para mayor referencia puede consultarse el Amparo Directo en Revisión 2618/2013.

¹² Mayoría de cuatro votos. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández.

Primer criterio.¹³ Este caso surgió cuando la madre de un niño (al parecer, de un año siete meses en el momento de presentación de la demanda), promovió un juicio de amparo indirecto en contra de medidas provisionales dictadas por un juez familiar de primera instancia, que organizaron un régimen de convivencia entre el menor y su padre, de manera presencial y libre (es decir, no supervisada), con traslados desde la casa de la madre.

En la decisión del juez familiar se impusieron algunas medidas para cuidar al niño frente a los riesgos de la pandemia por el virus SARS-CoV-2 causante de la enfermedad COVID-19, tales como: (i) abstenerse de hacer uso de transporte público de toda clase; (ii) que la convivencia se llevara a cabo únicamente en el domicilio del padre resguardándose allí al menor; (iii) no llevar al menor a reuniones sociales de cualquier tipo; y (iv) observar las medidas de higiene y sana distancia recomendadas por las instituciones de salud.

La madre solicitó y obtuvo la suspensión de la medida cautelar, porque el juez de distrito consideró que la pandemia por COVID-19, declarada en México como emergencia sanitaria, era un hecho notorio que, en atención al interés superior del menor, impedía las convivencias. Se ordenó a la autoridad responsable, en tanto no cambiara la situación de emergencia sanitaria, que se decretaran medidas alternativas a la convivencia presencial, como reuniones remotas a través de tecnologías de la información (por ejemplo, llamada telefónica en conferencia, videollamada, Whatsapp, Webex, Zoom o cualquier otra).

El padre del niño interpuso un recurso de revisión y el tribunal colegiado revocó la suspensión dictada en el amparo indirecto, entre otras cosas, porque se estimó que las convivencias entre padres e hijos son un derecho fundamental de los niños. Se determinó que en este caso no se justificaba restringir la convivencia libre del padre con el niño por la contingencia sanitaria de COVID-19, pues aunado a que de las constancias procesales no se apreciaba ni indiciariamente la posibilidad de que se contagiara si convivía con su padre, no podía pasarse por alto que la determinación del interés superior del niño en casos de guarda y custodia debía realizarse a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y desarrollo del niño, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios.

Segundo criterio.¹⁴ La madre de un niño promovió un juicio de amparo indirecto para solicitar que se suspendiera la orden dictada por un juez familiar en la cual se fijó un régimen de convivencia especial entre el menor y su padre (no custodia). Entre otras cosas, la medida judicial establecía que la entrega-recepción del niño se realizaría en el domicilio que éste habitaba con su madre, en los días y horas en que se venía llevando a cabo antes

¹³ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. Ejecutoria de la revisión incidental 162/2020, emitida el 26 de noviembre de 2022, por mayoría de votos.

¹⁴ Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Decimoséptimo Circuito. Ejecutoria del recurso de queja civil 31/2020, emitida el 19 de julio de 2020.

de la contingencia. También se decretó un régimen extraordinario para que el niño pasara un periodo vacacional con su padre.

En el juicio de amparo se concedió la suspensión provisional y el juez de distrito decidió, para proteger el derecho a la salud del niño, que debían adoptarse las medidas necesarias para verificar que, de llevarse a cabo las convivencias de manera física, no se pusiera en riesgo de contagio, para lo cual, el juzgador de primera instancia debía recabar las pruebas pertinentes.

El padre del niño interpuso un recurso de queja y el tribunal colegiado decidió, sobre la base del interés superior del menor y la situación de pandemia, aun cuando el derecho del niño a la convivencia con sus progenitores por regla general se encamina a la conservación de un entorno saludable y favorable a su pleno desarrollo, que ese derecho excepcionalmente podía suspenderse cuando existiera peligro para el menor. En este caso, en opinión del tribunal colegiado se estaba ante esa excepción, pues debía privilegiarse el derecho del menor a la vida y a la salud sobre el derecho de convivir físicamente con su padre, previendo que por el momento no salga del domicilio en el que se encuentra en cuarentena por la pandemia. En este criterio se decidió que el padre podía convivir con su hijo de forma remota, a través de tecnologías de la información, con la regularidad suficiente para mantener una comunicación continua.

La Primera Sala encontró una contradicción de criterios porque un tribunal colegiado decidió que era viable, en el contexto de la pandemia por COVID-19, que un niño tuviera convivencias presenciales con su padre no custodio; mientras que en otro caso se descartó que en la pandemia, la convivencia presencial fuera viable aun siguiendo medidas sanitarias, pues existía un riesgo real de contagio que obligaba a privilegiar el derecho a la vida y a la salud del menor, modulando el de convivencia, para que ésta se realizara por vía remota, haciendo uso de los medios electrónicos.

Pregunta relacionada con la evidencia científica

1. Cuando el acto reclamado en el juicio de amparo indirecto es una determinación judicial que establece la realización de un régimen de convivencia presencial (física) y libre (no supervisada) entre un menor de edad y el progenitor que no ejerce materialmente la guarda y custodia, ¿la situación de pandemia por COVID-19, permite otorgar la suspensión del acto reclamado (provisional y definitiva) con el efecto de modalizar dicha convivencia para que se realice únicamente a distancia, por medios electrónicos?

Criterio de la Suprema Corte

1. Prevalece con carácter de jurisprudencia el criterio conforme al cual, frente a una determinación judicial, que fija provisionalmente un régimen de convivencias presencial y

Las decisiones sobre un régimen de visitas y convivencias entre un niño y alguno de sus padres en el contexto de la pandemia por COVID-19, pueden ordenar que se realicen únicamente a distancia, por medios electrónicos, como medida de protección reforzada a la vida y la salud de los niños. Estas medidas solo pueden ser precautorias y no vinculantes de manera general.

libre entre un niño y su padre que no ejerce materialmente su guarda y custodia, la medida de suspensión en el juicio de amparo indirecto *podrá modalizar dicha convivencia para que se desarrolle únicamente a distancia, mediante el uso de medios electrónicos*, como medida de protección reforzada de la vida y la salud física del menor de edad, atendiendo a las condiciones de emergencia sanitaria por la enfermedad COVID-19. Esta medida no puede ser vinculante en general, sino sólo precautoria, cuando al proveer a la suspensión (provisional o definitiva) el juzgador no cuente con elementos suficientes para determinar cuál es la circunstancia específica en que se encuentra el menor de edad involucrado a efecto de decidir lo que más convenga conforme a su interés superior.

Justificación del criterio

La jurisprudencia de la Primera Sala sobre el derecho de convivencia de los menores de edad con sus padres que no tienen la guarda y custodia, y en su caso, con la familia extendida, ha reconocido que "dada su importancia para el sano desarrollo de éstos, su ejercicio debe recibir una protección reforzada, *pero siempre debe responder al interés superior del menor*, ponderado en las específicas circunstancias de cada caso" (pág. 37, párr.1).

En cuanto al derecho a los más altos niveles de salud de los niños, el Estado debe asegurarles la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres, tutores, o personas responsables de ellos ante la ley (pág. 44, párr. 1). En ese sentido, "la asunción de responsabilidad sobre el cuidado de su propia salud y la prevención de enfermedades, necesariamente se ha de generar en función de su edad y grado de madurez física y mental, y de la información y formación que reciban de los adultos en los ámbitos familiar, escolar y social al respecto, conforme a su autonomía progresiva; por tanto, a menor edad, requerirán de mayor protección e intervención de quienes ejercen sus cuidados para procurarles el más alto nivel posible de salud y, desde luego, para proteger su vida; y viceversa, en la medida de su crecimiento y evolución de su autonomía, mayor habrá de ser su protagonismo en el cuidado y toma de decisiones sobre su propia salud. Esto, desde luego, sin menoscabo de los deberes de los progenitores y del propio Estado, en la garantía y protección de ese derecho." (Pág. 45, párr. 1).

En la sentencia se explicó que es un hecho notorio que el 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró emergencia de salud pública de importancia internacional al brote por el virus SARS-CoV-2; y más adelante, ante el crecimiento exponencial de los contagios en diversos países del mundo, el 11 de marzo del mismo año, estado de pandemia por el virus SARS-CoV-2 (pág. 46, párr. 1).

En México, el Consejo de Salubridad General (CSG) reconoció la epidemia de la enfermedad COVID-19 y anunció que la Secretaría de Salud (SSA) establecería medidas de preparación, prevención y control, para su implementación por parte de los entes públicos estatales

(pág. 46, párr. 2).¹⁵ Más tarde la SSA expidió un acuerdo en el cual se establecieron medidas preventivas para la mitigación y control de los riesgos del COVID-19 (pág. 47, párr. 1).

La Corte notó que en el acuerdo mencionado "se estableció que *las autoridades civiles, militares, los particulares* y las dependencias y entidades de los distintos órdenes de gobierno estarían obligados a la instrumentación de diversas *medidas preventivas* encaminadas a disminuir la velocidad de propagación del virus, esto es, el número de contagios, *a través de la reducción de la movilidad de la población y el favorecimiento de la permanencia en casa*, así como la adopción de medidas de higiene y sanitarias." (Énfasis en el original).

"En ese sentido, se instruyó mantener sana distancia entre las personas, evitando en lo posible el contacto físico y las aglomeraciones y no acudir a espacios públicos y lugares concurridos, especialmente de personas o grupos con determinadas condiciones de vulnerabilidad, entre ellos, los menores de cinco años, asimismo, se ordenó la suspensión de actividades escolares por determinado tiempo, y la suspensión de aquellas que involucraran concentración física, tránsito o desplazamiento de personas, asimismo, se recomendó la práctica de determinados hábitos de higiene." (Págs. 47, párr. 2 y 48, párr. 1).

El 30 de marzo de 2020, el CSG declaró a la epidemia de COVID-19 como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor (pág. 49, párr. 1). Al día siguiente, la SSA estableció, en un acuerdo, acciones extraordinarias para contener la enfermedad, vinculantes para los sectores público, social y privado, estableciendo la suspensión de actividades no esenciales. Se exhortó además a la población "*a mantener un resguardo domiciliario responsable*, entendido como la limitación voluntaria de movilidad, permaneciendo en el domicilio particular o sitio distinto al espacio público, el mayor tiempo posible." (Pág. 49, párr. 2). (Énfasis en el original).

El regreso a las actividades presenciales sería gradual, por regiones, atendiendo a lineamientos basados en datos como los índices de reproducción del virus, el número de casos positivos de contagios, las tasas de mortalidad, la ocupación hospitalaria y a la tendencia en dicha ocupación; y siguiendo protocolos sanitarios y conforme a etapas diseñadas para transitar en un semáforo de riesgo epidemiológico para el uso del espacio público, de los colores rojo, naranja, amarillo y verde, regidas por las directrices que establecieran las autoridades sanitarias (pág. 53, párr. 1).

La sentencia hizo notar, en la fecha cuando se decidía la contradicción de tesis, que ningún estado de la República "oficialmente se ubica en semáforo rojo, ocho se colocaban en semáforo naranja, veintiuno en semáforo amarillo, y tres en semáforo verde" (pág. 52, párr.

¹⁵ Acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de marzo de 2020.

2). Así, por ejemplo, en ese momento estaban suspendidas prácticamente todo el país las clases en instituciones públicas y privadas, llevándose a cabo las actividades académicas con apoyo de sistemas tecnológicos como el internet y la televisión; asimismo, el uso de espacios públicos para actividades sociales se encontraba suspendido, o bien, restringido notablemente en su aforo (pág. 52, párr. 3).

Asimismo, la Primera Sala, para contextualizar su decisión, refirió en la sentencia que "al día de hoy diecisiete de marzo de dos mil veintiuno en que se emite la presente resolución, es decir, habiendo transcurrido ya un año de que la población mexicana y del mundo sufre los efectos de la pandemia, en México la Secretaría de Salud Federal, por conducto de la Dirección de Epidemiología, ha reportado oficialmente 2'175,462 (dos millones ciento setenta y cinco mil cuatrocientos sesenta y dos) personas contagiadas con prueba clínica que lo confirma; y 195,908 (ciento noventa y cinco mil novecientos ocho) fallecimientos confirmados que reconocen como causa dicha enfermedad; y para este caso, vale resaltar que el *número de menores de edad* fallecidos que se obtiene de la página de datos abiertos de la Dirección General de Epidemiología de la Secretaría de Salud Federal, es de 1,926 (mil novecientos veintiséis)". (Pág. 53, párr. 1).

Así, la Suprema Corte tomó en cuenta que existía "una exigencia general de dar continuidad a *medidas preventivas de distanciamiento físico y de reducción de la movilidad mediante el resguardo domiciliario cuando sea posible*, así como el mantenimiento de medidas sanitarias y de higiene pertinentes, tanto las recomendadas por las instituciones de salud, como las que la prudencia aconseje en forma particular". (Pág. 54, párr. 1). (**Énfasis en el original**).

Esto, tomando en cuenta que "las instituciones de salud internacionales y la Secretaría de Salud Federal, hasta el momento, de acuerdo con los estudios especializados que se han realizado, reconocen que la transmisión del virus causante de la enfermedad COVID-19 se realiza de persona a persona, directamente, a través de gotículas respiratorias que expulsa un contagiado al toser y estornudar, que el receptor recibe dada su cercanía física, y en menor medida al estrechar las manos del enfermo; y en forma indirecta al tocar objetos o superficies contaminadas con el virus, y luego tocarse boca, nariz u ojos, como principales vías de contagio; y continúa investigándose sobre la posibilidad de transmisión por la presencia del virus en el aire en ambientes interiores. [...] Asimismo, se reconoce la existencia de casos de personas contagiadas que no presentan los síntomas característicos de la enfermedad, pero que hasta ahora se estima que sí pueden transmitir el virus, aunque no se tenga certeza de la frecuencia con la que ocurre.

Aquí es pertinente señalar, que conforme a la información que ofrece al público la Organización Mundial de la Salud, la enfermedad por COVID-19 puede contagiarse a personas de todas las edades. Niñas, niños y adolescentes tienen las mismas probabilidades de

contagio que cualquier otro grupo de edad y pueden transmitir la enfermedad. Ello, con independencia de que exista un reconocimiento general por parte de las instituciones de salud, en el sentido de que, los riesgos de desarrollar síntomas más severos, que agraven la enfermedad COVID-19 y que puedan provocar la muerte, se presentan mayormente en personas adultas mayores y en aquellas personas *de cualquier edad* que ya padecen algunas enfermedades que se asocian como comorbilidades, no obstante, no se descarta la posibilidad de que también los menores de edad presenten síntomas graves, y puedan perder la vida." (Págs. 54, párr. 1 y 55, párrs. 1 y 2).

En la sentencia también se refirió que "en México, por el momento, el comunicado oficial del Gobierno Federal es que no se tiene contemplada la aplicación de vacunas contra la enfermedad COVID-19 para personas menores de dieciséis años, según se informa, porque no se cuenta con estudios que demuestren su seguridad y efectividad en ese grupo de edad." (Pág. 60, párr. 3).

Luego la Primera Sala interpretó que el principio del interés superior del menor, como norma de procedimiento, implica que "tratándose de medidas sustanciales o procedimentales que pudieren afectar derechos de menores, el juzgador debe emplear un escrutinio más estricto para su aplicación, a la luz del interés superior del menor" (pág. 65, párrs. 1 y 2). Deberán así encontrarse "criterios objetivos para averiguar racionalmente en qué consiste y dónde se ubica el interés superior del menor en los casos concretos" (pág. 65, párr. 3).

En controversias familiares, salvo que se esté frente a situaciones excepcionales, en las cuales sea posible tener certeza para asignarle un mismo contenido respecto de los menores de edad como grupo vulnerable; lo común es que el interés superior no opere de la misma manera, "sino que se impone valorar las circunstancias que concurran en cada caso, para determinar cuál es el escenario más benéfico para el menor de edad involucrado y el que proteja de mejor manera todos sus derechos e intereses." (Pág. 67, párr. 2).

Al interpretar finalmente los criterios que definen la suspensión en el juicio de amparo, la Primera Sala estableció que "en la situación de pandemia que atravesamos, y sobre todo, en el marco del otorgamiento de la medida cautelar de suspensión, la convivencia puede admitir modulaciones o modalizaciones, *para privilegiar como de mayor entidad* el derecho a la salud física y la protección de la vida de niñas, niños y adolescentes como prevención de la enfermedad, fijando el ejercicio de la convivencia de manera tal que, aunque a distancia, pueda realizarse del modo más amplio posible, procurando proteger también los intereses del menor y no causarle alguna afectación desmedida en ese derecho a mantener sus relaciones familiares y el contacto directo con el progenitor no custodio, e inclusive, con su familia extendida por parte de éste." (Pág. 77, párr. 1).

Asimismo, la Corte precisó que "En ese sentido, los juzgadores de amparo al proveer sobre la suspensión del acto reclamado, de imprimirle los aludidos efectos a la medida, habrán de procurar que la convivencia que en forma provisional se llevará a cabo por medios tecnológicos, se verifique *con la mayor regularidad posible* (llamadas telefónicas, videollamadas, reuniones a través de plataformas digitales, etcétera, según las posibilidades de cada caso), incluso diariamente, aun cuando los tiempos de duración puedan ser variables según las actividades y rutinas del menor, fijando medidas para que las problemáticas familiares específicas no las impidan.

Por otra parte, es importante precisar que esta Primera Sala comparte el mismo entendimiento y preocupación de los organismos internacionales de derechos humanos, en torno a que las medidas de prevención de la enfermedad COVID-19, deben ser temporales, legales, razonables conforme a criterios científicos, necesarias y proporcionales, procurando armonizar la mayor protección posible de todos los derechos humanos de las personas." (Pág. 79, párrs. 2 y 3).

1.2.2 Presunción de idoneidad a favor de la madre en casos de guarda y custodia

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2252/2013, 4 de diciembre de 2013¹⁶

Preferencia materna en la guarda y custodia y teoría del apego

Hechos del caso

Los padres de un niño se separaron y suscribieron un convenio ante el delegado de la Procuraduría de la Defensa del Menor, la Mujer y la Familia de Mazatlán, Sinaloa. En el mismo acordaron que sería la madre quien tuviera la guarda y custodia del niño. Dos meses después, por circunstancias que los padres del niño narraron de forma diferente, el menor de edad empezó a vivir con su padre quien se ocupó de su cuidado y mantenimiento e impidió que fuera visitado por su madre.

El padre promovió un juicio en contra de la madre para obtener la guarda y custodia provisional del niño, y, en su momento, la definitiva. Alegó que la madre abandonó al niño y que él había sido quien se había hecho cargo de su estabilidad y cuidados físicos y emocionales. El juez que conoció el caso confirmó que la madre tendría la guarda y custodia del niño por dos razones principales. Primero, porque consideró que el padre no demostró que la relación afectiva entre madre e hijo fuera dañina para el menor. En segundo lugar expuso que la legislación aplicable establecía una presunción legal de que ante

¹⁶ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

la separación de los padres, los hijos e hijas menores de siete años de edad deben quedar al cuidado de la madre, a menos que ésta representara un riesgo o un peligro grave para la salud, educación o la moralidad de sus hijos.¹⁷ El juez también consideró que el niño requería de los cuidados, protección y el cariño que solamente pueden ser proporcionados por la madre y que, en situaciones normales, ninguna otra persona, ni siquiera el padre, puede llegar a sustituirla.

El padre promovió un juicio de amparo directo en contra de esta sentencia, argumentando que la preferencia jurídica que validó el juez por la madre violaba el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Dijo también que, el juez concluyó que debía darse la guarda y custodia del niño a su madre, sólo por el hecho de serlo, sin tener en cuenta el principio del interés superior del menor, sin dar mayor explicación y valorando incorrectamente las pruebas en el expediente. Lo anterior, toda vez que la decisión de otorgar el cuidado del menor a su madre, lo alejaba de la estabilidad emocional, del hogar y la tranquilidad familiar en la que vivía desde hace dos años junto a éste. El Tribunal Colegiado le negó el amparo, razonando que la legislación aplicable al caso podía válidamente privilegiar que los niños quedaran bajo guarda de la madre a la luz del interés superior del menor, además de que no se demostró que la convivencia fuera perjudicial para el niño.

El padre interpuso entonces un recurso de revisión que fue admitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para resolver el caso, la Corte se preguntó si es válido que la legislación local establezca que en todos los casos deberá darse preferencia a la madre para detentar la guarda y custodia de los menores de edad. También se cuestionó si el juez que conoció el caso en primera instancia y el Tribunal Colegiado interpretaron correctamente el artículo del Código Civil de Sonora que da preferencia a la madre del menor al momento de atribuir la guarda y custodia, utilizando ese fundamento para negar esa solicitud al padre del niño.

En la sentencia se resolvió que es válido que la legislación local establezca la preferencia de la madre para detentar la guarda y custodia de los menores y que así lo decidan los jueces, pero no en función de un estereotipo de género según el cual la mujer es *per se* la más apta, sino con base en un examen cuidadoso de las circunstancias en el caso concreto. Ciertamente, el juez debe considerar que la literatura científica en torno a la teoría del apego y la psicología del desarrollo establecen la importancia de la madre para la forma-

¹⁷ Específicamente el artículo 260 del Código Civil para el Estado de Sinaloa, vigente hasta el 7 de marzo de 2013, mencionaba lo siguiente: "El Juez en todo tiempo podrá modificar la determinación a que se refiere el Artículo anterior, atento a las nuevas circunstancias y a lo dispuesto en los artículos 423, 424 y 445, fracción III; pero siempre y aun tratándose de divorcio, los hijos e hijas menores de siete años, se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicare a actividades que atenten contra la moral y buenas costumbres, hubiere contraído el hábito de embriagarse o drogarse, tuviere alguna enfermedad contagiosa, o por su conducta ofreciere peligro grave para la salud, educación o la moralidad de sus hijos. [...] Los convenios a que se refieren el artículo anterior y los artículos 273 y 282 de este Código, no comprenderán a los hijos menores de siete años".

ción del menor en los primeros años de vida, lo que inclina la balanza en favor de ésta para efectos de la guarda y custodia. Con todo, corresponde al juzgador realizar caso por caso un examen de razonabilidad para determinar si en el caso concreto se justifica la privación de la guarda y custodia en atención a que se ponga en peligro al menor o imposibilite que la madre cumpla con los deberes que son inherentes a dicha institución jurídica, y que por tanto, son fundamentales para la protección más amplia del interés superior del menor.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. De acuerdo con la literatura especializada en la materia, ¿puede concluirse que sea válido otorgar preferencia a la madre en todos los casos para atribuir la guarda y custodia de un menor?
2. A la luz del principio constitucional del interés superior del menor y conforme a la literatura especializada y la teoría del apego, ¿puede concluirse que hay una presunción de idoneidad absoluta a favor de que la madre detente la guarda y custodia de los niños durante las primeras etapas de su vida, porque esta decisión corresponderá en todos los casos a su mayor beneficio?

Criterios de la Suprema Corte

1. El legislador válidamente puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor. Sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en función del estereotipo de género en el que la mujer resulta, *per se*, la persona más preparada para esa tarea.
2. No existe una presunción de idoneidad absoluta a favor de que la madre detente dicha guarda y custodia, consecuentemente, el juzgador deberá adoptar en el caso en concreto la decisión que no sólo sea menos perjudicial, sino la que sea más benéfica para el desarrollo integral del menor. Para lograr este objetivo el juez, bajo la plena observancia del interés superior del menor, deberá valorar en cada caso los múltiples factores que concurren en cada familia y las circunstancias que concurren en cada progenitor, determinando cuál sería el ambiente más propicio para el desarrollo integral del infante involucrado, atendiendo no sólo al menor perjuicio que se pudiera causar al mismo, sino al mayor beneficio que se le pueda generar.

Justificación de los criterios

1. La Primera Sala hizo un recuento de la evolución de los precedentes en los cuales la Suprema Corte de Justicia se ha enfrentado al estudio de una norma que otorga preferencia a la madre para designarla como la persona que se encargará de la guarda y custodia de

unos menores, así como de las implicaciones de esta cuestión a la luz del interés superior del menor contenido en el artículo 4o. constitucional. El desarrollo jurisprudencial en el tema reconoce la tendencia actual que "[...] marca el rumbo hacia una familia en la que sus miembros fundadores gozan de los mismos derechos y en cuyo seno y funcionamiento han de participar y cooperar a fin de realizar las tareas de la casa y el cuidado de los hijos. La mujer ha dejado de ser reducida al mero papel de ama de casa y, por el contrario, ejerce en plenitud, con libertad e independencia, la configuración de su vida y su papel en la familia." (Pág. 27, párr. 1).

Por lo mismo, la Primera Sala sostuvo que las decisiones sobre este tema no deben estar basadas en perjuicios de género, apartándose de la presunción que había prevalecido en otro momento bajo la cual se afirmaba que la realidad social y las costumbres imperantes en el núcleo social nacional apuntaban que la madre era más apta y capacitada para tener la guarda y custodia de los menores (pág. 27, párr. 2).

El principio del interés superior del menor debe guiar siempre cualquier discusión judicial sobre su guarda y custodia (pág. 28, párr. 2). Como este principio es un concepto jurídico indeterminado, la Primera Sala explicó que deben desarrollarse criterios para averiguar —racionalmente— en qué consiste y lograr su determinación en los casos concretos que se estudian por los jueces (pág. 28, párr. 3). Los conceptos jurídicos indeterminados pueden estructurarse en varias zonas: una de certeza positiva, otra de certeza negativa y una intermedia; la cual es más amplia en cuanto a su incertidumbre y ambigüedad, y en la que pueden tomarse decisiones como la elección del régimen de convivencia de un menor con sus padres (pág. 28, párr. 4).

Como puede verse en la literatura especializada y el derecho comparado, en la *zona intermedia*, los tribunales deberán identificar los límites del interés superior del menor en cada caso concreto, haciendo uso de valores o criterios racionales. Algunos de los criterios relevantes que se han desarrollado en el derecho comparado para determinar el interés superior de los niños cuando esté de por medio su situación familiar, son los siguientes: "a) se debe proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y a las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro." (Pág. 29, párr. 3).

En muchos casos los jueces también deberán hacer un estudio comparativo sobre varios intereses en conflicto. Para valorar el interés del menor, tendrán que examinar, minuciosamente, las circunstancias específicas, con el fin de tomar una decisión estable, justa y equitativa especialmente para el menor. Por eso, la Primera Sala ha reiterado que "[...] el

El desarrollo en la jurisprudencia constitucional sobre la preferencia a la madre para ejercer la guarda y custodia de los niños toma en cuenta la tendencia actual que marca el rumbo hacia una familia en la que sus miembros fundadores gozan de los mismos derechos. Las decisiones sobre el tema no deben estar basadas en estereotipos o perjuicios de género.

interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. (Énfasis en el original) (pág. 31, párr. 1). Para más claridad la sentencia estableció que "En definitiva, todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las que determinan las medidas a adoptarse, sino exclusivamente el bien de los hijos." (Pág. 31, párr. 2).

En este contexto, la Corte estableció también que "[...] **el legislador válidamente puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor.** Sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en función del estereotipo de género en el que la mujer resulta, *per se*, la persona más preparada para tal tarea." (Énfasis en el original) (pág. 31, párr. 3).

2. En la nota al pie 89 de la sentencia se dio cuenta de la literatura especializada consultada, presentando algunos conceptos y hallazgos desarrollados por los autores estudiados por la Primera Sala. Se introdujo el estudio de la teoría del apego —desarrollada por uno de los autores citados en dicha nota al pie y retomada en otros precedentes de la Corte, para explicar la relación de intercambios afectivos que se presentan entre madre e hijo, y la forma en la que la presencia y afecto maternos son constitutivos de la personalidad del menor a lo largo de diversas etapas de su desarrollo— y la forma en la que la ausencia materna puede desencadenar en "angustias psicóticas".

Para respaldar este último enunciado, la Corte refirió una serie de artículos publicados en revistas sobre psicología y desarrollo infantil, así como una tesis doctoral sobre la relación materno-filial en niños maltratados. De este análisis de la literatura especializada se concluyó que "en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza producen una identificación total del hijo con la madre. Y no solo nos referimos a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino —y como lo han ido desarrollando diversos especialistas en la materia a nivel internacional—, **el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro.**" (Énfasis en el original) (pág. 32, párr. 1).

Asimismo, se explicó que los expertos consultados en sus publicaciones especializadas para esta sentencia también han señalado que "pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individuación del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores [...]. El menor necesita tanto de su madre como de su padre aunque de modo diferente, en función de la edad. Ambos progenitores deben hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos." (Pág. 34, párr.2).

La Primera Sala interpretó así que "no existe una presunción de idoneidad absoluta a favor de que la madre detente dicha guarda y custodia, consecuentemente, el juzgador deberá adoptar en el caso en concreto la decisión que no sólo sea menos perjudicial, sino la que sea más benéfica para el desarrollo integral del menor." (Énfasis en el original) (pág. 34, párr. 4). Para ello, el juez, al decidir la norma que se aplicará en cada caso, debe atender los múltiples factores que concurren en cada familia, buscando lo que se entiende como más benéfico para el desarrollo integral de los hijos. En esta lógica, bajo el principio del interés superior del menor "la guarda y custodia no deberá ser otorgada, en automático y sin más razonamiento, a la madre, a pesar de la preferencia establecida por el legislador." (Pág. 35, párr. 2).

Sobre el planteamiento de inconstitucionalidad del artículo 260 del Código Civil para el Estado de Sinaloa se estimó en la sentencia que es posible realizar una interpretación conforme a los principios del interés superior del menor y de igualdad de género. En el entendido de la Primera Sala, si bien el legislador del Estado de Sinaloa estableció una serie de supuestos de excepción para la preferencia de que la madre tenga la guarda y custodia, el juzgador, para decidir a quién le corresponderá ésta, deberá valorar las especiales circunstancias que concurren en el padre y la madre y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral del menor, teniendo en cuenta cuál es el mayor beneficio que se le pueda generar (pág. 41, párr. 2).

1.2.3 Decisiones judiciales sobre guarda y custodia cuando involucran categorías sospechosas como las condiciones económicas y de salud

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2618/2013, 23 de octubre de 2013¹⁸

Hechos del caso

Una mujer demandó en un juicio familiar la guarda y custodia de sus hijas y otras prestaciones, como el pago de una pensión alimenticia. El padre de las niñas, al responder a la demanda, solicitó que se quitara a la madre la patria potestad de las niñas y se le diera a él su guarda y custodia. El juez de primera instancia decretó el divorcio solicitado por el padre y le asignó la guarda y custodia de las niñas; y entre otras cosas, decretó un régimen de visitas y convivencia con su madre.

Tanto el padre como la madre de las niñas apelaron la decisión. En una nueva resolución se dio la guarda y custodia a la madre. El padre de las niñas promovió un juicio de amparo en el cual argumentó que la madre no se encontraba en una situación de salud o econó-

¹⁸ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldivar.

mica adecuada para brindarles la mejor protección. El tribunal colegiado le dio la razón y la madre presentó un recurso de revisión que atrajo la Suprema Corte. Se resolvió dar el amparo a la madre de las niñas y que se emitiera una nueva sentencia que no estuviera basada en consideraciones sobre su salud física que no estuvieron sustentadas por evidencia científica para demostrar que sus circunstancias de salud la harían menos idónea que el padre para cuidar a sus hijas.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. En las decisiones judiciales que involucren la determinación de guarda y custodia de menores de edad, con base en las categorías sospechosas como las condiciones económicas y de salud de uno de los padres, ¿cómo debe asegurarse que no exista un trato discriminatorio en contra de alguno de éstos, protegiendo al mismo tiempo el interés superior de los niños?

Criterios de la Suprema Corte

1. Un uso justificado de las categorías protegidas por la Constitución será aquel que demuestre con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño. La situación de riesgo que se alegue debe ser probada, y no especulativa o imaginaria. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución. Debe comprobarse con evidencia técnica o científica el grado de afectación de salud de la madre y la manera en que dicha circunstancia la hiciera menos idónea que el padre para cuidar a sus menores hijas, de lo contrario, existirá un trato discriminatorio prohibido por la Constitución.

Justificación de los criterios

1. La madre de las niñas dijo en su recurso que debió asignarse a ella la guarda y custodia, salvo que se demostrara con pruebas que se causaría un perjuicio a los menores; que el tribunal colegiado violó el principio de no discriminación porque basó su decisión en su sobre la guarda y custodia de las menores en su situación económica y de salud; y que se interpretó incorrectamente el interés superior del niño porque se privilegió la opinión de sus hijas. La Corte encontró que tuvo razón en que existió un trato discriminatorio en su contra porque la decisión de negarle la guarda y custodia de sus hijas se fundamentó injustificadamente en su condición de salud.

En primer lugar, se recordó en la sentencia que es obligación de los jueces privilegiar el interés superior del niño en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados los

Para aplicar válidamente alguna de las categorías protegidas por el artículo 1o constitucional, como las condiciones económicas o de salud de una persona, debe demostrarse con pruebas científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño.

derechos de los niños, y que ese principio es "el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia" (pág. 17, párr. 1). Así, "en los juicios en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de los menores, el interés superior del niño le impone al juez resolver la controversia atendiendo a *lo que es mejor para el niño*" (pág. 20, párr. 2). (Énfasis en el original).

Con este criterio, la Corte determinó que fue correcta la interpretación que realizó el tribunal colegiado sobre la legislación aplicable en atención al interés superior del niño, pues la determinación de la guarda y custodia no debía otorgarse en automático a la madre, sin antes valorar qué situación resultaba más benéfica para las niñas (pág. 24, párr. 2).

Luego se estudió en la sentencia cómo se realizó la evaluación de la condición de salud y situación económica de la madre, a la luz de los principios de igualdad e interés superior del niño. Se utilizó la metodología empleada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el *Caso Atala Riffo*,¹⁹ con el fin de decidir si en una decisión judicial había existido un trato discriminatorio hacia una madre por su orientación sexual (pág. 25, párrs. 1 y 2). En el caso de estudio, la Corte aclaró que no se ponderaría si la madre o el padre de las niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, ni se valorarían las pruebas en los expedientes porque dichas cuestiones no podían ser analizadas en el amparo directo en revisión, sino que se determinaría únicamente si el tribunal colegiado violó el derecho a la no discriminación (pág. 26, párr. 2).

Alcances del derecho a la igualdad y no discriminación. La salud y situación económica como categorías protegidas.

El principio de igualdad está previsto en el artículo 1o. de la Constitución; así como una prohibición de discriminación. La Suprema Corte ha interpretado que "la igualdad constituye un principio derivado de la noción de idéntica dignidad de las personas, la cual prohíbe la discriminación en la distribución de derechos. Será discriminatoria la asignación de derechos si éstos se confieren distinguiendo situaciones de manera injustificada. Asimismo, y de acuerdo con la doctrina especializada, cuando el principio de igualdad se materializa en el contenido o en la aplicación de la ley, se le denomina *igualdad ante la ley*." (Pág. 29, párr. 2). (Énfasis en el original).

La igualdad constituye un principio derivado de la noción de idéntica dignidad de las personas, la cual prohíbe la discriminación en la distribución de derechos. Será discriminatoria la asignación de derechos si éstos se confieren distinguiendo situaciones de manera injustificada.

En este contexto, **"cuando la asignación de derechos se basa en alguna de las categorías protegidas por el artículo 1° constitucional, existe una sospecha de que la distinción es discriminatoria, por tanto se exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso"**

¹⁹ Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 254.

(pág. 30, párr. 3) (**énfasis en el original**). Las categorías sospechosas referidas incluyen la condición social y la salud (pág. 31, párr. 1). La utilización de estas categorías "debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la *sospecha* de ser inconstitucionales. En estos casos, puede decirse que las leyes que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una *presunción de inconstitucionalidad*. Con todo, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es su utilización de forma injustificada. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta." (Pág. 31, párr. 2). (Énfasis en el original).

Respecto al análisis de decisiones judiciales, en el que se asignan o niegan derechos con base en las categorías sospechosas, la CoIDH estableció en el caso *Atala Riffo* que "para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada "fundamental y únicamente" en la categoría alegada, sino que basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta para adoptar una determinada decisión. Asimismo, señaló que para analizar si la distinción es discriminatoria deben evaluarse en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato". (Pág. 32, pág. 2).

Se explicó aquí en la sentencia de la Suprema Corte que, entonces, para evaluar si la decisión judicial de guarda y custodia de las niñas estuvo motivada en la salud y en la condición económica de la madre, era necesario "**analizar los argumentos expuestos por del Tribunal Colegiado**, el lenguaje utilizado y el contexto en que se tomó la decisión judicial. Así, será posible determinar si existió un vínculo o nexo causal entre la salud y situación económica de la madre y la determinación de guarda y custodia" (pág. 33, párr. 2). (Énfasis en el original).

De la lectura de la decisión judicial en la cual se confirió la guarda y custodia al padre de las niñas, la Corte encontró que el tribunal colegiado motivó su resolución, entre otras cuestiones, en la salud y condición económica de la madre.

Respecto a su condición de salud, concluyó que la madre "no se encuentra en las mejores condiciones de salud, pues padece enfermedades que le generan un estado emocional y físico que no es el más conveniente para atender la alta responsabilidad que implica el cuidado de las menores" (pág. 119). El tribunal colegiado llegó a la anterior conclusión con base en las siguientes razones: "(i) que la madre se encuentra enferma de lupus y artritis, enfermedades que aunque no se pudieron justificar el grado de daños en el cuerpo y/o el tratamiento que se está siguiendo para su control, y aun estimando que son controlables, también es cierto que para su tratamiento se necesitan cuidados especiales (página 115), (ii) que también padece de neurosis pero que no toma pláticas que le permitan controlar dicho síndrome (Página 101), (iii) que tales enfermedades en ocasiones la imposibilitan físicamente para atender y estar pendiente de las necesidades de las

infantes (*sic*) (Páginas 88, 92, 93, 115 y 119) y, (iii) que dicha situación puede comprometer la integridad física y emocional de las menores (Página 93)". (Pág. 34, párr. 1).

Respecto a la situación económica de los padres de las niñas, el tribunal colegiado refirió que "derivado de la pericial en trabajo social y del análisis pormenorizado de dicha prueba, el padre tiene mejores condiciones económicas y sociales, analizando todo el entorno social y familiar en el que se desarrolla, sus actividades laborales, condiciones del inmueble donde habita, entorno familiar (redes de apoyo familiar), etcétera (Páginas 117 y 119)". (Pág. 35, párr. 1). (Énfasis en el original).

Se concluyó por la Suprema Corte que las consideraciones utilizadas por el tribunal colegiado y el lenguaje utilizado en la sentencia evidencian un vínculo entre las condiciones de salud y económicas de la madre y la decisión sobre la guarda y custodia, aun cuando se ponderaron también otros factores (pág. 36, párrs. 1 y 2).

Entonces, ¿la determinación de guarda y custodia con base en las categorías alegadas constituyó un trato discriminatorio en contra de la madre de las menores? Para responder a esta pregunta debe analizarse si la motivación esgrimida en la decisión sobre la guarda y custodia es adecuada para proteger el interés superior del niño, utilizando para el escrutinio los criterios establecidos por la Suprema Corte en los distintos precedentes en los que ha aplicado un test de igualdad (pág. 37, párr. 2). Así: "Un uso justificado de las categorías protegidas por la Constitución será aquel que evidencie con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un **impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño. La situación de riesgo que se alegue debe ser probada, y no especulativa o imaginaria. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución.** [...] Sólo en caso de que se pruebe la existencia de un riesgo para el desarrollo de los niños, podrá afirmarse que la ponderación de las categorías protegidas por la Constitución tiende a proteger el interés superior del niño. De otro modo su alegada protección resultaría especulativa y sin sustento alguno. Si, por el contrario, se demuestra tal situación de riesgo, entonces deberá privilegiarse al interés superior del niño frente a la diferencia de trato (pérdida de la guarda y custodia con motivo de dichas circunstancias), la cual, en tanto se encontraría justificada, no sería discriminatoria, (Pág. 38, párrs. 2 y 3). (Énfasis en el original).

Se explicó asimismo que "no es necesario que la circunstancia a ponderar genere un daño, sino que basta con que la misma 'aumente el riesgo' de que los bienes o derechos de los menores se vean afectados" (pág. 39, párr. 1).

Sobre el concepto de riesgo, la Corte notó que "Si éste se entiende simplemente como la posibilidad de que un daño ocurra en el futuro, es evidente que la eventualidad de que

una menor sufra una afectación estará siempre latente" (pág. 40, párr. 1). Sin embargo, "esta no es una interpretación muy razonable del concepto de 'riesgo.' De acuerdo con la literatura especializada, el aumento del riesgo "se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero". (Pág. 40, párr. 3).

Para la Corte, "la existencia del riesgo así considerado con base alguna de las condiciones protegidas por el artículo 1° de la Constitución General, no puede de ninguna manera ser especulativo o imaginario. Es decir, si la pérdida de guarda y custodia se motiva en la afectación que pueden sufrir los bienes y derechos de los niños porque alguno de sus padres se ubica en alguna de las denominadas categorías sospechosas, -como en el presente caso, en el que se pondera la condición de salud y situación económica de la madre-, dicho riesgo debe ser real, esto es, basado en evidencia técnica o científica, no en prejuicios o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres". (Pág. 41, párr. 3).

En resumen, "si el juez considera conveniente ponderar en las contiendas de guarda y custodia de los niños que alguno de los padres tiene ciertas características protegidas por el artículo 1° de la Constitución, debe evidenciar con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias hacen más probable que el niño se encuentre mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores. De otro modo, la decisión judicial motivada en alguna de dichas categorías resultaría injustificada y por tanto constituiría un trato discriminatorio. [...] Asimismo, en tanto no se pruebe que dicha circunstancia genera una situación de riesgo en los bienes o derechos de los menores, no puede considerarse que su ponderación en la decisión de guarda y custodia tienda a proteger al interés superior de la infancia." (Pág. 42, párrs. 1 y 2).

En el presente asunto, el tribunal colegiado afirmó que la situación de salud de la madre en ocasiones la imposibilita físicamente para atender y estar pendiente de las necesidades de sus hijas, lo cual es un riesgo para ellas. Se ponderó por ejemplo que la madre está enferma de Lupus y artritis, "enfermedades que aunque no se pudieron justificar el grado de daños en el cuerpo y/o el tratamiento que se está siguiendo para su control, y aun estimando que son controlables, también es cierto que para su tratamiento se necesitan cuidados especiales, y si la tercera se encuentra en tratamiento, lo conveniente es que las menores queden al cuidado de su progenitor." (pág. 43, párr. 1). (Énfasis en el original). Pero la Corte encontró que "el riesgo advertido por el juzgador no estuvo sustentado en evidencia técnica o científica con base en la cual pudiera afirmar que la madre es menos idónea que el padre para cuidar a las niñas" (pág. 43, párr. 2).

Por tanto, en el caso concreto "no se comprobó con base en evidencia técnica o científica el grado de afectación de salud de la madre y la manera en que dicha circunstancia la

hiciera menos idónea que el padre para cuidar a sus menores hijas, la decisión judicial sobre la guarda y custodia fue un trato discriminatorio en contra de la señora" (pág. 43, párr. 2). (Énfasis en el original).

1.3 Interés superior del menor y discriminación en los centros educativos

1.3.1 Discriminación escolar y Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad

SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 31/2018, 14 de noviembre de 2018²⁰

Hechos del caso

El padre de un niño presentó una queja ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) en contra de una escuela que le negó la reinscripción al segundo grado de secundaria a su hijo diagnosticado con Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH). A pesar de que el CONAPRED ordenó el cumplimiento de varias medidas administrativas y de reparación, la escuela demandó y obtuvo la nulidad de la resolución del Consejo.

El padre del niño promovió un amparo en contra de la resolución Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJA) alegando que su hijo estaba siendo discriminado indebidamente. El tribunal colegiado que conoció del asunto solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejercer su facultad de atracción. La Segunda Sala resolvió que la escuela había discriminado indebidamente al niño y entre otras cosas, que era inconstitucional exigir que se acreditara fehacientemente que padecía TDAH.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Qué es el Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad? ¿Qué efectos tiene esta condición neuropsiquiátrica en el desarrollo de la vida social y escolar de quienes la padecen?

2. ¿Fue correcta la determinación de la Sala del Tribunal que Federal de Justicia Fiscal y Administrativa sobre la determinación de que no se acreditó que la indisciplina del menor derivó de su condición de TDAH? ¿En quién recae la carga de la prueba cuando se alega que la negativa de reinscripción de un menor de edad a un nuevo grado escolar constituye un acto discriminatorio?

¿En quién recae la carga de la prueba cuando se alega que la negativa de reinscripción de un menor de edad a un nuevo grado escolar constituye un acto discriminatorio?

²⁰ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán.

Criterios de la Suprema Corte

1. El Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH) es una condición neuropsiquiátrica con etiología multifactorial y de inicio en la infancia caracterizado por la dificultad de poner atención, hiperactividad o impulsividad que puede persistir hasta la edad adulta, impactando diferentes áreas como la académica, laboral y social. La calidad de las relaciones sociales de estos niños es pobre, como resultado de su agresividad, de inatención a las normas sociales y de tendencia atribuir motivos hostiles a los otros. Lo cual produce que los niños y adolescentes con TDAH sean rechazados por otros y tratados de una manera negativa y controlada por sus iguales, profesores y padres. Cuando no son diagnosticados y carecen de un tratamiento adecuado, o bien, cuando éste no es el adecuado, se generan alteraciones en los menores, asociadas, entre otras cuestiones, con la desorganización, la agresividad física y verbal, el sesgo de atribución hostil, el rechazo social, la desmoralización, depresión y ansiedad, y también con ciertas dificultades en el aprendizaje y escaso rendimiento académico.

Las instituciones educativas tienen la carga de la prueba para demostrar de una manera cierta y contundente que la indisciplina de un niño no está causada por una discapacidad, lo que debe realizarse a partir de un análisis basado en evidencia científica.

2. Las instituciones educativas tienen la carga de la prueba para demostrar de una manera cierta y contundente que la indisciplina de un niño no está causada por una discapacidad (como el TDAH), lo que debe realizarse a partir de un análisis basado en evidencia científica. Cuando en este tipo de casos se deba acreditar que una exclusión no es discriminatoria, la carga de la prueba recae en la autoridad o institución educativa que ha afectado el derecho fundamental a la educación inclusiva del alumno con discapacidad. Además, la exclusión o denegación de servicios escolares a personas con discapacidad debe analizarse con base en un enfoque especializado y reforzado de equidad no sólo jurídica, sino sustantiva o de facto, a fin garantizar de manera efectiva el derecho a la educación inclusiva. Ya que es fundamental evitar la generación de prácticas discriminatorias, que se justifiquen en razones aparentemente neutrales, para excluir a alumnos con discapacidad por motivos de indisciplina.

Justificación de los criterios

1. Para conocer cuáles son las afectaciones que conlleva el TDAH, la Suprema Corte tomó en consideración que, de acuerdo con el Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz –organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, agrupado en el Sector Salud, que tiene como principal objeto la investigación científica en el campo de la salud, la formación y capacitación de recursos humanos calificados y la prestación de servicios de atención médica de alta especialidad para todo el territorio nacional–, el TDAH o Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad es **"una condición neuropsiquiátrica con etiología multifactorial y de inicio de la infancia caracterizado por la dificultad de poner atención, hiperactividad o impulsividad que puede persistir hasta la edad adulta, impactando diferentes áreas como la académica, laboral y social"**. (Pág. 42, párr. 1). (Énfasis en el original).

A causa de esta condición neuropsiquiátrica, por el déficit de atención, el menor de edad: "(I) Cuenta con una frecuente **'incapacidad para prestar atención a los detalles junto a errores por descuido en las labores escolares'** y otras actividades; (II) A menudo tiene **'dificultades para mantener la atención en tareas [...] aparenta no escuchar lo que se dice'**; (III) Tiene imposibilidad frecuente **'para cumplir con las tareas escolares asignadas u otras misiones que le hayan sido encargadas'** –no originado por un comportamiento deliberado de oposición ni por una dificultad para entender las instrucciones–; y (IV) A menudo **'se distrae por estímulos irrelevantes'**." (Pág. 42, párr. 2). (Énfasis en el original).

A causa de la hiperactividad e impulsividad que genera esta condición, el niño o adolescente: (I) "Muestra **'inquietud con movimientos de manos o pies removiéndose en su asiento'**"; (II) A menudo **'abandona el asiento en la clase o en otras situaciones en las que se espera que permanezca sentado'**; (III) A menudo **'corre o salta excesivamente'** en situaciones en las que es inapropiado hacerlo; y (IV) A menudo **'tiene dificultades para jugar o dedicarse tranquilamente a actividades de ocio'**; (V) Con frecuencia hace exclamaciones o responde antes de que se le haga las preguntas completas; (VI) A menudo es incapaz de guardar un turno en las colas o en otras situaciones de grupo; y (VII) A menudo interrumpe o se entromete en los asuntos de otros." (Pág. 43, párr. 1). (Énfasis en el original).

Con base en los efectos que el TDAH tiene en el desarrollo de la vida escolar y social de quienes padecen esta condición, la Sala concluyó que "la calidad de las relaciones sociales de estos niños y adolescentes con sus hermanos, compañeros, padres y adultos **'es pobre, como resultado de su agresividad, de inatención a las normas sociales y de tendencia atribuir motivos hostiles a los otros'**. Lo cual produce que los niños y adolescentes con TDAH sean **'rechazados por otros y tratados de una manera negativa y controlada por sus iguales, profesores y padres'**. Sus familias experimentan estrés, sentimientos de incompetencia y discordias matrimoniales a causa de estas conductas socialmente perturbadoras." Adicionalmente, cuando los niños o adolescentes con TDAH no son diagnosticados y carecen de un tratamiento adecuado, o bien, cuando éste no es el adecuado, la Sala advirtió que "se generan alteraciones en los menores asociadas (*sic*), entre otras cuestiones, con: la desorganización, **'agresividad física y verbal'**, sesgo de atribución hostil, rechazo social, desmoralización, depresión y ansiedad, así como **'dificultades en el aprendizaje y escaso rendimiento académico'**." (Págs. 43, párr. 2; pág. 44, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

2. Bajo un parámetro de razonabilidad, la Corte advirtió en relación con los testimonios de los profesores del menor que existía "un nexo causal entre el padecimiento de TDAH y las conductas atípicas del menor de edad en el centro escolar y que, precisamente, fueron el fundamento por el cual la institución educativa decidió excluir al quejoso de la institución educativa". La Sala desprendió de los reportes de conducta de 5 profesores y profesoras que fueron aportados al procedimiento administrativo que las faltas de disciplina del

adolescente quejoso consisten, sustancialmente, en diversas conductas desplegadas por el adolescente y, que fueron motivo de preocupación en el centro escolar que "tienen una estrecha relación con las diversas que comporta el déficit de atención, impulsividad e hiperactividad que genera el TDAH." (Págs. 44, párrs. 3 y 4, y 45, párr. 1). (Énfasis en el original). Incluso respecto de las conductas agresivas que desplegó tanto contra sus compañeros, como contra sus docentes, la Sala consideró que "se debe tener en cuenta el Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad –TDAH– al no ser tratado adecuadamente, genera en los niños y adolescentes alteraciones asociadas, entre otras cuestiones, con 'agresividad física y verbal' y 'sesgo de atribución hostil.'" Por estas razones, la Corte consideró que resultaba ilegal que la Sala responsable haya determinado que no se encontraba demostrado plenamente que la indisciplina escolar del menor derivaba de su discapacidad." (Pág. 46, párrs. 3 y 4). (Énfasis en el original).

En este mismo sentido, la Sala resaltó que "el instituto educativo no cumplimentó con su carga probatoria de demostrar que la indisciplina del quejoso fuera generada por cuestiones ajenas al TDAH" (pág. 46, párr. 5). "Lo anterior, ya que el único indicio que presentó el colegio para acreditar que la conducta del alumno no se encontraba vinculada con discapacidad –TDAH–, fue el documento titulado 'Educación en el Colegio: medidas adoptadas, recomendaciones y sugerencias a seguir por los padres de familia', signado por la psicóloga, quien en observaciones indicó que el alumno se percibe con poco control de su comportamiento, muy probablemente producto de su situación familiar, 'sin que se hiciera una afirmación cierta y contundente relativa a que su comportamiento se desvincula totalmente de su discapacidad (TDAH)' pues señaló que sólo era una 'probabilidad'; además de que la psicóloga 'no realizó un análisis técnico acerca del por qué se descarta que sus conductas provengan de su discapacidad (TDAH):'" (Pág. 47, párr. 1). (Énfasis en el original).

Para respaldar su determinación, la Sala resaltó que, como quedó demostrado con apoyo de la ciencia médica, "el déficit por atención, la impulsividad, así como la hiperactividad que derivan del TDAH se encuentran estrechamente interrelacionadas con el tipo de conducta 'atípica' o 'irregular' que se le reprocha al educando y, por otra, porque **a quien le correspondía la carga probatoria de demostrar que tal actuar del alumno no era producto de su discapacidad, era a la institución educativa**, ya que fue ésta quien afirmó, en el procedimiento administrativo, que la denegación del servicio escolar "no fue por la discapacidad del alumno" sino por su conducta violenta; de ahí que correspondía al colegio aportar todas las pruebas necesarias que sustentaran tal afirmación." (Pág. 47, párr. 3). (Énfasis en el original).

Sobre a quien le corresponde la carga de la prueba para acreditar que esa exclusión no es discriminatoria, la Segunda Sala consideró que ésta "**debe recaer en la autoridad o institución educativa** que ha afectado el derecho fundamental a la educación inclusiva del alumno con discapacidad –quien deberá acreditar que esa afectación no deriva de la

discapacidad del alumno, sino de factores ajenos a ello." (Pág. 48, párr. 2). (Énfasis en el original).

Para la Sala, lo anterior es así porque, a su consideración, "las estrategias más efectivas y perniciosas para llevar a cabo actos discriminatorios dentro de un Estado, son aquellas que se realizan o disfrazan 'en términos neutrales'; esto es, de manera sutil y aparentemente ajenas a la discapacidad de las personas; pero cuyas consecuencias afectan desproporcional e indebidamente, precisamente, a las personas que cuentan con esa condición –discriminación indirecta–." (Pág. 48, párr. 3). (Énfasis en el original).

Por estos motivos, la Sala concluyó adicionalmente que "el pretender que la persona acredite, fehacientemente, que es su condición de discapacidad la causante de prácticas que se consideran inadecuadas o proscritas por la educación educativa, permitiría no sólo que las instituciones educativas, ya públicas, ya privadas, excluyan libremente a alumnos con discapacidad, pretextando la aplicación de una política escolar 'neutra' de disciplina que deben observar todos los educandos –sin tomar en cuenta las barreras sociales y conductuales que tengan algunas personas–, sino que además, los liberaría de su obligación de tomar ajustes razonables para respetar el derecho a la educación inclusiva de alumnos con diferentes necesidades". (Pág. 49, párr. 2). (Énfasis en el original).

Por último, la Sala recalcó que para evitar la vulneración al derecho fundamental a la educación inclusiva, es sumamente relevante "aproximarse a la exclusión o denegación de servicios escolares a personas con discapacidad, a partir de un enfoque especializado y reforzado de equidad no sólo jurídica, sino sustantiva o de facto, **a fin de evitar la generación de prácticas discriminatorias que pudiesen ser 'aceptables' atendiendo a razones 'neutrales' de exclusión; como lo es, la indisciplina de un alumno con discapacidad**." (Pág. 49, párr. 3). De ahí que resultara ilegal la determinación de que no se acreditó que la indisciplina del menor derivó de su condición de TDAH." (Pág. 50, párr. 1). (Énfasis en el original).

1.3.2 Bullying (acoso escolar) y responsabilidad civil de los centros educativos

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 35/2014, 15 de mayo de 2015²¹

Bullying (acoso escolar) y responsabilidad civil de los centros educativos

Hechos del caso

Una mujer demandó a un instituto educativo y a una de sus profesoras una indemnización por el daño psicológico ocasionado a su hijo menor de edad, causado por diversas agre-

²¹ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

siones físicas y psicológicas ocurridas durante su estancia en el sitio. La madre basó su reclamo, por un lado, en la omisión de cuidado de la escuela y, por otro, en la incitación al acoso escolar, abuso, hostigamiento y violencia de la profesora en contra del niño de siete años. En su demanda señaló que las agresiones que sufrió su hijo estuvieron relacionadas con el hecho de que el menor presentaba indicadores de Trastorno de Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH). Los tribunales que conocieron del caso en diferentes instancias decidieron absolver al instituto y a la profesora codemandados porque determinaron que las pruebas aportadas desde el inicio del juicio (una prueba pericial en psicología, una prueba pericial en sociología y la opinión del menor), no lograron acreditar que hubiera habido un maltrato físico y psicológico, incitación al *bullying* o acoso escolar, o discriminación hacia el niño.

La madre del niño interpuso una demanda de amparo directo en la cual alegó que se violaron los derechos del niño a la educación y la no discriminación y que en la sentencia no se valoraron correctamente las pruebas periciales que demostraron el acoso escolar, a la luz del principio del interés superior del menor. A solicitud del Tribunal Colegiado de la Suprema Corte atrajo el caso porque consideró que había elementos de interés e importancia para establecer criterios respecto de la responsabilidad civil por maltrato escolar o *bullying*, incluyendo el estándar de prueba que debe adoptarse en asuntos donde se alegue ese problema.

La Primera Sala de la Corte se preguntó, para entrar al estudio de fondo del asunto, si en la sentencia que reclamó la madre del niño se protegió el interés superior del menor al analizar si existió responsabilidad civil por parte de la escuela y la profesora como consecuencia del acoso escolar. El estudio del caso se dividió en los siguientes temas: la explicación fenómeno *bullying* y su complejidad; doctrina constitucional mexicana sobre la protección reforzada que merecen los derechos de los niños, y su relación con el fenómeno de acoso escolar; el test para acreditar la responsabilidad por *bullying*; y la indemnización que les corresponde a las víctimas de este maltrato.

Se resolvió que el niño sufrió acoso escolar, incitado y fomentado por su profesora, y al que no respondió apropiadamente la escuela y su personal educativo. La Primera Sala consideró que el acoso escolar, la violencia, el hostigamiento, la segregación, las burlas y la exclusión social que sufrió el menor, a sus siete años, fueron corroborados, además, por lo narrado por la madre y el niño, con el material probatorio que incluyó distintas periciales en psicología y un estudio sociológico que afirmaron la existencia de maltrato escolar hacia el niño porque fue objeto de burlas, malos tratos y comentarios por parte, tanto de sus compañeros como de su profesora. En la sentencia se estableció detalladamente la cuantificación de la indemnización a pagarse al niño por el daño moral patrimonial y extrapatrimonial causado por el acoso escolar, que causó una afectación severa y grave a sus derechos a la integridad física, a la educación y a la no discriminación.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Qué es y cómo puede probarse el *bullying* o acoso escolar?
2. ¿Cómo debe valorarse la responsabilidad civil en casos de *bullying* o acoso escolar y bajo qué tipo de estándar probatorio?
3. ¿Cómo debe probarse el daño moral derivado del *bullying* o acoso escolar y a quién corresponde la carga de la prueba?

Criterios de la Suprema Corte

1. A partir de la literatura especializada en la materia, el *bullying* o acoso escolar puede definirse como **"todo acto u omisión que de manera reiterada agrede física, psicoemocional, patrimonial o sexualmente a una niña, niño, o adolescente; realizado bajo el cuidado de las instituciones escolares, sean públicas o privadas"**. (Énfasis en el original) (pág. 25, párr. 2). Para que el maltrato adquiriera el carácter de acoso escolar, éste debe presentarse de manera reiterada en la institución educativa o en aquellos espacios en los que los alumnos se encuentren bajo el cuidado y vigilancia del personal de la escuela. De acuerdo con la literatura especializada, las conductas relacionadas con el acoso escolar pueden tratarse de segregación, peleas, manipulación psicológica, burlas, provocaciones, el uso de apodosos hirientes, la violencia física o la exclusión social. Estas conductas son fuertes indicios para probar la existencia del acoso escolar. Puede probarse mediante pruebas periciales en áreas de especialidad como la psicología y sociología.

A partir de la literatura especializada en la materia el *bullying* o acoso escolar puede definirse como "todo acto u omisión que de manera reiterada agrede física, psicoemocional, patrimonial o sexualmente a una niña, niño, o adolescente; realizado bajo el cuidado de las instituciones escolares, sean públicas o privadas". Para que el maltrato adquiriera el carácter de acoso escolar, debe presentarse de manera reiterada en la institución educativa o en aquellos espacios en los que los alumnos se encuentren bajo el cuidado y vigilancia del personal de la escuela.

2. El test adecuado para evaluar la responsabilidad, tratándose de *bullying* escolar, debe ser el mismo que se realiza para la responsabilidad subjetiva. Cada uno de sus componentes deberá evaluarse a partir de la protección reforzada que merecen los derechos de los niños a la dignidad, la educación y la no discriminación. La aplicación de dicho test dependerá del tipo de responsabilidad demandada. Es apropiado aplicar un estándar disminuido tanto para la atribución de responsabilidad como para la valoración de los hechos constitutivos de *bullying*.

El test adecuado para evaluar la responsabilidad tratándose de *bullying* escolar debe ser el mismo que se realiza para la responsabilidad subjetiva y cada uno de sus componentes deberá evaluarse a partir de la protección reforzada que merecen los derechos de los niños a la dignidad, la educación y la no discriminación. La aplicación de dicho test dependerá del tipo de responsabilidad demandada. Es apropiado aplicar un estándar disminuido tanto para la atribución de responsabilidad como para la valoración de los hechos constitutivos de *bullying*.

En caso de que se demande *bullying* por acciones o conductas de agresión, deberá corroborarse: 1) el acoso a la víctima, es decir, si se acredita la existencia del *bullying* y si éste puede atribuirse a agresores en específico (profesores o alumnos); 2) el daño físico o psicológico que sufrió el menor; y 3) el nexo causal entre la conducta y el daño.

Cuando se demanden omisiones de cuidado a la escuela, el hecho ilícito o la conducta dañosa, será la negligencia del centro escolar; en dicho caso deberá corroborarse: 1) La existencia del *bullying*; 2) la negligencia de la escuela para responder al acoso escolar; 3) el daño físico o psicológico, y 4) el nexo causal entre la negligencia y el daño. Respecto al estándar que

debe aplicarse para determinar la responsabilidad de los centros escolares, que una vez demostrado que el *bullying* ocurrió en una situación bajo el control de la escuela, será el centro educativo el que tendrá que mostrar que cumplió con la debida diligencia que le exige la prestación del servicio educativo.

3. El daño moral que sufre un niño como consecuencia del *bullying* se acredita cuando diversas agresiones que, incluso siendo en sí y por separado leves, terminen produciendo menoscabo a la integridad moral al ejecutarse de manera reiterada, sistemática y habitual. El daño moral debe ser probado por el demandante y debe mostrar que presenta algunas de las afectaciones psicológicas relacionadas con el *bullying* (como depresión, baja de calificaciones, baja autoestima, etc.) en un amplio catálogo de sintomatología relacionada con el acoso escolar. Para probar dichas afectaciones basta que se alleguen a periciales en psicología. El juez deberá valorar prudencialmente los aspectos cualitativos del daño causado a la víctima conforme a pruebas periciales en psicología que determinen el tipo de derecho o interés lesionado y la existencia de un daño y su gravedad.

Justificación de los criterios

1. De acuerdo con la definición más aceptada en la literatura científica citada en la sentencia, hay cuatro criterios que identifican el *bullying*, aunque no hay un consenso unificado sobre cuándo ocurren todos estos factores. Primero, una acción de hostigamiento. Segundo, la intención de dañar. Tercero, de manera repetida a lo largo del tiempo. Cuarto, que suponga un desequilibrio de poder (pág. 23, párr. 1). Del análisis de las fuentes científicas consultadas, la Primera Sala definió el *bullying* escolar como **"todo acto u omisión que de manera reiterada agrede física, psicoemocional, patrimonial o sexualmente a una niña, niño, o adolescente; realizado bajo el cuidado de las instituciones escolares, sean públicas o privadas."** (Énfasis en el original) (pág. 26, párr. 1).

Para que el maltrato adquiriera el carácter de acoso escolar, éste debe presentarse de manera reiterada en la institución educativa o en aquellos espacios en los que los alumnos se encuentren bajo el cuidado y vigilancia del personal de la escuela (pág. 49, párr. 2). De acuerdo con la literatura especializada, las conductas relacionadas con el acoso escolar pueden tratarse de segregación, peleas, manipulación psicológica, burlas, provocaciones, el uso de apodosos hirientes, la violencia física o la exclusión social. Estas conductas pueden ocurrir de forma fragmentaria, oscura o confusa, con apariencia de un incidente aislado (pág. 49, párr. 4). Para la Primera Sala estas conductas son fuertes indicios para probar la existencia del acoso escolar. **"Así, si en un caso se demuestra la ocurrencia de agresiones verbales o físicas, con un carácter más o menos reiterado, será válido presumir que existe una situación de acoso."** (Énfasis en el original) (pág. 50, párr. 1).

En el caso específico se demostró con las pruebas periciales en psicología y sociología y las opiniones de la madre y el menor, que éste sufrió un maltrato físico y psicológico dentro

de su centro escolar, a partir de ser objeto de burlas, malos tratos y comentarios por parte tanto de sus compañeros como de sus profesoras.

2. La Primera Sala estudió también si, en el caso concreto y de acuerdo con el estándar de protección reforzada de los menores en situaciones de especial vulnerabilidad, se acreditó la responsabilidad civil por el daño moral que sufrió el niño. Este análisis se refiere al daño causado por las conductas de la profesora del niño y por la negligencia de la escuela y su personal educativo para remediar la situación de *bullying*.

Se definió que el test adecuado para evaluar la responsabilidad tratándose de *bullying* escolar debe ser el mismo que se realiza para la responsabilidad subjetiva y cada uno de sus componentes deberá evaluarse a partir de la protección reforzada que merecen los derechos de los niños a la dignidad, la educación y la no discriminación. La aplicación de dicho test dependerá del tipo de responsabilidad demandada (pág. 47, párr. 1).

En caso de que se demande *bullying* por acciones o conductas de agresión, deberá corroborarse: 1) el acoso a la víctima, es decir, si se acredita la existencia del *bullying* y si éste puede atribuirse a agresores en específico (profesores o alumnos); 2) el daño físico o psicológico que sufrió el menor; y 3) el nexo causal entre la conducta y el daño (pág. 47, párr. 2).

Cuando se demanden omisiones de cuidado a la escuela, el hecho ilícito o la conducta dañosa, será la negligencia del centro escolar; en dicho caso deberá corroborarse: 1) La existencia del *bullying*; 2) la negligencia de la escuela para responder al acoso escolar; 3) el daño físico o psicológico, y 4) el nexo causal entre la negligencia y el daño (pág. 48, párr. 1).

La Primera Sala encontró también que el marco jurídico aplicable y la doctrina constitucional sobre los derechos de los niños establece claramente la responsabilidad de los centros docentes de garantizar espacios seguros para que los menores puedan cursar sus estudios libres de agresiones y que la supervisión y vigilancia adecuada de lo que ocurre en los centros escolares son acciones legítimamente exigibles a profesores y directivos, sobre todo cuando los daños que ha sufrido un niño pudieron evitarse si el centro escolar hubiera actuado diligentemente (pág. 66, párr. 3).

Así, respecto al estándar que debe aplicarse para determinar la responsabilidad de los centros escolares, la Suprema Corte decidió que una vez demostrado que el *bullying* ocurrió en una situación bajo el control de la escuela, será el centro educativo el que tendrá que demostrar que cumplió con la debida diligencia que le exige la prestación del servicio educativo (pág. 68, párr. 3). En suma, la carga de la prueba de diligencia para probar que el centro educativo hizo todo lo que estaba a su alcance para diagnosticar, prevenir, intervenir y modificar las conductas de acoso escolar a un menor bajo su cuidado, recae en el centro educativo. El desplazamiento de la carga de la prueba "se justifica en atención

a los principios de 'facilidad probatoria', y a la dificultad para la víctima de probar un hecho negativo: que el centro educativo no cumplió con los deberes que tenía a su cargo." (Pág. 65, párr. 2).

En cuanto a la prueba del daño moral, "el *bullying* escolar puede afectar derechos o intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, en el segundo caso estaremos ante un daño moral. Dicho daño en sentido amplio, tiene tanto consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales, las cuales a su vez pueden ser presentes o futuras". Tratándose del *bullying*, como lo expone la literatura especializada, el daño moral se actualiza por "toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito...". Así, "se acreditará el daño moral del niño por *bullying* cuando diversas agresiones que incluso siendo en sí y por separado leves, terminen produciendo menoscabo a la integridad moral al ejecutarse de forma reiterada, sistemática y habitual"

3. En cuanto a la prueba del daño moral, la Corte definió que **"el *bullying* escolar puede afectar derechos o intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, en el segundo caso estaremos ante un daño moral. Dicho daño en sentido amplio, tiene tanto consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales, las cuales a su vez pueden ser presentes o futuras."** (Énfasis en el original) (pág. 76, párr. 2). Cuando el daño moral deba ser probado, éste puede acreditarse mediante pruebas periciales en psicología y otros dictámenes periciales que puedan dar cuenta de su existencia (pág. 76, párr. 4). Tratándose del *bullying*, como lo expone la literatura especializada, "el daño moral se actualiza por 'toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito [...]'" (Pág. 77, párr. 1). Así, **"se acreditará el daño moral del niño por *bullying* cuando diversas agresiones que incluso siendo en sí y por separado leves, terminen produciendo menoscabo a la integridad moral al ejecutarse de forma reiterada, sistemática y habitual."** (Énfasis en el original) (pág. 78, párr. 2).

De acuerdo con la doctrina constitucional de otros países, para probar la existencia de dicho daño se han establecido diversas presunciones y estándares de prueba. Para la Primera Sala, el daño moral debe ser probado por el demandante, mostrando que presenta algunas de las afectaciones psicológicas relacionadas con el *bullying* (como depresión, baja de calificaciones, baja autoestima, etc.), en un amplio catálogo de sintomatología relacionada con el acoso escolar. Para probar dichas afectaciones basta que se alleguen periciales en psicología (pág. 79, párr. 3).

La Sala tuvo por demostrada la responsabilidad civil de la escuela y la profesora. Se probó que las agresiones verbales y físicas que se causaron al niño fueron incitadas, alentadas y motivadas, en parte, por su profesora y que dañaron gravemente la integridad y moral del menor. También se decidió que esas conductas y consecuencias pudieron ser evitadas si el instituto escolar hubiera cumplido con sus deberes de cuidado, exigidos tanto por las normas de derechos humanos como por distintos instrumentos administrativos (pág. 83, párr. 3).

En cuanto a la determinación de la indemnización al niño por el daño moral causado como consecuencia del acoso escolar, de acuerdo con la Primera Sala "lo que se persigue es no desconocer que la naturaleza y fines del daño moral **'no permite una cuantificación absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resulta de una mera enunciación de pautas, realizadas de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado al que se arriba.'**" (Énfasis en el original) (pág. 91, párr. 1). También se estableció que "La suma que se imponga debe ser

razonable, cumplir con el objeto de reparar pero también de disuadir, imponiendo reparaciones responsables, justificadas y debidamente motivadas en las consideraciones antes señaladas." (Pág. 91, párr. 2).

El juez deberá valorar prudencialmente los aspectos cualitativos del daño causado a la víctima conforme a pruebas periciales en psicología que determinen el tipo de derecho o interés lesionado y la existencia de un daño y su gravedad (pág. 92, párr. 1).

Por lo que hace al tipo de derecho o interés lesionado, cuando se trata de intereses patrimoniales puede asignarse como cuantificador de este aspecto del daño una afectación leve, media o severa (pág. 92, párr. 3). En este caso, las pruebas periciales en psicología demostraron que se causó una afectación severa a los sentimientos, afectos e integridad psíquica del niño, violaron sus derechos a la dignidad humana, integridad, no discriminación y educación (pág. 92, párr. 4). La afectación fue severa porque se trata de derechos que merecen una protección especialmente reforzada en tanto que se trata de un menor edad con necesidades especiales por estar diagnosticado con TDAH (pág. 93, párr. 1).

En cuanto a la existencia del daño y su gravedad para el niño, la Corte precisó que se refiere a "el grado de la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima. **La gravedad del daño puede calificarse de normal, media o grave.**" (Énfasis en el original) (pág. 93, párr. 2). En este caso, las pruebas periciales comprobaron que el niño sufrió trastornos como angustia, ansiedad, depresión, baja autoestima, fobias nocturnas, regresiones oníricas, sensaciones de debilidad o inadaptación y dificultad para relacionarse con otras personas. "Tales elementos permiten acreditar un nivel de afectación **grave, en tanto se modificó el comportamiento social del niño, ya que afectó profundamente su vida familiar y escolar.**" (Énfasis en el original) (pág. 93, párr. 3).

1.4 Interés superior del menor y elección del tratamiento médico idóneo

SCJN, Primera Sala, Amparo Revisión 1049/2017, 15 de agosto de 2018²²

El derecho a la salud de los niños frente a las creencias religiosas de los padres

Hechos del caso

Una niña de seis años ingresó a un hospital en condiciones de emergencia y fue diagnosticada con una posible leucemia linfoblástica aguda. La doctora responsable informó a los padres del estado de salud grave de su hija, así como del tratamiento médico que

²² Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

consideraba idóneo, incluyendo la realización de transfusiones sanguíneas. Los padres de la niña, pertenecientes a la etnia rarámuri y practicantes de la religión de los Testigos de Jehová, expresaron su deseo de buscar una medida alternativa de tratamiento porque la transfusión de sangre es contraria a su fe.

A solicitud de la trabajadora social del hospital se dio parte de la situación a la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial Morelos, Chihuahua (en adelante la Subprocuraduría), cuyos representantes iniciaron un procedimiento administrativo de protección de menores con base en tres factores: i) el diagnóstico de posible leucemia linfoblástica aguda; ii) la necesidad inmediata de que la niña recibiera transfusiones sanguíneas para salvar su vida a juicio de los especialistas; y iii) la negativa de sus padres a que se realizara el tratamiento médico prescrito. La Subprocuraduría ordenó que la tutela de la niña estuviera provisionalmente a su favor, con el fin de autorizar los tratamientos médicos que fueran necesarios para salvar su vida.

La niña ingresó a terapia intensiva y se inició el tratamiento recomendado por los médicos, incluyendo las transfusiones sanguíneas. Durante su estancia en el hospital se confirmó el diagnóstico médico de leucemia linfoblástica aguda. La doctora, la trabajadora social del hospital y la titular de la Subprocuraduría informaron a los padres que la niña necesitaba someterse a un tratamiento de quimioterapia, que posiblemente implicaría también la realización de más transfusiones sanguíneas. Los padres de la niña respondieron que necesitaban una segunda opinión médica. La doctora aceptó entrevistarse con otro médico que tuviera la misma especialidad, pero indicó que era urgente iniciar la quimioterapia de inmediato para salvar la vida de la niña. Como los padres se negaron, la Subprocuraduría autorizó el inicio del tratamiento.

La madre de la niña, por su propio derecho y en representación de su hija, interpuso un juicio de amparo en contra de la decisión de la Subprocuraduría de asumir la tutela de la niña y autorizar los tratamientos médicos mencionados. Argumentó que la Subprocuraduría desplazó injustificadamente su derecho a tomar decisiones sobre su hija y que no se respetaron las creencias religiosas de los padres, ni su decisión de no iniciar la quimioterapia hasta tener una segunda opinión médica o la certeza de que no existía un tratamiento alternativo que pudiera practicarse a la niña, sin que se le proporcionara ninguna información al respecto. También refirió que se violó su derecho a la igualdad, porque la Subprocuraduría y el hospital la discriminaron por ser una mujer indígena de la etnia rarámuri y profesar la religión de los Testigos de Jehová.

El juez de distrito concedió el amparo al considerar que las evaluaciones psicológicas que se realizaron a los padres de la niña y las demás circunstancias del caso no demostraron negligencia en el cuidado de la niña, además de que nunca se les presentó una alternativa de tratamiento. Concluyó que los médicos y las autoridades de la Subprocuraduría actuaron de manera discriminatoria y que en adelante debería de respetarse la voluntad de los

padres de implementar tratamientos alternativos y, únicamente, en caso de ser urgente o necesario —esto es, si los tratamientos alternativos fallaran y como último recurso—, podrían implementarse transfusiones sanguíneas. La Subprocuraduría y el hospital interpusieron un recurso de revisión que fue turnado por el Tribunal Colegiado a la Suprema Corte de Justicia.

La Suprema Corte se preguntó en este caso cuáles son las condiciones en las que puede permitirse, de acuerdo con la Constitución, que las autoridades del Estado desplacen el derecho de los padres a decidir, sobre la base de sus creencias religiosas, cuestiones relacionadas con la salud de sus hijos en casos de urgencia médica en los cuales está en riesgo la salud e incluso la vida de un menor de edad.

La Corte apuntó que la Constitución reconoce a los padres el derecho de tomar decisiones sobre salud y religión por sus hijos menores de edad, pero que este espacio de autonomía tiene como límite la afectación a los derechos a la vida y a la salud de los niños. Así, el Estado puede interferir válidamente en la autonomía parental para tomar decisiones por los padres cuando la decisión de los progenitores ponga en riesgo la vida o la salud de los hijos. Para la Corte, la puesta en riesgo de la vida de un niño se actualiza cuando los padres se rehúsan a seguir el tratamiento médico idóneo para salvar la vida de su hijo menor de edad privilegiando sus creencias religiosas. El tratamiento médico idóneo para salvar la vida es aquel que ya ha sido acreditado por la comunidad médica como el procedimiento más efectivo para tratar determinada condición letal: se trata de una intervención médica que no presenta una disputa científica sustancial sobre su eficacia y confiabilidad.

La Primera Sala de la Corte resolvió que la salud de los menores de edad en contextos médicos es la máxima consideración, por lo que revocó la sentencia recurrida, confirmando la decisión de las autoridades demandadas de asumir la tutela de la niña y aplicar el tratamiento que los médicos consideraron idóneo para salvar su vida.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. Cuando deben tomarse decisiones médicas para proteger derechos fundamentales de los menores de edad y resolver tensiones potenciales entre los mismos, ¿cómo puede saberse cuál es el tratamiento médico idóneo para salvar su vida?
2. ¿Cuándo puede decidirse la aplicación de un tratamiento médico alternativo al que los médicos que tratan a un menor de edad recomiendan como el idóneo conforme a la *lex artis* médica?
3. Cuando los padres pongan en riesgo la vida de un menor de edad al priorizar cuestiones como sus creencias religiosas por encima del tratamiento idóneo que debe aplicarse, ¿puede el Estado intervenir válidamente la autonomía parental y corregir las decisiones de los padres que ponen en riesgo la vida del niño?

Criterios de la Suprema Corte

1. Un tratamiento idóneo es aquel procedimiento recomendado por la ciencia médica que cuenta con el nivel más alto posible de consolidación científica y que, por tanto, se indica con el mayor grado prioridad y tiene un mayor índice de éxito.

2. Para que prevalezca una propuesta alternativa a la recomendada por los médicos para salvar la vida de un menor de edad conforme a la *lex artis* de su profesión, es imprescindible acreditar que la alternativa ofrece un grado de recuperación similar o comparable a la intervención médica que ha sido objetada.

3. Las autoridades del Estado pueden asumir válidamente la tutela de un menor de edad para tomar decisiones en sustitución de sus padres cuando éstos privilegian factores como sus creencias religiosas por encima del tratamiento recomendado como el idóneo por la *lex artis* médica y ponen en riesgo su vida. El interés prevalente del menor impide que se aplique a un niño un tratamiento que es claramente inferior al tratamiento médico idóneo de acuerdo con la *lex artis* médica.

Justificación de los criterios

1. En la comunidad médica existen lineamientos de práctica clínica en los cuales se establecen pautas para el diagnóstico y tratamiento de las patologías. Estos lineamientos por lo general utilizan un enfoque de medicina basada en evidencia, consistente en "la utilización consciente, explícita y juiciosa de la mejor evidencia clínica disponible para tomar decisiones sobre el cuidado de los pacientes individuales." (Pág. 39, párr. 3). Las guías de práctica clínica gradúan el estatus de los procedimientos e intervenciones médicas que recomiendan con sustento en escalas de evidencia, esto es, según el rigor y la consistencia científica de la evidencia disponible. Con base en tales categorías, las guías establecen la fuerza respectiva de cada recomendación, según la cual será más o menos pertinente su uso por parte de los médicos (pág. 39, párr. 4). Para este caso, las guías de práctica clínica consultadas por la Corte establecen, con base en la evidencia del segundo nivel más alto, que las medidas terapéuticas de apoyo para pacientes con leucemia linfoblástica aguda generalmente incluyen el uso de transfusiones sanguíneas (pág. 40, párr. 1).

En este contexto, para la Primera Sala "un **tratamiento idóneo** es aquel procedimiento recomendado por la ciencia médica que cuenta con el nivel más alto posible de consolidación científica y que, por lo tanto, se indica con el mayor grado prioridad." (Énfasis en el original) (pág. 40, párr. 2). Reconociendo también el papel de la incertidumbre en la información que orienta las decisiones de la ciencia médica, la Corte estableció también que el tratamiento médico idóneo es aquel que tiene un mayor índice de éxito (pág. 40, párr. 3).

2. En cuanto a la objeción de los padres de la niña en este caso al tratamiento recomendado como idóneo por los médicos y su deseo de buscar otras alternativas que no involucren transfusiones sanguíneas y sean compatibles con su religión para tratar la enfermedad de su hija, la Primera Sala estableció que el interés superior del menor impide que se aplique un tratamiento claramente inferior al idóneo, de acuerdo con la *lex artis* médica (pág. 41, párr. 4). Por lo tanto, "para que prevalezca una propuesta alternativa por parte de los padres es imprescindible acreditar que la alternativa ofrece un grado de recuperación similar o comparable a la intervención médica que ha sido objetada. De otro modo, se pondría al menor de edad en una situación de riesgo que puede evitarse al aplicar el tratamiento acreditado." (Pág. 41, párr. 5).

En la nota al pie 91 de la sentencia se explica también que la literatura especializada ha propuesto test más complejos en un intento de reconciliar la autonomía de los padres, pero que no fueron considerados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación porque se estima que no es válido ponderar el derecho a la autonomía o libertad religiosa de los padres frente a la vida de sus hijos. En este tema se aclaró también que, no debe considerarse que cualquier diferencia que tengan los padres con la opinión de los médicos sobre el tratamiento médico idóneo actualiza un supuesto de riesgo para un menor de edad, sino únicamente la oposición a que se utilice el tratamiento médico idóneo conforme a la *lex artis* médica para atender un padecimiento que coloque en riesgo la vida del niño (pág. 42, párr. 3).

3. El artículo 4o. constitucional protege a la familia y los derechos asociados a la autonomía familiar. La Suprema Corte ha expuesto que en el derecho comparado, la privacidad familiar también se ha entendido como un derecho primordial de la familia, "que comprende *inter alia* una protección a la autonomía de los padres para tomar todas las decisiones que conciernen al cuidado, la custodia y el control sobre sus hijos." (Pág. 23, párr. 2). El derecho constitucional a la vida privada y familiar implica que ni el Estado ni terceras personas pueden intervenir injustificadamente en decisiones que sólo corresponden al núcleo familiar.

En este contexto se encuentra el derecho de los padres a tomar todas las decisiones concernientes a sus hijos (pág. 24, párr. 1). En la privacidad de las relaciones familiares, la libertad religiosa se expresa a través de las creencias que los padres desean inculcar a sus hijos, incluyendo las religiosas (pág. 27, párr. 3). La Corte ha reconocido también que corresponde a los padres decidir cuestiones relacionadas con los tratamientos médicos destinados a mejorar las condiciones de salud de sus hijos menores de edad, siempre considerando el principio constitucional del interés superior de los niños (pág. 31, párrs. 1 y 2). En síntesis, "el interés superior del menor es una consideración prevalente tratándose de decisiones que son críticas para el futuro o bienestar de un menor, como aquellas relacionadas con su derecho a la salud y a la vida. En ese sentido, esta Corte entiende que **el derecho de**

los padres a tomar esas decisiones sin interferencias encuentra su límite en la salud y la vida del menor." (Énfasis en el original) (pág. 36, párr. 3).

La Primera Sala ponderó hasta dónde puede intervenir el Estado en los derechos parentales mencionados. Se estableció que el Estado puede interferir válidamente la autonomía parental para tomar decisiones por los padres cuando las elecciones de estos coloquen en riesgo la vida de sus hijos y que **"la puesta en riesgo de la vida de un niño se actualiza cuando los padres, privilegiando sus creencias religiosas, se rehúsan a seguir el tratamiento médico idóneo para salvar la vida de su hijo menor de edad."** (Énfasis en el original) (pág. 39, párr. 1).

En cuanto a las cuestiones planteadas en este caso sobre la tensión entre las decisiones médicas para proteger la vida de la niña y las creencias religiosas de los padres, así como su derecho a no ser discriminados, la Primera Sala precisó que: i) la tutela que asuma el Estado está limitada a decisiones médicas para proteger la salud del niño sólo mientras dure el tratamiento médico (pág. 49, párr. 5); ii) las autoridades implicadas reconozcan la situación de vulnerabilidad en la que pueden ubicarse las personas que pertenecen a una minoría religiosa y deben velar porque no se les ponga un estigma de malos padres o que sean relegados a tomar un papel secundario en la recuperación del menor (pág. 50, párr. 3); iii) los padres tienen derecho a conocer, comprender y postular un tratamiento alternativo al indicado en ejercicio de su derecho al consentimiento informado, mismo que deberá ser considerado cuidadosamente, con objeto de determinar si cuenta con una eficacia similar o comparable a la del tratamiento idóneo (pág. 50, párr. 4).

En suma, la Corte explicó que "si no existe un procedimiento alternativo similar o de eficacia comparable al tratamiento indicado por la *lex artis* médica, y los padres insisten en su objeción, el Estado podrá asumir la tutela del niño con la finalidad de autorizar que el menor reciba aquel tratamiento que cuenta con una capacidad científicamente comprobada para salvar su vida" (pág. 51, párr. 1).

1.5 Psicología del testimonio infantil en casos que involucren posibles actos de abuso sexual (estándar probatorio y lineamientos para las entrevistas investigativas)

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3797/2014, 14 de octubre de 2015²³

Patria potestad y derechos de los niños en situaciones que involucran abuso sexual (psicología del testimonio)

²³ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Hechos del caso

Este caso tiene como origen una denuncia presentada por una madre contra el padre de su hija por el delito de abuso sexual agravado, cometido en contra de la menor. Mientras el Ministerio Público realizaba las investigaciones correspondientes, la mujer, paralelamente, presentó una demanda en la que solicitó, entre otras cosas, la pérdida de la patria potestad que ejercía el padre sobre la menor por los mismos hechos que denunció penalmente.

Más tarde, antes de concluir el juicio civil, el juez penal decretó la libertad del padre de la niña por falta de elementos para procesarlo. En la vía civil, después de múltiples revisiones del caso en diferentes instancias se dictó una sentencia de amparo directo en la cual se absolvió al padre de la pérdida de la potestad de la niña y otras reparaciones. La madre interpuso un recurso de revisión en el cual expresó que, entre sus múltiples agravios, el Tribunal Colegiado no respetó el principio del interés superior del menor porque le quitó valor probatorio a la declaración de la niña sobre el abuso sexual que sufrió, utilizando parámetros indebidos para valorar el testimonio infantil. En su recurso, la madre dijo también que el estándar de prueba establecido en la sentencia del Tribunal Colegiado para comprobar si existieron posibles actos de violencia sexual en contra de una niña es desproporcionado e incompatible con el principio del interés superior del menor. El Tribunal Colegiado remitió el recurso de revisión a la Suprema Corte para su resolución.

La Primera Sala concedió el amparo a la madre de la niña, ordenando la práctica de una prueba pericial a cargo de un especialista en las técnicas desarrolladas por la psicología del testimonio para evaluar la credibilidad de la declaración de niños que se cree han sido abusados sexualmente y bajo las especificaciones contenidas en la sentencia. Se instruyó también, una vez recabada esa prueba, volver a analizar los agravios planteados por la madre de la niña a la luz de la doctrina constitucional sobre la incidencia de los derechos fundamentales de los menores a ser escuchados en los procesos judiciales y a ser protegidos contra toda forma de abuso, en conexión con el interés superior del niño, en la valoración del testimonio infantil en casos de abuso sexual y el estándar de prueba aplicable a los procesos por pérdida de patria potestad por este tipo de hechos.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Cómo deben realizarse las entrevistas investigativas mediante las cuales se recaba la declaración de un menor en casos de posible abuso sexual, con el objetivo de aumentar las probabilidades de confiabilidad del testimonio infantil?
2. Al llevar a cabo la valoración del material probatorio en casos que involucren un posible abuso sexual a niños, ¿cómo puede establecerse la credibilidad de la declaración de un menor?

Los derechos fundamentales de los menores a ser escuchados en los procesos judiciales y a ser protegidos contra toda forma de abuso, en conexión con el interés superior del niño, imponen la exigencia de que en procesos civiles cuando se demanda la pérdida de la patria potestad que ejerce uno de los padres a partir de ciertos hechos que comportan algún tipo de abuso hacia el menor se adopte el estándar de prueba de la probabilidad prevaleciente.

3. ¿Cómo debe desarrollarse la prueba pericial en psicología del testimonio en los casos que involucren el posible abuso sexual de un menor?

4. En los casos civiles que involucren la decisión sobre la pérdida de la patria potestad de un menor por la existencia de actos que posiblemente constituyan un abuso sexual cometido por uno de los padres, ¿debe adoptarse un estándar de prueba exigente o de probabilidad prevaleciente?

Criterios de la Suprema Corte

1. En el marco del principio constitucional del interés superior de los niños y su derecho a participar en los procesos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica, incluyendo su derecho a ser escuchados, el testimonio de una agresión sexual debe recabarse de cierta manera y valorarse con parámetros distintos a los que se exigen para el testimonio de las personas adultas. La declaración del menor debe recabarse en un contexto probatorio adecuado y para asegurar que se cumplan los estándares que exige el proceso judicial, en casos que involucren un posible abuso sexual, debe proporcionársele apoyo profesional tanto en sede civil como penal.

Para lo anterior, se recomienda que la declaración del niño se tome por medio de una "entrevista investigativa" o "cognitiva" realizada por un especialista debidamente capacitado, que tenga conocimientos sobre el funcionamiento de la memoria y el desarrollo cognitivo de los niños, puesto que sólo así serán conscientes de los problemas que afectan la confiabilidad de su testimonio y, en esa medida, podrán estar en posibilidad de utilizar las técnicas adecuadas para ayudar al menor en la recuperación de los recuerdos de ese episodio.

Los lineamientos mínimos que tienen que cumplir las entrevistas investigativas que deben realizarse a los menores con motivo de una investigación penal o un proceso civil en los que se alegue que un niño fue abusado sexualmente incluyen su planificación; la comunicación al niño de las reglas básicas a seguirse en el proceso de entrevista; la formulación de las preguntas de manera adecuada; la implementación de estrategias para tener en cuenta la perspectiva del niño; y la grabación de las entrevistas en video.

2. Para poder establecer la fuerza probatoria de la declaración del menor es necesario determinar su credibilidad, utilizando parámetros de análisis diferentes de los que se utilizan para evaluar la credibilidad del testimonio de un adulto. Desde la perspectiva de la psicología del testimonio, la evaluación de la credibilidad del testimonio de un niño debe realizarse a partir del *contenido* de la declaración, utilizando criterios que en teoría permiten diferenciar los relatos verdaderos de los falsos. Así, con una prueba pericial sobre la credibilidad de la declaración del menor no se pretende validar la denuncia de abuso con indicadores "clínicos" o "psicológicos", sino determinar si existen indicadores de credi-

bilidad en el relato del menor. Con todo, las conclusiones a favor o en contra de la credibilidad de la declaración de un menor no deben extraerse únicamente a partir de una simple constatación de la presencia o ausencia de estos indicadores, ya que el peso de éstos en cada caso concreto depende de múltiples factores. Por esta razón, la aplicación de estos criterios debe estar a cargo de profesionales capacitados en estas técnicas y con un conocimiento actualizado de los resultados de la investigación empírica sobre estos procedimientos de análisis.

3. La intervención de un psicólogo para evaluar la credibilidad de una declaración en casos de abuso sexual a menores tiene el carácter de una prueba pericial y deben aplicarse todas las reglas que disciplinan su práctica y valoración. La realización correcta de la entrevista investigativa, de tal manera que su práctica permita obtener una declaración del menor libre de contaminación y lo más completa posible, constituye un presupuesto indispensable para poder posteriormente aplicar las técnicas desarrolladas por la psicología del testimonio para evaluar la credibilidad de dicha declaración.

Cuando para determinar la credibilidad de la declaración del menor el juez se apoye en una prueba pericial de este tipo, debe exigirse al perito que proporcione el "respaldo epistémico" de sus conclusiones, el cual no sólo debe incluir las explicaciones pertinentes sobre la técnica empleada y una justificación de las conclusiones alcanzadas, sino también *información empírica* relacionada con los estudios realizados para establecer la confiabilidad de la técnica seleccionada.

4. Los derechos fundamentales de los menores a ser escuchados en los procesos judiciales y a ser protegidos contra toda forma de abuso, en conexión con el interés superior del niño, imponen la exigencia de que en procesos civiles cuando se demanda la pérdida de la patria potestad que ejerce uno de los padres a partir de ciertos hechos que comportan algún tipo de abuso hacia el menor se adopte el estándar de prueba de la probabilidad prevaleciente.

Justificación de los criterios

1. La Primera Sala expuso primero la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales de los menores en situaciones donde se analizan denuncias de abuso sexual, para posteriormente establecer la incidencia de esos derechos en varios temas probatorios. Se abordó así el derecho de los menores a participar en los procesos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica (pág. 39, párr. 2), teniendo en cuenta los criterios ya establecidos por la Suprema Corte para la admisión de las pruebas, incluyendo, por ejemplo, la valoración no sólo de la edad biológica sino además de la madurez del niño; la adopción de medidas para evitar entrevistarlos más veces de las necesarias y hacerlo en un lenguaje accesible y amigable; la intervención directa de los niños en las entrevistas o el registro

íntegro de su declaración o testimonio mediante la transcripción de toda la diligencia o con los medios tecnológicos al alcance del juzgado o tribunal (pág. 40, párr. 1). Los precedentes de la Corte han enfatizado también la importancia de que los niños puedan expresar libremente su opinión en los procedimientos judiciales, cuando esto redunde en su mayor beneficio, y a que su opinión sea considerada, pero teniendo también en cuenta que muchas veces *podiera estar manipulada o alienada*, por lo que el juez tendrá que ser *especialmente cuidadoso* al valorar tanto la opinión del menor como el resto del material probatorio (pág. 40, párr. 2).

En esta sentencia la Primera Sala advirtió la necesidad de ahondar más en la doctrina constitucional para la protección del derecho de los niños a participar en los procesos jurisdiccionales que los afectan en un contexto más específico: el supuesto en el que un niño afirma haber sufrido algún tipo de abuso sexual y comparece ante autoridades administrativas y/o judiciales en calidad de víctima y testigo de lo ocurrido. En este caso, a diferencia de los precedentes, la Corte estableció que lo importante no es tanto la opinión del menor, que evidentemente también debe ser tomada en consideración, sino propiamente la declaración mediante la cual relata lo que le ocurrió. En este sentido, el derecho de los menores a ser escuchados exige que el testimonio de una agresión sexual se recabe de cierta manera y que esa declaración sea valorada con parámetros distintos a los que se exigen para el testimonio de las personas adultas (pág. 45, párr. 2).

La declaración del menor es central en el momento de la actividad probatoria, en el cual, a partir del ofrecimiento, la admisión y la práctica de los medios de prueba se conforman los elementos con los cuales se tomará la decisión judicial. En este contexto, la sentencia abordó los problemas relacionados con la forma de recabar la declaración de un menor que se cree que ha sido víctima de abuso sexual, al tratarse de un aspecto que incide directamente en la valoración de dicha declaración (pág. 52, párr. 1).

En cuanto a las entrevistas investigativas a partir de las cuales debe recabarse la declaración de los menores en casos de posible abuso sexual, la Corte recurrió a literatura especializada para comprender cómo se descubren las situaciones de abuso infantil. Encontró que esto ocurre de maneras diversas, sobre todo cuando se observa algo anómalo en la conducta del niño o la presencia de determinados síntomas, que normalmente dan lugar a que se realice una evaluación clínica. Estas evaluaciones pueden ser una fuente de prueba que sirva para investigar más y buscar elementos adicionales que puedan utilizarse en juicio para acreditar el abuso, como la declaración del menor (pág. 52, párr. 2). La literatura científica indica que el abuso sexual infantil es difícil de detectar, por lo que la declaración del menor es una prueba crucial para poder acreditar el abuso sexual en sede judicial. En este sentido, en muchos casos es posible obtener información valiosa del niño, pero para conseguirlo es necesario utilizar técnicas investigativas adecuadas y estar conscientes de las capacidades y propensiones de los menores como testigos (pág. 53, párr. 1).

La literatura especializada coincide así en que, cuando se recaba la declaración de un menor en un contexto probatorio y para asegurar que se cumplan los estándares que exige el proceso judicial, en casos que involucren un posible abuso sexual debe proporcionársele al niño apoyo profesional tanto en sede civil como penal. Para lo anterior se recomienda que su declaración se tome por medio de una "entrevista investigativa" o "cognitiva" realizada por un especialista debidamente capacitado. Este tipo de entrevista se basa en principios psicológicos que regulan el recuerdo y la recuperación de la memoria (pág. 53, párr. 2 y pág. 53, párr. 1).

La sentencia describe algunas de las prácticas que deberían implementarse en los procesos jurisdiccionales cuando se desarrolla esta prueba, incluyendo la realización de la entrevista investigativa lo más pronto posible, porque como lo indica la literatura experta en el tema, esta herramienta "sirve para garantizar la obtención de una declaración *lo más completa y lo menos contaminada* posible, en cuanto a los detalles del suceso que les dan mayor credibilidad a la declaración y las interferencias externas que puedan afectar la fiabilidad del testimonio." (Énfasis en el original) (pág. 54, párr. 3). Otras prácticas importantes que se documentaron en la sentencia a partir de la literatura científica incluyen que deben distinguirse las entrevistas investigativas de las evaluaciones clínicas y evitar que los terapeutas de los menores conduzcan las primeras, para evitar confundirlos y evitar los sesgos investigativos de los entrevistadores (pág. 56, párrs. 1 y 2; pág. 57, párr. 1).

La Primera Sala explicó también que la entrevista investigativa no es propiamente una prueba pericial (pág. 57, párr. 3), pero que a fin de evitar los riesgos claramente documentados en la literatura científica de llevar a los niños a realizar falsas denuncias porque quien conduce la entrevista investigativa no tiene los conocimientos adecuados (pág. 58, párr. 1), en los casos en los que están involucrados menores que se cree que pudieron haber sido abusados sexualmente, tanto en procesos penales como civiles, la participación de un profesional en psicología debidamente capacitado en las técnicas adecuadas para ayudar a obtener la declaración de la víctima es una exigencia impuesta a las autoridades administrativas y judiciales por el interés superior del niño y los derechos fundamentales de los menores a ser escuchados en los procesos judiciales y a ser protegidos contra toda forma de abuso, previstos en los artículos 12.2 y 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (pág. 58, párr. 2).

Así, "corresponde a los entrevistadores asegurarse de establecer las *condiciones óptimas* para que los niños estén en posibilidad de proporcionar una descripción precisa y detallada de un evento tan estresante y traumático como lo es un episodio de abuso sexual, de tal manera que a través de la participación de un profesional capacitado en las técnicas investigativas apropiadas se *maximiza* la probabilidad de que la versión de los hechos proporcionada por el niño *sea escuchada y respetada* en los procesos judiciales correspondientes, que el menor pueda ser protegido de sus abusadores, y que adultos inocentes *no sean falsamente acusados* por esos hechos." (Énfasis en el original) (pág. 58, párr. 1).

La necesidad de la participación de profesionales debidamente capacitados en la obtención de la declaración del menor en casos de abuso sexual resulta más evidente cuando se repara en las particularidades del testimonio infantil. La percepción que antes predominaba sobre la falta de confiabilidad de los niños como testigos ha sido modificada en los últimos años gracias a las investigaciones realizadas desde la psicología del testimonio, cuya aplicación en el campo jurídico se ha ido dando cada vez más en el ámbito del derecho penal y la práctica forense en particular, sobre todo en lo que se refiere a las declaraciones testimoniales (pág. 63, párrs. 1 y 2). A partir de estudios empíricos, la psicología del testimonio ha hecho múltiples recomendaciones para mejorar la confiabilidad de los procesos de identificación, algunas de las cuales han sido recogidas en guías o lineamientos elaborados por agencias gubernamentales de distintos países (pág. 64, párr. 2).

En la sentencia se exponen algunas ideas generales sobre la fiabilidad de los testimonios conforme a la literatura especializada. La Corte apuntó en síntesis que los psicólogos sostienen que "*la fiabilidad* de un testimonio está determinada por la correspondencia entre lo relatado por el testigo y lo que efectivamente ocurrió en la realidad. Con todo, el testimonio no es fiable si la persona no recuerda correctamente lo que ocurrió. Por su parte, la *exactitud* de la memoria depende de que exista correspondencia entre el contenido del evento relatado y el contenido de la memoria, es decir, correspondencia entre el hecho presenciado por el testigo y lo representado en la memoria." (Énfasis en el original) (pág. 65, párr.1).

Así, "mientras la fiabilidad del testimonio depende en última instancia de la exactitud del recuerdo, la cantidad de elementos recordados es lógicamente independiente de la exactitud. De esta manera, un recuerdo exacto pero pobre es de poca utilidad en sede judicial, especialmente si lo que se recuerda no incluye detalles sobre los hechos jurídicamente relevantes para el proceso." (Pág. 65, párr. 2).

En cuanto a las particularidades del testimonio infantil, la Corte hizo notar que existen problemas en las distintas etapas de *codificación*, *almacenamiento* y *recuperación* de la memoria que tienen implicaciones en la fiabilidad del testimonio de los niños (pág. 65, párr. 3). En la sentencia se da cuenta de diversos estudios empíricos y en psicología consultados por la Corte que se refieren a los problemas recurrentes que afectan el testimonio infantil en casos de posible abuso sexual, relacionados con la exactitud de los recuerdos (pág. 64, párr. 2); el hecho de que los niños son más sugestionables que los adultos; o su capacidad de engañar (pág. 67, párr. 2 y pág. 69, párr. 1). Estos problemas deben ser contrarrestados o controlados en la medida de lo posible con el apoyo de las técnicas desarrolladas por la psicología del testimonio con la finalidad de obtener la declaración de los menores, las cuales sólo pueden ser aplicadas adecuadamente por un profesional debidamente capacitado en estos temas (pág. 69, párr. 2).

Asimismo, la Primera Sala estableció algunos lineamientos mínimos que tienen que cumplir las entrevistas investigativas que deben realizarse a los menores con motivo de una investigación penal o un proceso civil en los que se alegue que un niño fue abusado sexualmente (pág. 70, párr. 1), incluyendo la planificación de las entrevistas (pág. 70, párr. 2); la comunicación al niño de las reglas básicas a seguirse en el proceso de entrevista (pág. 70, párr. 3); la formulación de las preguntas de forma adecuada (pág. 71, párr. 1); la implementación de estrategias para tener en cuenta la perspectiva del niño (pág. 71, párr. 2); y la grabación de las entrevistas en video (pág. 72, párr. 2).

2. La Corte encontró fundado el agravio planteado por la madre de la niña en el cual expresó que el Tribunal Colegiado no cumplió con su deber de protección a niños y niñas que han sido víctimas de abuso sexual, porque le restó valor probatorio a la declaración de la menor utilizando parámetros apropiados para un adulto.

Como consecuencia de este hallazgo, la sentencia estableció que, al valorar el material probatorio recabado durante el proceso debe estudiarse la *credibilidad* de cada una de las pruebas (pág. 74, párr. 1) y asignar la *fuerza o peso* probatorio de cada uno de éstos en relación con los hechos a probar en el proceso (pág. 74, párr. 2), distinguiendo si se trata de pruebas "directas" o "indirectas". De acuerdo con todo lo anterior, la declaración de un menor en la que afirma haber sido víctima de abuso sexual e identifica a una persona como responsable es claramente una *prueba directa* en relación con el hecho relevante para el proceso: el abuso sexual y la identificación de la persona que realizó esa conducta. Así, para poder establecer la fuerza probatoria de la declaración del menor debe primero establecerse su credibilidad (pág. 76, párr. 1).

Desde la psicología del testimonio, la evaluación de la credibilidad del testimonio de un niño debe realizarse a partir del *contenido* de la declaración, utilizando criterios que en teoría permiten diferenciar los relatos verdaderos de los falsos (pág. 77, párr. 2). Así, con la prueba pericial sobre la credibilidad de la declaración del menor se busca determinar si existen indicadores de credibilidad *en el relato* del menor. "Estos indicadores se apoyan en criterios aplicables tanto a *declaraciones aisladas* como a la *evolución de declaraciones* a lo largo del tiempo, si el menor ha declarado varias veces durante el proceso." (Énfasis en el original) (pág. 78, párr. 2).

Es importante considerar también que las conclusiones sobre la credibilidad de la declaración de un menor no deben extraerse únicamente a partir de una simple constatación de la presencia o no de esos indicadores, como lo hizo el Tribunal Colegiado, porque su peso en cada caso depende de distintos factores (por ejemplo, la edad del niño o el paso del tiempo). Por ello, la *aplicación* de estos criterios debe estar a cargo de profesionales capacitados en estas técnicas y con un conocimiento actualizado de los resultados de la investigación empírica sobre estos procedimientos de análisis (pág. 79, párr. 1).

3. La Primera Sala explicó aquí que, a diferencia de la participación de un profesional en la realización de la entrevista investigativa a partir de la cual debe obtenerse la declaración del menor, la intervención de un psicólogo para evaluar la credibilidad de una declaración en casos de abuso sexual sí tiene el carácter de una prueba pericial y, en consecuencia, debe aplicársele a ésta todas las reglas que disciplinan su práctica y valoración (pág. 80, párr. 1). La realización correcta de la entrevista investigativa, de tal manera que su práctica permita obtener una declaración del menor libre de contaminación y lo más completa posible, constituye un presupuesto indispensable para poder posteriormente aplicar las técnicas desarrolladas por la psicología del testimonio para evaluar la credibilidad de dicha declaración (pág. 80, párr. 2).

Así, los jueces de instancia en la vía civil o penal que conozcan de algún caso de abuso sexual a menores deben ordenar la práctica de una prueba pericial a cargo de un profesional debidamente capacitado para evaluar la credibilidad de la declaración del niño cuando existan razones para dudar de su testimonio (pág. 80, párr. 3). Los tribunales de apelación que revisen estos casos que consideren existen razones para dudar de la veracidad del relato, no deben limitarse simplemente a restarle valor probatorio, sino que deben ordenar la reposición del procedimiento para el efecto de que se realice la prueba pericial a cargo de un especialista en psicología del testimonio infantil (pág. 81, párr.1). Los jueces de amparo también están obligados a actuar así cuando al analizar la legalidad de la valoración de las pruebas adviertan razones para dudar de la declaración del menor (pág. 82, párr. 2).

En síntesis, "cuando para determinar la credibilidad de la declaración del menor el juez se apoye en una prueba pericial de este tipo, debe exigirse al perito que proporcione el 'respaldo epistémico' de sus conclusiones, el cual no sólo debe incluir las explicaciones pertinentes sobre la técnica empleada y una justificación de las conclusiones alcanzadas, sino también *información empírica* relacionada con los estudios realizados para establecer la fiabilidad de la técnica seleccionada." (Pág. 82, párr. 2).

Para saber cuándo una determinada técnica o procedimiento es fiable, la literatura especializada indica que deben verificarse dos condiciones: "(i) es posible prever que alcanzará resultados consistentes en X número de veces, lo cual requiere identificar las 'condiciones adecuadas' de reproducción de ese procedimiento; y (ii) cuando se ha comprobado sólidamente que la técnica tiene la capacidad de establecer lo que pretende establecer."²⁴ En este sentido, también resulta indispensable que el perito proporcione información sobre cuáles son esas 'condiciones adecuadas', puesto que puede ser muy útil para que el juez identifique posibles fuentes de error." (Pág. 83, párr. 1).

²⁴ *Ibidem*, pp. 200-201.

4. La madre de la niña expresó también entre los agravios formulados en su recurso de revisión, que el estándar de prueba establecido en la sentencia de amparo para comprobar los posibles actos de violencia sexual en contra de menores, es desproporcionado e incompatible con el principio del interés superior del niño. La Primera Sala encontró este agravio fundado y explicó que de la sentencia del Tribunal Colegiado parece desprenderse la idea de que para declarar probada la causal en cuestión se requiere satisfacer un estándar de prueba exigente, lo que es contrario al interés superior del niño y a los derechos fundamentales de los menores a ser escuchados en los procesos judiciales y a ser protegidos contra toda forma de abuso (pág. 86, párr. 1).

Después de exponer la doctrina predominante sobre la función de los estándares de prueba en un sistema jurídico como mecanismos procesales a partir de los cuales se distribuye el riesgo de error en las decisiones probatorias (pág. 87, párr. 1), incluyendo la descripción de los estándares de prueba exigente (pág. 87, párr. 2) y de probabilidad prevaleciente (pág. 89, párr. 1) y su incidencia en los procesos penales y civiles, la Corte desarrolló el estándar de prueba aplicable a un proceso civil que tiene por objeto determinar si el padre de un menor ha dado lugar a una causal de pérdida de la patria potestad.

Primero se expusieron los errores probatorios que podrían presentarse en estos casos, identificándose que "los intereses afectados en uno y otro caso serían los siguientes: (i) declarar *probada* una causal cuando esa conducta no se realizó (condenar a padres inocentes), sería un error que afectaría un derecho muy relevante de uno de los padres, como es la patria potestad que se ejerce sobre un menor; y (ii) declarar *no probada* la causal de la pérdida de la patria potestad cuando en el padre sí realizó la conducta (absolver a padres culpables), sería un error que afectaría sustancialmente al niño o al menos lo podría en riesgo de sufrir un daño." (Énfasis en el original) (pág. 89, párr. 2).

Así, si se estableciera un estándar de prueba clara y convincente de los hechos para dar lugar a la pérdida de la patria potestad (lo cual supondría una exigencia similar a la del estándar conocido en la cultura anglosajona como "*clear and convincent evidence*"), sólo se decretaría la pérdida de este derecho cuando estuviera sólidamente confirmado que el padre demandado realizó la conducta prevista en la causal. Este estándar tendría la función de distribuir el riesgo de cometer esos errores probatorios considerando que los intereses de los padres merecen mayor protección al estar en juego un derecho muy importante para ellos, como la patria potestad que ejercen sobre sus hijos (pág. 90, párr. 1).

Sin embargo, la Corte notó que también puede estimarse que los derechos o intereses afectados, tanto de los padres como de los hijos, merezcan la misma protección y, por tanto, entender que ambos tipos de errores son igualmente asumibles. En este caso no se requeriría de un estándar particularmente exigente "sino que bastaría que se establezca

el nivel mínimo de confirmación racional para dar por probado un hecho, que no es otro que el estándar de la probabilidad prevalectante que opera en la mayoría de los procesos civiles y que fue explicado anteriormente." (Pág. 91, párr. 1).

Para resolver si en juicios civiles donde se demanda la pérdida de la patria potestad a cargo de alguno de los padres porque se alega un posible abuso sexual, debe establecerse un estándar de prueba exigente o el estándar de prueba mínimo de la probabilidad prevalectante, la Primera Sala explicó que la evolución de la doctrina constitucional sobre la pérdida de la patria potestad no la entiende ya como una sanción para alguno de los padres, sino como una medida excepcional para proteger los intereses de los niños (pág. 92, párr.1). Así, "los intereses de los padres inocentes que eventualmente podrían verse perjudicados con el error consistente en declarar probada la causal *merecen la misma protección* que los intereses de los menores realmente afectados por la conducta de los padres que también podrían verse perjudicados con el error consistente en declarar no probada la causal." (Pág. 92, párr. 2).

Finalmente se estableció que "[e]sta consideración se ve reforzada en casos como el presente, cuando la pérdida de la patria potestad se demanda en un juicio civil con apoyo en una acusación de abuso sexual, puesto que establecer un alto estándar de confirmación con la finalidad de proteger los intereses de los padres que pudieran resultar afectados por el riesgo de cometer el primer tipo de error (condenar a padres inocentes), expondría a los menores a un riesgo igual de indeseable, pues dadas las características de los casos de abuso sexual (conductas que normalmente se llevan a cabo de manera oculta, situaciones en las que el testimonio de la víctima es la única prueba directa, etc.), un estándar de prueba exigente se traduciría también en un *menor número* de casos en los que el abuso sexual se declara probado y, correlativamente, en un *mayor número* de casos en los que los episodios de abuso sexual se declaran no probados, con lo cual el riesgo de cometer el segundo tipo de error (absolver a padres culpables) también tendría un altísimo costo en términos globales para los menores." (Énfasis en el original) (pág. 92, párr. 3).

1.6 Filiación parental y pruebas en genética molecular (ADN)

1.6.1 Pruebas periciales únicas en genética molecular en casos de filiación

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 299/2017, 4 de octubre de 2017²⁵

Prueba pericial única genética (de paternidad), derecho a la defensa adecuada e interés superior del menor

²⁵ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Hechos del caso

Un hombre promovió un juicio para contradecir el dicho público de una mujer que afirmó que él era el padre de su hijo. Tanto la madre del niño como el presunto padre aceptaron un acuerdo probatorio para realizar una prueba de genética molecular (ADN) por un perito único. En la primera instancia se resolvió que la prueba de ADN no acreditó la paternidad biológica. La madre del menor apeló esa decisión argumentando que la prueba pericial se realizó de manera inadecuada porque no se dieron instrucciones precisas al perito, no se acreditó su especialidad o certificación en el tema, y se perdió la cadena de custodia. La madre del niño argumentó también que en el régimen de prueba única no puede contradecirse el hallazgo del perito y, por tanto, es un medio limitado para que el juez pueda conocer la verdad de los hechos que debe decidir. Por tanto, según su opinión, en este caso el régimen de prueba única también es contrario al principio constitucional del interés superior del menor. En la sentencia del juicio en esta instancia se resolvió en contra de los argumentos de la madre del niño porque se consideró que sí se demostró en el juicio la veracidad de la prueba en genética molecular.

La madre del menor promovió un amparo contra esa sentencia, porque según ella, violaba el principio del interés superior de los niños y su derecho a la identidad. En esta instancia se concedió el amparo, ordenándose que se realizara nuevamente la prueba pericial en genética, pero en forma colegiada. El presunto padre interpuso entonces un recurso de revisión ante la Suprema Corte en el cual pidió que se confirmara la validez de los acuerdos probatorios en los cuales se establezca que la pericial en genética molecular será realizada por un perito único en casos de determinación de paternidad.

La Suprema Corte estableció que en este caso era necesario decidir si fue correcta la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado que emitió la sentencia reclamada, conforme a la cual, a la luz del principio constitucional del interés superior del menor, las partes en un juicio de paternidad no pueden suscribir acuerdos para la realización de una prueba única en genética molecular.

La discusión relevante en materia de evidencia científica giró alrededor del derecho a la prueba y las limitaciones que presenta la imposición de un sistema de prueba única para que el juez pueda conocer la verdad de los hechos del caso. Puntualmente, el problema a decidir fue si un peritaje único en genética molecular es un medio de prueba suficiente y adecuado para conocer la filiación parental de un niño, o si debe permitirse que cada parte presente su propia prueba pericial para dar mayor certeza en el proceso judicial. La Primera Sala resolvió que la suscripción de acuerdos para designar un perito único en los casos de juicios de paternidad vulnera el interés superior del menor y su derecho a la identidad.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿La celebración de un acuerdo para designar un perito único y realizar sólo una prueba en genética molecular de ADN para establecer la paternidad de un menor viola el principio de interés superior de los niños y su derecho a la identidad?

2. En atención al principio del interés superior y el derecho a la identidad del menor, ¿cómo puede realizarse una prueba en genética molecular de ADN para acreditar la filiación parental de manera menos invasiva y sin recurrir a la designación de un perito único?

Criterios de la Suprema Corte

La celebración en un juicio de paternidad de un acuerdo entre las partes para designar un perito único y realizar sólo una prueba en genética molecular de ADN para establecer la filiación parental de un menor viola el principio de interés superior de los niños y su derecho a la identidad y restringe el derecho de las partes en el juicio sin una justificación objetiva. Una prueba técnica que requiere de conocimientos especiales sólo puede impugnarse en forma efectiva por una persona que acredite contar con los conocimientos especializados requeridos.

1. La celebración en un juicio de paternidad de un acuerdo entre las partes para designar un perito único y realizar sólo una prueba en genética molecular de ADN para establecer la filiación parental de un menor viola el principio de interés superior de los niños y su derecho a la identidad y restringe el derecho de las partes en el juicio sin una justificación objetiva. Una prueba técnica que requiere conocimientos especiales sólo puede impugnarse en forma efectiva por una persona que acredite contar con los conocimientos especializados requeridos.

2. El desarrollo de la prueba pericial en genética molecular del ADN en un juicio de paternidad puede llevarse a cabo con la intervención de varios peritos sin que ello implique llevar al menor a varios laboratorios más de una vez para que le tomen varias muestras. Lo idóneo es que un solo laboratorio aprobado por el tribunal le aplique la prueba y que los diferentes peritos la analicen para que cada uno pueda emitir su opinión.

Justificación de los criterios

1. La Corte ha establecido una doctrina consolidada del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, conforme a la cual, en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados los derechos de los niños, debe prevalecer la decisión que proteja de forma más amplia sus intereses (pág. 8, párr. 5).

En otros precedentes, la Primera Sala ha establecido que la prueba pericial en materia familiar desahogada por un perito único tiene por objeto, por una parte, evitar sujetar a los menores a interrogatorios prolongados, así como prescindir de la repetición de los mismos y, por otra, evitar la revictimización de éstos en el proceso judicial (pág. 10, párr. 3). En el caso de actos que puedan ser invasivos como la realización de una prueba en genética molecular deben buscarse los procedimientos que afecten en menor medida la integridad personal de los niños (pág. 10, párr. 4). Sin embargo, en cuanto a la designación de un perito único en asuntos familiares, la Primera Sala ha concluido que esta medida no se justifica objetivamente en cuanto a la restricción que se impone a las partes en el juicio de ofrecer

sus propias pruebas periciales (pág.12, párr. 1). Esta decisión es también aplicable para los casos en que las partes de un proceso judicial hayan externado válidamente su voluntad para realizar un peritaje único en juicios en materia familiar (pág. 12, párr. 4).

La Primera Sala ha expuesto que lograr un resultado justo y equitativo en el proceso judicial depende de que las partes puedan exponer al juez su versión de los hechos del caso, sus argumentos y los medios de prueba que los sustentan (pág. 13, párr. 1). Las pruebas periciales son herramientas que pueden ayudar al juez en este contexto a formar su convicción sobre la existencia o no de los hechos que debe decidir, aportando información sobre aspectos que son ajenos a su campo de conocimiento. Por ello es importante que en el proceso judicial se permita que las pruebas sean revisadas por peritos distintos al oficial y que, cuando se controviertan las pruebas técnicas, se lleve a cabo por una persona que pueda demostrar que tiene los conocimientos especiales que se requieren (pág. 13, párr. 2).

Aunado a lo anterior, esta Primera Sala estableció que no se advertía ningún beneficio al impedir que otros especialistas aporten sus conocimientos al juicio, ya sea para demostrar los errores en los que pudo haber incurrido el perito designado por el juez, en su caso, para destacar cuestiones que pudieron haber pasado inadvertidas para el perito oficial o para reafirmar aspectos que pudieran ser trascendentes para la resolución de la controversia. En el caso de los derechos de los niños es posible lograr que cada parte ofrezca su prueba pericial y, al mismo tiempo, se evite que se den prácticas intrusivas (pág. 14, párr. 1).

2. Al estudiar el procedimiento para el desarrollo de la prueba pericial en genética molecular del ADN, la Corte concluyó que ésta puede llevarse a cabo con la intervención de varios peritos sin que ello implique llevar al menor a más de un laboratorio en repetidas ocasiones para que le tomen varias muestras. Lo idóneo es que un solo laboratorio aprobado por el tribunal le aplique la prueba y que los diferentes peritos la analicen para que cada uno pueda emitir su opinión (pág. 14, párr. 2).

En este caso el Tribunal Colegiado que resolvió el amparo presentado por la madre del menor tomó en consideración lo que había establecido la Corte en el amparo directo en revisión 1581/2011 y la tesis que derivó de dicho asunto, cuyo rubro es: "PRUEBA PERICIAL EN ASUNTOS EN MATERIA FAMILIAR. EL ARTÍCULO 346, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL VIOLA LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DEBIDO PROCESO", podía afirmarse que la Primera Sala "es categórica al señalar que la designación de un perito único y el desahogo de una prueba de esa índole, limita el derecho de defensa de las partes, y más aún el del menor, quien por su corta edad no puede argumentar por sí mismo en contra de las decisiones que tome quien ejerce su representación legal y que pudiera afectarle, de ahí que debe de ser el propio tribunal quien en un ejercicio de razonabilidad debe proveer en pro de la mejor defensa del menor." (Pág. 15, párr. 1).

La Primera Sala opinó que dicha interpretación es correcta porque da prioridad al principio del interés superior del niño por encima de los acuerdos probatorios que permiten una pericial única en juicios de paternidad (pág. 15, párrs. 1 y 3). Así, "[...] aun cuando las partes consintieron la restricción a sus garantías de audiencia, dado que el acuerdo probatorio versará sobre los derechos de un menor, en específico su derecho a la identidad, no es posible restringir de manera injustificada su posibilidad de *impugnar el resultado de la prueba* con base en argumentos que emita un especialista en la materia." (Énfasis en el original) (pág. 15, párr. 4). Por estas razones "[...] debe permitirse a las partes el desahogar su propia pericial pues esto permitirá otorgar mayor certeza o veracidad en cuestiones que implican determinar la filiación de un menor." (Pág. 16, párr. 1).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1584/2011, 26 de octubre de 2011²⁶

Prueba pericial única genética (paternidad), derecho a la defensa adecuada e interés superior del menor

Hechos del caso

Una mujer demandó y obtuvo en un juicio civil el reconocimiento de la paternidad de su hijo menor de edad. El demandado apeló la decisión judicial y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal confirmó la sentencia de reconocimiento de la filiación. El presunto padre interpuso un juicio de amparo directo en el cual argumentó la inconstitucionalidad del artículo 346, párrafo último, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:²⁷ es inconstitucional porque viola el derecho a la defensa, las garantías de audiencia y debido proceso, y el principio de igualdad ante la ley, toda vez que restringe el derecho de las partes a designar peritos, sustituyéndolo por un sistema del perito único en los asuntos en materia familiar. Expuso que, tratándose de pruebas que requieran conocimientos especiales en determinada ciencia, arte, técnica, oficio o industria, que no tiene el juez, el derecho de defensa requiere permitir que cada parte designe su perito para que dictamine sobre los hechos del caso y aporte más información a la decisión judicial. Si el juez puede conocer la opinión de los peritos de las partes y el tercero en discordia, tendrá más elementos de comparación que le procuren certeza al momento de resolver el caso.

²⁶ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

²⁷ El artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que la prueba pericial sólo será admisible cuando para la resolución de la controversia se requieran conocimientos especiales de determinada ciencia, arte, técnica, oficio o industria, de los cuales el juzgador carece. Los peritos deben tener título en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer. Como excepción, en materia familiar las pruebas periciales se realizarán por un perito único, el cual será designado por el juez de las listas auxiliares de la administración de justicia o de institución pública o privada.

La Suprema Corte estableció que para resolver el caso era necesario estudiar si el artículo reclamado del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es violatorio de las garantías de audiencia y debido proceso, seguridad jurídica e igualdad ante la ley, porque impide que una de las partes en el juicio de paternidad presente una prueba pericial y designe un perito para probar sus excepciones y defensas. La Primera Sala determinó que la limitación de presentar pruebas periciales en el juicio familiar es inconstitucional, porque existen alternativas que permiten proteger la integridad física del menor, protegiendo al mismo tiempo el derecho de defensa de las partes.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Cuáles son las credenciales que deben tener los expertos que desarrollen las pruebas periciales mediante las cuales se aporta al juez información sobre asuntos de la ciencia, el arte, la técnica o el oficio que es ajeno a su campo de conocimiento y especialización?
2. ¿El establecimiento del régimen de un perito único en los juicios en materia familiar contribuye al fin constitucional de proteger los derechos de los niños, y es idónea para lograr ese objetivo, porque busca preservar la calidad de sus testimonios e impedir su revictimización en el proceso judicial?
3. Conforme a la literatura especializada en la materia y las recomendaciones formuladas por instituciones internacionales para la protección de los derechos de la infancia, ¿existen alternativas adecuadas para realizar pruebas en genética molecular de ADN para probar la filiación parental, que no requieran el establecimiento del régimen de un perito único y una sola prueba pericial?

Criterios de la Suprema Corte

1. La prueba pericial adquiere relevancia justo en temas que son *ajenos* a los conocimientos del juzgador. Tiene por objeto ilustrar al juez sobre conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria que le son ajenos, por lo tanto, para ayudar de forma más efectiva a los jueces a formar su convicción sobre los hechos que deben decidir, las opiniones periciales deben provenir de un experto en la materia, que conoce la técnica para realizar la prueba, y que cuenta con una calificación profesional, reconocida por los especialistas en la materia, para discernir si en el dictamen emitido se hizo una fijación clara del estudio, se indicó en forma correcta el método que debe ser utilizado, y si se valoraron en forma adecuada todas las cuestiones relevantes para emitir una conclusión.
2. El establecimiento del régimen de un perito único en los juicios en materia familiar contribuye al fin constitucional de proteger los derechos de los niños porque busca preservar la calidad de sus testimonios e impedir su revictimización en el proceso judicial. Sin

embargo, dicha institución procesal no es idónea ni necesaria para cumplir con los objetivos que busca el artículo 4o. constitucional, porque al establecerse que en materia familiar podrá realizarse una sola prueba por un perito único, se restringe en forma excesiva el derecho de garantía de audiencia de los gobernados, puesto que impide a las partes impugnar en forma efectiva el dictamen rendido por el perito único, además de tener el efecto de privar al juez de los medios de prueba necesarios para el conocimiento de la verdad.

3. Las recomendaciones internacionales emitidas por instituciones protectoras de los derechos de la infancia no establecen que si en un proceso judicial de reconocimiento de paternidad se permite la realización de más de una prueba pericial, por distintos peritos, se atente contra el interés superior de los menores. La intervención de varios peritos en un juicio de paternidad no requiere forzosamente que el niño sea llevado a diversos laboratorios más de una vez para que se le tomen varias muestras, sino que, en la medida posible, lo idóneo es que sea un solo laboratorio aprobado por el tribunal quien le aplique la prueba, y que los diversos peritos la analicen con la finalidad de que cada uno llegue a su conclusión.

Justificación de los criterios

1. La Primera Sala explicó que las pruebas periciales adquieren relevancia justo en temas que son ajenos a los conocimientos del juzgador. Su finalidad es "ilustrar al juez sobre conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria que le son ajenos, por lo tanto, es de suma importancia que las partes puedan proporcionar al juez todos los elementos que puedan ser útiles para crearle convicción, de manera que se pueda formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia o inexistencia de las circunstancias sobre las que tiene que decidir." (Pág. 35, párr. 4).

Por lo anterior, toda vez que la prueba pericial versa sobre conocimientos especiales que normalmente requieren un título para su ejercicio, "[...] es claro que los argumentos que las propias partes aporten al juzgador en demérito de la prueba pericial desahogada en el juicio no surtirán los mismos efectos que si dichos razonamientos provinieran de un experto en la materia, que conoce la técnica para realizar la prueba, y que cuenta con una calificación profesional, reconocida por los especialistas en la materia, para discernir si en el dictamen emitido se hizo una fijación clara del estudio, se indicó en forma correcta el método que debe ser utilizado, y si se valoraron en forma adecuada todas las cuestiones relevantes para emitir una conclusión." (Pág. 36, párr. 1).

2. La Primera Sala realizó un test de proporcionalidad para discernir si la regulación sobre el régimen del perito único en los juicios en materia familiar en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) cumple un fin constitucionalmente válido —la protección de los derechos de los niños— y es una medida idónea para lograr ese objetivo (pág. 23, párr. 3).

En la sentencia se da cuenta de los resultados de la consulta a la literatura especializada que llevó a cabo la Corte, de la cual puede concluirse que, "tradicionalmente, las pruebas periciales en asuntos en materia familiar requieren de actos que se pueden considerar invasivos de la persona, en cuanto se toman muestras de órganos y líquidos segregados por glándulas del cuerpo, como son la sangre y la saliva, para hacer la prueba del ácido desoxirribonucleico (ADN), o se siguen interrogatorios o procedimientos que invaden la psique, como son las periciales en materia psicológica. Por esa razón, organismos protectores de la infancia han emitido ciertas directrices encaminadas a que los procedimientos que se sigan sean menos invasivos de la integridad personal de los menores, y que, sobre todo en el ámbito de las pruebas psicológicas, puedan brindar resultados más apegados a la realidad." (Pág. 27, párr. 2).

A juicio de la Suprema Corte sobre las recomendaciones internacionales citadas se desprende que la forma de realizar las entrevistas al menor puede ser crucial para obtener una respuesta que sea más apegada a la realidad, que deben evitarse las preguntas cerradas y repetirse las preguntas lo menos posible, para evitar que se vicien las respuestas. Asimismo, que en los casos en los que haya indicios de maltrato infantil, violencia familiar, incluso abuso sexual, o conflictos emocionales derivados de divorcios conflictivos, los lineamientos citados persiguen una doble finalidad: no sólo obtener un testimonio de calidad, y conocer con un mayor grado de certeza lo que piensa o siente el menor, sino también evitar, en la medida de lo posible, revictimizarlo.

De aquí la Corte resolvió que la finalidad perseguida por el artículo reclamado es constitucionalmente válida porque el establecimiento del sistema del perito único en materia familiar busca: i) evitar sujetar a los menores a interrogatorios prolongados, así como, evitar la repetición de los interrogatorios, lo cual está científicamente probado que preserva la calidad de su testimonio; y ii) evitar su revictimización en el proceso judicial (pág. 33, párr.1). Sin embargo, dicha regulación no es idónea ni necesaria para cumplir con los objetivos que busca el artículo 4o. constitucional para lograr la protección de los niños, por lo cual no supera el segundo criterio de escrutinio del test de proporcionalidad (pág. 33, párr. 3).

El objeto de un procedimiento judicial es aportar al juez todos los elementos necesarios para que emita una sentencia que brinde una solución adecuada a la controversia (pág. 34, párr.1). Para efectos de garantizar un resultado justo y equitativo en el proceso judicial es importante que la ley establezca las medidas necesarias para que las partes puedan aportar al juez su visión de los hechos, sus medios de prueba y los razonamientos en los cuales sustentan sus pretensiones o defensas (pág. 34, párr. 2). La sentencia explica que "probar" significa demostrar la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación y que "debe tomarse en cuenta que dado que el juez es ajeno a los hechos aducidos en la demanda y

la contestación, no le es suficiente para emitir una decisión basarse en las simples manifestaciones de las partes, sino que debe disponer de los medios para verificar la exactitud de sus proposiciones." (Pág. 34, párr. 3).

Así, el sistema de un perito único limita el derecho de las partes a impugnar el resultado de la prueba y a demostrar los problemas o defectos que pueda tener (pág. 34, párr. 4). En este contexto debe tenerse en cuenta que la prueba pericial es importante justamente porque aporta información sobre temas que le son ajenos al juzgador y busca proporcionarle conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria que exceden su campo de conocimiento. Por eso, "[...] es de suma importancia que las partes puedan proporcionar al juez todos los elementos que puedan ser útiles para crearle convicción, de manera que se pueda formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia o inexistencia de las circunstancias sobre las que tiene que decidir." (Pág. 35, párr.1).

La Primera Sala expuso entonces que si la prueba pericial versa sobre conocimientos especiales que normalmente requieren un título para su ejercicio, "es claro que los argumentos que las propias partes aporten al juzgador en demérito de la prueba pericial desahogada en el juicio no surtirán los mismos efectos que si dichos razonamientos provinieran de un experto en la materia, que conoce la técnica para realizar la prueba, y que cuenta con una calificación profesional, reconocida por los especialistas en la materia, para discernir si en el dictamen emitido se hizo una fijación clara del estudio, se indicó en forma correcta el método que debe ser utilizado, y si se valoraron en forma adecuada todas las cuestiones relevantes para emitir una conclusión". (pág. 35, párr. 2).

Asimismo, la sentencia resuelve que aun cuando no se prohíbe que se impugne la prueba realizada por el perito único, al ser una prueba técnica que requiere conocimientos especiales, únicamente podrá ser cuestionada de forma efectiva por un profesional con la especialización requerida, y no por las partes del juicio. Al impedirse que la prueba sea realizada o revisada por peritos diferentes del oficial, cualquier impugnación que no realice un experto con los conocimientos especiales necesarios tendrá menos efecto en la convicción del juez (pág. 35, párr. 2). En adición a esos argumentos, la Primera Sala no encontró en su estudio del caso cuál puede ser el beneficio de impedir que otros especialistas aporten al juicio sus conocimientos, ya sea para demostrar en qué errores pudo haber incurrido el perito oficial, para hacer ver cuestiones que puedan haber pasado inadvertidas o para reafirmar aspectos que puedan ser trascendentes para la resolución de la controversia (pág. 36, párr. 1).

3. La Primera Sala reconoció que el artículo reclamado del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal intentó implementar algunas de las recomendaciones realizadas por organismos internacionales protectores de la infancia para limitar al máximo las inje-

rencias en la vida privada de los niños (pág. 38, párrs. 1 y 2). Sin embargo, las recomendaciones internacionales revisadas en la sentencia no dicen que permitir más de una prueba pericial en un proceso atente contra el interés superior de los menores.

En cuanto a las pruebas como la pericial en genética molecular del ADN, la sentencia explica cómo se realizan las muestras de sangre, que posteriormente se amplifican y corren en un analizador genético, el cual emite unas gráficas llamadas "electroferogramas", y que son las que estudian por los peritos para determinar si hay una filiación parental o no (pág. 39, párr. 2). Esto permite concluir que la intervención de varios peritos en un juicio de paternidad no requiere forzosamente que el niño sea llevado a diversos laboratorios más de una vez para que se le tomen varias muestras, "sino que, *en la medida posible*, lo idóneo es que sea un solo laboratorio aprobado por el tribunal quien le aplique la prueba, y que los diversos peritos la analicen con la finalidad de que cada uno llegue a su conclusión." (Énfasis en el original) (pág. 39, párr. 3).

1.6.2 Criterios sobre la relevancia y fiabilidad de las pruebas en genética molecular (ADN) en juicios de paternidad

SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 154/2005-PS, 18 de octubre de 2006²⁸

Relevancia y fiabilidad de las pruebas de ADN y filiación parental

Hechos del caso

La Suprema Corte de Justicia resolvió una contradicción de tesis entre dos tribunales colegiados que resolvieron casos similares en los cuales se ofreció una prueba pericial en genética (toma de muestras de ADN) dentro de un juicio de paternidad y los demandados se negaron a permitir su realización, por lo cual, los juzgadores les impusieron medidas de apremio consistentes en una multa y un arresto, conforme a lo previsto por las legislaciones procesales civiles de cada entidad federativa (Estado de México y Nuevo León).

Uno de los tribunales colegiados que resolvió estos casos concluyó que es inconstitucional la aplicación de alguna de las medidas de apremio que contempla la ley cuando un demandado no se presenta para la toma de muestras de ADN que se requieren para realizar la prueba pericial de paternidad. Para proteger los derechos del menor de edad al mismo tiempo que las garantías individuales del demandado en el juicio de paternidad, si éste no se presenta o se opone a la toma de muestras de ADN, operará una presunción de que son ciertos los hechos que se intentó demostrar con esa prueba.

²⁸ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz.

Por el contrario, el otro tribunal colegiado que emitió el criterio en contradicción que resolvió la Suprema Corte estimó que la imposición de una medida de apremio (en este caso, un arresto de hasta 36 horas) no constituye una violación de las garantías individuales del demandado en un juicio de paternidad que se niega a realizar la prueba de ADN, porque en una escala de valores debe prevalecer el derecho del menor de edad a conocer su identidad.

La Primera Sala estimó que el problema a resolver para decidir cuál de los criterios contradictorios debía prevalecer era si en un juicio de paternidad, cuando se ofrece una prueba pericial en materia de genética molecular (ADN) y el demandado se niega o se opone a realizarla, ¿es constitucional o no la aplicación de las medidas de apremio en los casos en los que el demandado se niega o se opone a que se le practique la prueba pericial en genética? Asimismo, la Corte estableció que una vez determinado lo anterior, debería resolverse cómo pueden los jueces garantizar el derecho de un menor de edad a la filiación ante la negativa del demandado para realizar la prueba de ADN?

En la sentencia se incluyó un apartado sobre las características generales de la prueba pericial de ADN y se estableció su validez científica como medio para conocer la filiación parental. Se resolvió que con esta prueba pericial no se viola el derecho a la intimidad genética del presunto padre, porque únicamente se obtiene información de la huella genética y no del mapa genético completo. Según la misma sentencia, la realización de una prueba pericial de ADN sí podría violar los derechos a la intimidad, la integridad personal o la salud del presunto padre, si no se ordena y desarrolla de forma adecuada. Finalmente, la Corte decidió que sí pueden imponerse medidas de apremio como una multa o un arresto, cuando esté previsto en las leyes locales, para obligar al demandado a acudir al lugar donde debería realizarse la prueba de ADN, pero no obligarlo a llevarla a cabo por la fuerza. En caso de que se niegue a practicarse la prueba, se presumirá que es el padre del menor, salvo evidencia en contrario.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Qué tipo de hallazgos científicos pueden y deben ser admitidos para orientar la toma de decisiones jurisdiccionales para que los tribunales impartan justicia y los juzgadores profieran sus fallos de una manera más informada cuando se enfrentan a ámbitos que van más allá del conocimiento ordinario del derecho?
2. ¿Las pruebas genéticas de ADN que se realizan para probar la filiación en un juicio de paternidad cumplen con los criterios definidos por la Corte para definir el tipo de hallazgos científicos que pueden y deben ser admitidos para orientar los procesos de toma de decisiones jurisdiccionales?

Criterios de la Suprema Corte

1. Para que un órgano jurisdiccional pueda apoyarse válidamente en una opinión de algún experto en una rama de la ciencia, es necesario que esa opinión tenga las siguientes características: (i) que la evidencia científica sea relevante para el caso concreto en estudio; es decir, que mediante la misma pueda conocerse efectivamente la verdad de los hechos sujetos a prueba, y (ii) que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya llegado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate: (a) haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que haya estado sujeta a pruebas de refutabilidad; (b) haya estado sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica; (c) se conozca su margen de error potencial, y (d) existan estándares que controlen su aplicación.

2. La prueba genética de ADN utilizada para acreditar la filiación en un juicio de paternidad cumple con los criterios establecidos por la Corte, porque es relevante (permite conocer la verdad de los hechos sujetos a prueba) y es fidedigna. Debido a su alto grado de certeza, una prueba de ADN bien realizada es el método más preciso, confiable y contundente para establecer relaciones de paternidad-filiación, porque está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos (huellas genéticas) del padre o madre y del hijo.

Para que un órgano jurisdiccional pueda apoyarse válidamente en una opinión de algún experto en una rama de la ciencia, es necesario que esa opinión tenga las siguientes características: (i) que la evidencia científica sea relevante para el caso concreto en estudio, es decir, que a través de la misma pueda conocerse efectivamente la verdad de los hechos sujetos a prueba, y (ii) que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate: (a) haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma haya sido sujeta a pruebas de refutabilidad; (b) haya sido sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica; (c) se conozca su margen de error potencial, y (d) existan estándares que controlen su aplicación.

Justificación de los criterios

1. En la sentencia en la que se estudiaron las características de la prueba pericial en genética molecular, la Primera Sala expuso que en los procesos de toma de decisiones sobre una acción de paternidad, los avances de la ciencia y la tecnología que pueden presentarse a través de las opiniones de expertos, son indispensables para ayudar a los jueces a comprender cuestiones que exceden su campo de conocimiento. Lo anterior porque: "Los tribunales cada vez con mayor frecuencia requieren allegarse de evidencia científica para la resolución de los asuntos que son sometidos a su conocimiento, debido a los avances de los últimos tiempos en el campo de la ciencia y a las repercusiones que esos hallazgos pueden representar para el derecho. De esta forma, en muchas ocasiones los juzgadores requieren contar con la opinión de expertos en esas materias para proferir sus fallos de una manera informada y evitar incurrir en especulaciones en torno a ámbitos del conocimiento que van más allá del conocimiento del derecho que el juzgador debe tener." (Pág. 22, párr. 2).

En esta línea, la Primera Sala refirió también que "[...] el derecho y la ciencia son dos de las fuentes de autoridad más importantes para los gobiernos modernos, aun cuando tienen origen, fundamentos y alcances diversos. Los productos de ambas ramas del conocimiento se presumen imparciales, ajenos a intereses particulares y válidos sin importar el contexto inmediato de su generación; de ahí que frecuentemente orienten las políticas

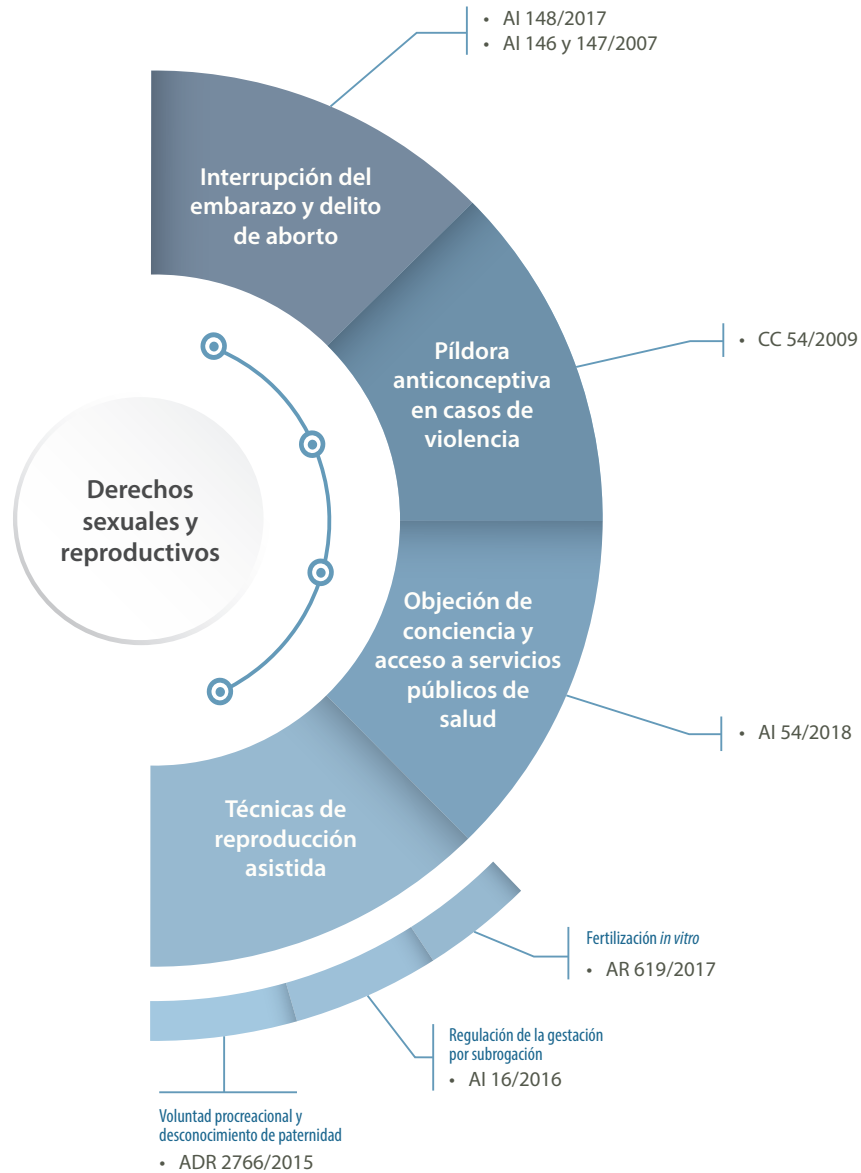
públicas y sirvan de fundamento para evaluar la racionalidad de las decisiones políticas. Juntos, el derecho y la ciencia, constituyen un medio para asegurar la legitimidad de las decisiones gubernamentales, ello a partir de las diversas modalidades de relación que entre ambos se generan." (Pág. 23, párr. 1).

Por las razones apuntadas, en la sentencia se consideró necesario establecer algunos criterios para orientar a los jueces en el proceso de discernir qué tipo de hallazgos científicos pueden y deben ser admitidos como medios de prueba para emitir una decisión más informada cuando se enfrentan a ámbitos del conocimiento que van más allá del campo jurídico (pág. 24, párr. 1).

2. La Primera Sala concluyó que la prueba genética de ADN cumple los criterios precisados arriba para definir el tipo de hallazgos científicos que pueden considerar los jueces (pág. 25, párr. 1). En la sentencia se expone cuál es el procedimiento mediante el cual se desarrolla dicha prueba pericial y cuáles son sus características. La Suprema Corte concluyó que la información que resulta de esta prueba en un juicio de reconocimiento de paternidad "[...] determina los perfiles genéticos de la persona que participa en la prueba y el tamaño de los diferentes marcadores sometidos a prueba, es decir, establece una huella genética que contiene únicamente las informaciones sobre las secuencias de los marcadores; también se determina el llamado 'Índice de Paternidad', que consiste en una medida estadística de qué tan fuertemente una coincidencia entre los marcadores del presunto padre y del presunto hijo indica paternidad: si los marcadores de ADN que se comparan no coinciden, entonces el presunto padre es excluido en un cien por ciento de la posibilidad de ser el ascendiente, pero si coinciden, se puede calcular una probabilidad que alcanza más del 99.99% de certeza." (Pág. 29, párr. 1).

Por lo anterior, la Sala concluyó que debido a su grado de certeza "una prueba de ADN bien realizada es considerada como el método más preciso, confiable y contundente para establecer relaciones de paternidad-filiación, porque está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos (huellas genéticas) del padre o madre y del hijo." (Pág. 29, párr. 2).

2. Derechos sexuales y reproductivos



2. Derechos sexuales y reproductivos

2.1 Interrupción del embarazo y delito de aborto

SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, 7 de septiembre de 2021²⁹

Hechos del caso

La Procuraduría General de la República promovió una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 13, apartado A, 195, 196 y 224, fracción II, del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, contenidos en el Decreto 990, publicado en el Periódico Oficial de dicha entidad. La Procuraduría alegó que los artículos 195³⁰ y 196 vulneraban los derechos de autonomía y libertad reproductiva de las mujeres al establecer un tipo penal que impedía la interrupción del embarazo en la primera etapa de la gestación.

La Suprema Corte de Justicia determinó que la prohibición absoluta, respaldada a través de la sanción penal, equivalía a establecer una obligación para la mujer que, una vez embarazada, necesariamente debía convertirse en madre. En atención a la constituciona-

²⁹ Unanimidad de diez votos por la invalidez de todo el capítulo de aborto del ordenamiento impugnado, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo del tema del aborto, consistente en declarar la invalidez del artículo 196 del Código Penal de Coahuila de Zaragoza, expedido mediante el Decreto No. 990, publicado en el Periódico Oficial de dicha entidad federativa el veintisiete de octubre de dos mil diecisiete y, por extensión, del artículo 198, párrafo primero, en su porción normativa "sea o", del ordenamiento reclamado. Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales.

³⁰ Las normas impugnadas establecen que "comete el delito de aborto quien causa la muerte al producto de la concepción, en cualquier momento del embarazo" (artículo 195, Aborto para efectos penales); y que "se impondrá de uno a tres años de prisión, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o a la persona que la hiciera abortar con el consentimiento de aquella" (artículo 196, Aborto autoprocurado o consentido).

lización del derecho a decidir, el Pleno consideró que cuando se anula por completo esa prerrogativa de la mujer y de las personas con capacidad de gestar, se vulneran de inmediato y en automático la dignidad de la mujer frente al desconocimiento de sus propias características que la individualizan y la definen; se afecta trascendentalmente su autonomía y libre desarrollo de la personalidad al impedirse la posibilidad de elegir el propio plan y proyecto de vida conforme a sus íntimas convicciones; se crea un mecanismo de violencia de género que refuerza roles –la maternidad como destino obligatorio– que repercuten en la imposibilidad de alcanzar la igualdad jurídica; y se lesiona su salud mental y emocional ante la imposibilidad de plantearse alternativas de decisión, de conducción de la vida propia, lo que a su vez genera el impedimento de alcanzar el más pleno bienestar.

Por estas razones, el Pleno determinó que debía de invalidarse en su totalidad el artículo 196 del Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza –y, por extensión, la de los artículos 198, párrafo primero, en su porción normativa "sea o", y 199, en su acápite y párrafo primero, en su porción normativa "Se excusará de pena por aborto y", y fracción I, párrafo primero, en su porción normativa "dentro de las doce semanas siguientes a la concepción".

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Cuál son el contenido y los límites del derecho a decidir de las mujeres y las personas gestantes frente a la protección del bien constitucional del *nasciturus*?

1. ¿Cuál son el contenido y los límites del derecho a decidir de las mujeres y las personas gestantes frente a la protección del bien constitucional del *nasciturus*?
2. ¿El marco jurídico, constitucional y convencional, protege la vida desde la concepción?
3. Aun cuando el embrión o feto no puede considerarse titular de derechos, incluyendo la vida desde el momento de la concepción, ¿debe reconocerse que tiene un ámbito de protección en el sistema jurídico mexicano? ¿Cómo se concilia con el derecho de las mujeres a decidir en el contexto de la autonomía reproductiva?
4. ¿Cómo puede definirse la temporalidad en que puede ser llevada a cabo la interrupción del embarazo como parte del ejercicio del derecho de las mujeres a decidir?
5. ¿Cómo y en qué formas la prohibición del aborto voluntario impacta negativamente y de una manera directa a las mujeres a través de la criminalización de esta conducta?

Criterios de la Suprema Corte

1. Los artículos 1o. y 4o. constitucionales protegen el derecho de las mujeres a decidir, que conlleva el de autonomía reproductiva, conforme al cual debe garantizarse su elección y

libre acceso a todas las formas de anticoncepción, a las técnicas de reproducción asistida y a la eventual interrupción del embarazo. La constitucionalización del derecho a decidir, en el marco del concepto de justicia reproductiva, permite sostener que no tiene cabida dentro de la doctrina jurisprudencial un escenario en el cual la mujer y las personas con capacidad de gestar no puedan plantearse el dilema de continuar o interrumpir su embarazo por un corto periodo de tiempo al inicio de la gestación, pues ello equivaldría a asumir que su dignidad y autonomía personal pueden modularse y restringirse en función de supuestos basados en un constructo social que, antes que personas independientes, las configura como instrumentos de procreación.

2. El régimen jurídico constitucional y convencional no establece la protección del derecho a la vida desde la concepción. Conforme al derecho constitucional y convencional, el *nasciturus* no es titular de derechos humanos, de modo que el ejercicio de éstos está determinado a partir del nacimiento. Con todo, la Suprema Corte no puede determinar el momento en que inicia la vida humana, pues como se había resuelto antes, después de haber revisado información aportada por especialistas en distintas ramas del conocimiento como parte del desahogo plural de la prueba pericial en materia de concepción y vida humana en el seno materno, no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado.

3. Aun cuando el embrión o feto no puede considerarse titular de derechos, incluyendo la vida desde el momento de la concepción, no se excluye que tenga un delimitado ámbito de protección, porque debe protegerse su cualidad intrínseca, en tanto se trata de la expectativa de un ser –con independencia del proceso biológico en el que se encuentre– y cuyo desarrollo es constante conforme avanza el proceso de gestación. El proceso de gestación es un valor constitucionalmente relevante que amerita la protección de los poderes públicos. En este contexto, las medidas de protección al *nasciturus* se intensifican al ir avanzando del embarazo. La ciencia médica es coincidente en señalar que las fases, etapas y acontecimientos por las cuales atraviesa –en términos generales– el producto de la concepción durante el periodo prenatal. Así, la apreciación integral del proceso de gestación permite realizar una mejor integración cuando se observa en relación con el derecho constitucional de las mujeres y personas gestantes a decidir, pues permite jurídicamente establecer un espacio para que ambos puedan desenvolverse y tener un lugar determinado. El escenario que mejor permite salvaguardar su valor inherente es el trabajo conjunto del Estado con la mujer embarazada o persona gestante, mediante el despliegue de una política gubernamental cuyos cimientos sean la más amplia tutela de todos los derechos y bienes involucrados.

3. La definición de la temporalidad en que puede ser llevada a cabo la interrupción del embarazo, como parte del ejercicio del derecho de las mujeres a decidir, debe ser razonable,

La constitucionalización del derecho a decidir, en el marco del concepto de justicia reproductiva, permite sostener que no tiene cabida dentro de la doctrina jurisprudencial un escenario en el cual la mujer y las personas con capacidad de gestar no puedan plantearse el dilema de continuar o interrumpir su embarazo por un corto periodo de tiempo al inicio de la gestación, pues ello equivaldría a asumir que su dignidad y autonomía personal pueden modularse y restringirse en función de supuestos basados en un constructo social que, antes que personas independientes, las configura como instrumentos de procreación.

es decir que su diseño legislativo no debe anular o volver inejercitable la citada prerrogativa, pero también debe considerar ineludiblemente el incremento paulatino en el valor del proceso de gestación; para su determinación, el legislador puede acudir a la información científica disponible, así como a las consideraciones de política pública en materia de salud que le parezcan aplicables en la medida en que sean compatibles con los criterios contenidos en la sentencia.

4. A partir del análisis de los datos disponibles de diversas instituciones sobre los efectos de abortos clandestinos en la vida de las mujeres y en sus cuerpos por las graves problemáticas que esta práctica conlleva, el Pleno concluyó que la prohibición del aborto afecta, como unidad, a las mujeres y a sus cuerpos, de una manera evidentemente desproporcionada. Ya que, a través de la criminalización se les coloca en una situación en la que, aun frente al riesgo de enfrentar un proceso penal, por los graves riesgos que conlleva la práctica de abortos en condiciones sanitarias, las mujeres tienen que además asumir otros riesgos que ponen en peligro su vida y su salud, como la posibilidad de perder la vida, sufrir una lesión permanente o temporal (que puede ocasionar la imposibilidad de concebir nuevamente), tanto física como psicológica, o ser contagiada de alguna enfermedad.

Justificación de los criterios

1. El tema central de la Acción de Inconstitucionalidad fue revisar si es constitucional sancionar con pena de prisión a la mujer que decide voluntariamente interrumpir su embarazo (y, en su caso, a la persona que con consentimiento de ella ejecute ese acto) (pág. 16, párr. 2). Se precisó desde el inicio del estudio de fondo que, además, la sentencia abordaría el problema desde una perspectiva de derechos y con perspectiva de género, "como método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, es decir, implica juzgar a partir de las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad". (Págs. 17, párr. 1 y 18, párr. 1). También que, en materia de género e interseccionalidad, el espectro de la decisión comprende tanto a las mujeres como a las personas con capacidad de gestar (por ejemplo, *hombres transgéneros*, *personas no binarias*, entre otras). (Pág. 19, párr. 1).

En cuanto al contenido y los límites del derecho a las mujeres a decidir, frente a la protección del *nasciturus*, el Pleno de la Suprema Corte interpretó que los artículos 1o. y 4o.³¹ constitucionales protegen el derecho de las mujeres a decidir, que conlleva el de autonomía reproductiva, que es "exclusivo de las mujeres pues forma un todo con su libertad personal,

³¹ La sentencia se refiere al párrafo segundo del artículo 4o. constitucional, en el cual se dispone que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos"

que no puede dejar de entrañar su autonomía en orden a la opción de convertirse en madre" (pág. 22, párr. 1). Este derecho incluye, además, en la interpretación de la Corte, "la elección y libre acceso a todas las formas de anticoncepción, a las técnicas de reproducción asistida y a la eventual interrupción del embarazo. Todas elecciones reproductivas que dan sentido al proyecto de vida de las personas como seres libres en el ámbito de un Estado moralmente plural y laico." (Pág. 23, párr. 2).

Los principios y derechos que informan la interpretación del derecho a decidir la maternidad incluyen la dignidad humana (pág. 26, párr. 1); la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (pág. 31, párr. 1); la laicidad (pág. 34, párr. 3); la igualdad jurídica (pág. 44, párr. 2).

Luego la Corte estudió las implicaciones del derecho a decidir de las mujeres en el contexto de su autonomía reproductiva, en relación con el derecho a la salud física y mental. Se concluyó aquí que, bajo el parámetro de regularidad constitucional adoptado en la jurisprudencia, **"no es suficiente con tener libertad para adoptar, autónomamente, las decisiones acerca de la propia salud y la libertad reproductiva, pues es fundamental contar con la correlativa asistencia para poder ejecutarlas adecuadamente**, es decir, una decisión sobre la propia salud, como terminar un embarazo, no puede ser interferida arbitrariamente y, además, debe existir toda la infraestructura para poder llevarla a cabo: servicios médicos seguros, disponibles, accesibles, aceptables, asequibles, respetuosos y de calidad." (Pág. 54, párr. 1).

El derecho a decidir y sus implicaciones específicas. Para la Corte, la constitucionalización del derecho a decidir, en el marco del concepto de justicia reproductiva, permite sostener que "no tiene cabida dentro de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Constitucional, un escenario en el cual la mujer y las personas con capacidad de gestar no puedan plantearse el dilema de continuar o interrumpir su embarazo por un corto periodo de tiempo al inicio de la gestación, pues ello equivaldría a asumir que su dignidad y autonomía personal pueden modularse y restringirse en función de supuestos basados en un constructo social que, antes que personas independientes, las configura como instrumentos de procreación (...)" (Pág. 56, párr. 2).

Entonces, las implicaciones esenciales del derecho a decidir de las mujeres en el contexto de la libertad reproductiva son (pág. 67, párr. 1): (i) la educación sexual como pilar de la política pública en materia de salud reproductiva (pág. 67, párr. 2); (ii) el acceso a información y asesoría en planificación familiar y métodos de control natal (pág. 68, párr. 1); (iii) el reconocimiento de la mujer y las personas con capacidad de gestar como titulares del derecho a decidir la continuación o interrupción de su embarazo (pág. 69, párr. 1); (iv) la garantía de que la mujer o persona gestante tome una decisión informada en relación con la interrupción o continuación de su embarazo (pág. 70, párr. 1); (v) el derecho a deci-

dir comprende dos ámbitos de protección de igual relevancia, claramente diferenciados y que encuentran su detonante en la elección de la mujer o persona gestante (pág. 72, párr. 1); (vi) la garantía de que las mujeres o personas gestantes que así lo decidan puedan interrumpir su embarazo en las instituciones de salud pública de forma accesible, gratuita, confidencial, segura, expedita y no discriminatoria (Pág. 73, párr. 3); y (vii) el derecho de la mujer o persona gestante a decidir sólo puede comprender el procedimiento de interrupción del embarazo dentro de un breve periodo cercano al inicio del proceso de gestación (pág. 75, párr. 1).

2. La Corte recordó que, según la jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales no son absolutos y, por tanto, "la relación que se entabla entre el *derecho a decidir* y la *protección del bien constitucional del no nacido* no son supuestos de excepción a esta regla (...)." (Pág. 75, párr. 3).

Se puntualizó en la sentencia que para delimitar la protección que en el sistema jurídico mexicano tiene el concebido, "no será materia de pronunciamiento lo relativo a identificar el momento en que inicia la vida humana, pues este Alto Tribunal con motivo de una problemática directamente vinculada al presente caso (y sólo después de haber revisado información aportada por especialistas en distintas ramas del conocimiento como parte del desahogo plural de la prueba pericial *en materia de concepción y vida humana en el seno materno*, así como de escuchar las distintas comparecencias que sobre el tópico fueron convocadas), ya fue concluyente al establecer que '*...no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado, sustentándose afirmaciones encontradas entre sí...*'" (Pág. 76, párr. 2). (Énfasis en el original).

Después de revisar el derecho constitucional y convencional vigente, la Corte concluyó que "el *nasciturus* escapa a la noción de persona como titular de derechos humanos, de modo que el ejercicio de éstos está determinado a partir del nacimiento" (pág. 80, párr. 2). Con otras palabras, el derecho a la vida está asociado en los instrumentos constitucionales y convencionales, de forma intencional, con la persona nacida y no así con el producto de la concepción humana (pág. 81, párr. 3). Además, descartado el escenario de que el embrión o el feto (dependiendo del momento de la gestación) sea *titular de derechos fundamentales* por no ser persona en el sentido jurídico de la expresión, el Pleno explicó que el régimen jurídico no establece la protección del derecho a la vida desde la concepción (pág. 81, párr. 1).

3. Con todo, la Corte reconoció, aun cuando el embrión o feto no puede considerarse titular de derechos, incluyendo la vida desde el momento de la concepción, no se excluye que tenga un delimitado ámbito de protección, o **"una cualidad intrínseca en el *nasciturus*, con un valor que se asocia a sus propias características en tanto se trata de la expecta-**

tiva de un ser –con independencia del proceso biológico en el que se encuentre– y cuyo desarrollo es constante conforme avanza el proceso de gestación". (Pág. 85, párr. 1).

En esta línea de pensamiento, el proceso de gestación es un valor constitucionalmente relevante que amerita la protección de los poderes públicos, por su valor intrínseco, y que está vinculado a la expectativa del nacimiento de un ser humano a partir de la existencia de un feto o embrión. El periodo prenatal también requiere la tutela estatal asociada a la protección conjunta que corresponde a las mujeres que, en su ejercicio del derecho a elegir, optan por el camino de la maternidad como plan y proyecto de vida (pág. 86, párr. 3).

En este contexto, las medidas de protección al *nasciturus* se intensifican al ir avanzando del embarazo (pág. 87, párr. 1). De esta forma "El acrecentamiento a lo largo del tiempo de la valía de este bien constitucional, está asociado a que el paso de las semanas de gestación significan el desarrollo de las características que pueden incluirse en cualquier debate sobre aquello que define a un *ser humano*, el cual es un proceso que ocurre gradualmente y sin ningún tipo de pausa; además, ese rasgo fundamental debe ser visto en simultáneo con el aumento en la posibilidad de que sobreviva fuera del seno materno de manera independiente. Estos rasgos de corte biológico se traducen jurídicamente en que el ámbito de protección se extiende de la misma manera: progresivamente, de forma que la ausencia de titularidad de derechos no constituye obstáculo para conferirle, en esa misma lógica, un ámbito de protección que se despliegue de manera correlativa." (Pág. 87, párr. 2).

De aquí se afirmó que la ciencia médica es coincidente en señalar que las fases, etapas y acontecimientos por las cuales atraviesa –en términos generales– el producto de la concepción durante el periodo prenatal (pág. 87, párr. 3), que se describen en la sentencia, arribando a la conclusión de que "La revisión de cada paso del proceso de perfeccionamiento del desarrollo de la gestación, conduce a la innegable verdad de que aumenta la capacidad del organismo para sentir dolor, experimentar placer, reaccionar a su entorno y sobrevivir fuera del vientre materno, así como su viabilidad para ser persona; cada semana que transcurre se suceden eventos fundamentales que subrayan la importancia del bien constitucional, su singularidad y trascendencia inherente a la humanidad en su conjunto; consecuentemente, de forma sincrónica se acrecienta la obligación prioritaria del Estado para protegerlo conforme ocurren tales acontecimientos, constituyendo su salvaguarda un interés apremiante que debe traducirse en la implementación de acciones permanentes con el objetivo de brindar el más amplio resguardo.

La apreciación integral del proceso de gestación permite, para efectos de la problemática concreta, realizar una mejor integración cuando se observa en relación con el

Para la Suprema Corte de Justicia, el proceso de gestación es un valor constitucionalmente relevante que amerita la protección de los poderes públicos, por su valor intrínseco, y que está vinculado a la expectativa del nacimiento de un ser humano a partir de la existencia de un feto o embrión. El periodo prenatal también requiere la tutela estatal asociada a la protección conjunta que corresponde a las mujeres que, en su ejercicio del derecho a elegir, optan por el camino de la maternidad como plan y proyecto de vida.

derecho constitucional de las mujeres y personas gestantes a decidir, pues permite jurídicamente establecer un espacio para que ambos puedan desenvolverse y tener un lugar determinado." (Pág. 94, párr. 1).

Considerando así que la protección de la vida en gestación no puede presentarse como antagónica a la de las mujeres, para efectos de la protección del periodo prenatal, bajo las implicaciones del derecho a decidir, **"el escenario que este Tribunal Constitucional concluye como aquel que mejor permite salvaguardar su valor inherente, es el trabajo conjunto del Estado con la mujer embarazada o persona gestante, mediante el despliegue de una política gubernamental cuyos cimientos sean la más amplia tutela de todos los derechos y bienes involucrados** (conforme al contenido y alcances de las siete implicaciones esenciales que fueron precisadas)". (Pág. 95, párr. 2).

4. En relación con la temporalidad en que puede ser llevada a cabo la interrupción del embarazo como parte del ejercicio del derecho a decidir, la Suprema Corte de Justicia consideró **"que éste debe ser razonable, es decir que su diseño legislativo no debe anular o volver inejercitable la citada prerrogativa, pero también debe considerar –ineludiblemente– el incremento paulatino en el valor del proceso de gestación; para su determinación, el legislador puede acudir a la información científica disponible, así como a las consideraciones de política pública en materia de salud que le parezcan aplicables en la medida de que sean compatibles con las razones aquí vertidas, así como guiarse –a modo de referente– por los parámetros fijados en otras entidades en donde el derecho a elegir ha sido instrumentado en sus legislaciones (Ciudad de México, Oaxaca e Hidalgo)".** (Pág. 98, párr. 1).

5. Debido a la importancia de acudir a evidencias empíricas sobre la efectividad de la prohibición total del aborto voluntario, la Suprema Corte advirtió que la literatura jurídica especializada hace énfasis en que la instrumentación penal a través de la cual se canaliza el interés estatal de proteger la vida en gestación no era una medida idónea para alcanzar ese fin. Puesto que la realidad indica que, frente a la amenaza de procesamiento penal, a las mujeres se les coloca en una situación de vulnerabilidad, que las obliga a recurrir a la práctica de abortos de forma clandestina, en condiciones de precariedad, con los consecuentes riesgos que tal actividad implica.

A pesar de que los hallazgos de la literatura especializada sugieren que esta medida no resulta idónea para el fin que persigue dicha restricción, la Corte señaló que "este indicador de la realidad debe recibir un tratamiento muy delicado que responda en específico a los rasgos de esta problemática [es decir, la anulación de derechos constitucionales generales que no pueden ser objeto de limitaciones establecidas en disposiciones de carácter estatal], pero sobre todo que abrevie de las consideraciones que han sido vertidas [a saber, la presencia de la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida]." (Pág. 119, párr. 1).

Por esta razón, la Corte señaló que por principio no es posible aceptar que por el hecho de que en la realidad persista una conducta ilícita la norma carece de idoneidad y, en consecuencia, deba anularse ese mecanismo de prohibición. De acuerdo con la Corte, esta primera aproximación es reduccionista de la problemática que se abordó en este asunto. En este mismo sentido, considérese, por ejemplo, que bajo esa perspectiva la inmensa mayoría de delitos que se cometen llevarían a estimar que las normas punitivas asociadas carecen de idoneidad y, por tanto, deberían invalidarse u optarse por otro tipo de mecanismos sin mediar ningún otro tipo de análisis (pág. 119, párr. 2).

Bajo esta advertencia, el Pleno de la Suprema Corte estudió la conveniencia o idoneidad de la prohibición total del aborto voluntario a partir de los casos concretos de las entidades federativas (y de la Federación) sobre los efectos de la punición total del aborto voluntario. El Pleno analizó los casos, como evidencia empírica de los defectos de la punición total del aborto en México, para comprobar si la penalización de este estaba asociada con una disminución o reducción de las tasas de aborto, señalando que su análisis no ignoraba el hecho de que "al día de hoy se desconoce otro escenario que no sea la punición total del aborto voluntario [precisando que] (por ejemplo, sólo podría revisarse comparativamente, con las limitaciones intrínsecas, lo ocurrido en la ahora Ciudad de México)." (Pág. 119, párr.3).

Con base en los datos que se disponían sobre la existencia del fenómeno de clandestinidad y sus graves problemáticas asociadas, el Pleno señaló lo siguiente: "[e]ste Tribunal Pleno considera que la producción de abortos en condiciones sanitarias inadecuadas con las consiguientes muertes, enfermedades y lesiones graves que sufren las mujeres (a partir de los datos recopilados por diversas instituciones, pero reconociendo que esa información corresponde sólo a una parte de estos casos severos, pues al ocurrir naturalmente en un ámbito secreto u oculto, no es posible contar con una imagen completa sino sólo parcial, lo que redundaría en la consideración sobre la notable gravedad del problema), es uno de los fenómenos que de forma más contundente revelan que el derecho penal es efectivo en la prevención de los delitos, pero en el caso de una conducta que se relaciona con una unidad, con la mujer y su cuerpo, se revela que la efectividad depende principalmente del tipo de conducta sancionada. [...] Se notó que "La inmensa mayoría de los tipos penales requiere que las personas se abstengan de lesionar a terceros en su persona y/o sus bienes, pero en el caso del aborto la imposición se advierte de tal gravedad que las mujeres asumen ponerse en el alto riesgo de dañarse o lesionarse a sí mismas, antes que enfrentar la maternidad, cualesquiera que sean las razones que, desde su intimidad, las colocaron en esa situación." (Pág. 120, párr. 2).

Para la Corte, "[e]sta idea coloca en el centro de la discusión el caso límite en que es puesta la mujer a través de la criminalización de la conducta pues, aun frente al riesgo de enfrentar un proceso penal (que implica necesariamente afectaciones a la libertad personal, los

costos de enfrentar el procedimiento en términos económicos, de tiempo y de desgaste psicoemocional; la posibilidad de ser condenado, lo que involucraría el cumplimiento respectivo y la existencia del antecedente penal), decide además, asumir la posibilidad de perder la vida, sufrir una lesión permanente o temporal (que podría incluir la imposibilidad de concebir de nueva cuenta), tanto física como psicológica, o ser contagiada de alguna enfermedad." (Pág. 121, párr. 3).

SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, 28 de agosto de 2008³²

Despenalización de la interrupción del embarazo en el Distrito Federal

Hechos del caso

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y la Procuraduría General de la República (PGR) interpusieron una acción de inconstitucionalidad para solicitar la invalidez de varias disposiciones del Código Penal y la Ley de Salud del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), las cuales se refieren, respectivamente, al delito de aborto, a la interrupción voluntaria del embarazo durante sus primeras 12 semanas, así como a la salud, en especial a la salud sexual y reproductiva.

La Suprema Corte se planteó diversas preguntas relacionadas con dos temas principales. Primero, si la interrupción del embarazo en los términos previstos en las leyes reclamadas debería configurarse como un delito de aborto. En segundo lugar, ¿cuál es el momento a partir del cual debe protegerse la vida humana?

Después de un proceso extenso en el que se celebraron seis audiencias públicas, se solicitó información estadística extensa a distintas instituciones públicas sobre aborto y maternidad, y se desahogó una prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana con diversos peritos, la Suprema Corte determinó que no existía consenso en torno a los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y jurídicos sobre cuál es el momento a partir del que comienza la vida humana. Se reconoció la constitucionalidad de la reforma al Código Penal del Distrito Federal. Así, con fundamento en el artículo 133 de la Constitución general, la Corte estableció que la penalización del aborto en las primeras doce semanas es una opción constitucional de las legislaturas estatales. De manera destacada, la Corte consideró que la Ley General de Salud y sus reglamentos no contienen una definición de embarazo. Consecuentemente, la Corte reconoció que la

No existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado.

³² Ponente: Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Consulte la votación de este asunto aquí: «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=91638>».

Asamblea Legislativa del Distrito Federal había ejercido su autonomía al definir el embarazo y regular el delito de aborto en su Código Penal.

Problema jurídico planteado

¿Cuál es el momento en el cual empieza la vida humana y que debe, por tanto, protegerse por el Estado mexicano?

Criterio de la Suprema Corte

No existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado.

Justificación del criterio

La Corte expresó en la sentencia que el problema planteado se refería a dos cuestiones principales: el tema de la interrupción del embarazo y la configuración del delito de aborto, por una parte y, por otra, a la cuestión relativa al momento en el que se debe proteger la vida humana (pág. 119, párr. 2). Sobre el segundo tema se explicó que, *"no se desconoce que, dada su complejidad, existen opiniones encontradas en todos los ámbitos científicos y jurídicos"* (pág. 120, párr. 1). Para resolver este asunto la Suprema Corte consideró diversas pruebas, incluyendo informes en materia de salud y sobre causas penales relacionadas con el delito de aborto en el país; una prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno; y comparecencias en audiencias públicas en donde múltiples actores pudieron expresar a los Ministros su parecer sobre la constitucionalidad o no de las normas reclamadas. En específico se consideraron las siguientes pruebas:

Informes en materia de salud. La Corte solicitó la siguiente información: (pág. 120, párr. 2).

- Al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS); al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE); a la Secretaría de Salud federal (SSA) y a otros institutos y secretarías del ramo en cada entidad federativa, información sobre los datos correspondientes de los últimos quince años sobre "El número de mujeres que en edad fértil han fallecido por anemia y cuántas por hemorragia debido a causas ginecobstétricas, de ser posible si fue como resultado de la interrupción de un embarazo; y las estadísticas de muertes motivadas por un aborto ya sea voluntario o involuntario."
- Al Secretario de Gobernación, en su carácter de Presidente del Consejo Nacional de Población, la remisión de los datos registrados sobre aborto a nivel nacional y por entidades federativas y del Distrito Federal, de 1993 a la fecha de resolución del caso en la Corte.

- A la Secretaría de Salud del Distrito Federal, la estadística de abortos y muertes fetales a nivel nacional y por entidad federativa y del Distrito Federal de 1993 a la fecha; así como las estadísticas de mortalidad materna, precisando la edad de la mujer respecto al mismo lapso; así como la descripción detallada y los fundamentos legales del proceso que sigue una mujer en el Distrito Federal para la práctica de un aborto.

Causas penales. También se solicitaron los siguientes datos (pág. 121, párr. 4):

- A los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, así como al del Distrito Federal, información certificada y detallada de los procesos penales que se han tramitado en relación con el delito de aborto, a partir de 1992 y a la fecha de la solicitud de la Corte.
- A las Procuradurías Generales de Justicia de todas las entidades federativas y del Distrito Federal, informe del número de averiguaciones previas instruidas en relación con el delito de aborto durante el mismo periodo, así como el número de consignaciones penales efectuadas, en el mismo lapso.
- A los Presidentes de los Tribunales Colegiados de Circuito, especializados en Materia Penal y Mixtos, para que informaran el número de amparos promovidos en contra de sentencias relativas al delito de aborto, precisando cifras de amparos concedidos y negados, en el mismo periodo de 1992 a 2007.
- A los Magistrados de Tribunales Unitarios de Circuito y Jueces de Distrito especializados en Materia Penal y Mixtos, para que informaran los datos relativos al periodo ya indicado, sobre los procesos penales, juicios de amparo y/o recursos que se hubieran tramitado en relación con las órdenes de aprehensión, autos de formal prisión y cualquier otra resolución no definitiva, relacionada con el delito de aborto; asimismo, debían informar el sentido de las resoluciones que al respecto dictaron.

Se refirió que "De los datos obtenidos, por el periodo mencionado, se advierte que el número de causas penales y averiguaciones previas tramitadas en relación con el delito de aborto no pasan de 1000, debiéndose hacer notar que los datos proporcionados reportan de manera muy diversa la vinculación entre el delito de aborto y otros ilícitos vinculados a éste." (Pág. 122, párr. 4).

Prueba pericial. La Corte solicitó la práctica "de una prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno" (pág. 123, párr. 1). Se designó como peritos en materia de concepción y vida humana en el seno materno a diversos especialistas en medicina y cirugía; ciencias biológicas; genética médica y bioquímica de

distintas instituciones nacionales e internacionales y se ordenó que el dictamen pericial se rindiera conforme a un interrogatorio único, que se les proporcionaría en la audiencia y que habría de ser contestado durante ella. Todos los peritos rindieron sus dictámenes en la audiencia.

Comparecencias. Se ordenó la celebración de diversas sesiones de comparecencia, a fin de que las asociaciones o agrupaciones, al igual que los particulares que desearan exponer sus puntos de vista en relación con el tema manifestaran sus ideas en audiencia pública ante los ministros de la Suprema Corte (pág. 123, párr. 5). Se llevaron a cabo seis audiencias públicas que en la sentencia se clasificaron en: i) exposiciones en las cuales se sostuvo la inconstitucionalidad de las normas reclamadas, incluyendo la participación de la CNDH y la PGR; y ii) exposiciones en las cuales se defendió la constitucionalidad de las normas combatidas, en las cuales expresaron sus opiniones, entre otros actores, el Presidente de la Asamblea Legislativa y la entonces Consejera Jurídica del Distrito Federal.

La Suprema Corte concluyó de todas las pruebas reseñadas que "no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado, sustentándose afirmaciones encontradas entre sí". (Pág. 127, párr. 1). Por lo anterior, la *litis* del caso deberá acotarse al papel de la Corte, como Tribunal Constitucional de México, a lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto a si existe un derecho absoluto a la protección de la vida que deba tutelarse por encima de todos los demás (pág. 127, párr. 2).

En la sentencia se expuso después que la metodología de análisis del caso dividiría los argumentos planteados en las acciones de inconstitucionalidad en tres grandes áreas temáticas: i) los argumentos sobre la incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para emitir las normas que se reclamaron; ii) existencia y naturaleza normativa del concepto "vida" en la Constitución federal; y iii) los planteamientos de fondo sobre la materia penal. Las preguntas relacionadas con la evidencia científica se centran en el inciso dos de los antes descritos.

La PGR y la CNDH plantearon que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, como legislador secundario, no puede permitir actos dirigidos a privar de la vida a un ser humano, como lo es el producto de la concepción a partir de la fecundación, por lo que no cabe hacer distinciones en tal protección por razón de edad gestacional, pues ello implicaría establecer restricciones a un derecho fundamental en contravención a lo establecido en el artículo 1o. constitucional (pág. 152, párr. 1). La Corte encontró que este argumento era infundado por las razones que se exponen abajo.

"La Constitución, no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello".

Primero se respondió la siguiente pregunta: ¿se encuentra el derecho a la vida contemplado por la Constitución mexicana? Se encontró que el Estado mexicano no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o algún momento específico (pág. 173, párr. 3). En la interpretación de la Suprema Corte, "[...] lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa, son previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida, por ejemplo el artículo 4o. de la Constitución, que contiene previsiones relacionadas con la salud, el medio ambiente, la vivienda, a la protección a la niñez, a la alimentación y el artículo 123 que contiene disposiciones específicas para el cuidado de las mujeres en estado de embarazo y parto" (pág. 174, párr. 1). Con otras palabras: "la Constitución, no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello." (Pág. 174, párr. 2).

Luego se revisaron los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para justificar la expedición de las normas a partir de las cuales se despenalizó la interrupción del embarazo. Se tuvo en cuenta que dicha medida era necesaria para acabar con un problema de salud pública derivado de la práctica de abortos clandestinos, estimando que la despenalización del aborto permitirá, entre otras cosas, que las mujeres interrumpieran voluntariamente su embarazo en condiciones de higiene y seguridad y garantizar un trato igualitario a las mujeres, en específico aquellas de menores ingresos. Se justificó, asimismo, que el procedimiento para abortar se lleve a cabo dentro del periodo de doce semanas, puesto que es más seguro y recomendable en términos médicos. Así, la interrupción del embarazo se despenaliza únicamente para el periodo embrionario y no en el fetal, antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción (pág. 181, párr. 2).

Adicionalmente se notó que el decreto expedido por la Asamblea Legislativa, "[...] dado su ámbito de temporalidad, tomó en cuenta el incipiente desarrollo del embrión y la seguridad y facilidad de la interrupción del embarazo sin graves consecuencias para la salud de la mujer en contraposición. Si dicha interrupción se realizara clandestinamente y fuera de los parámetros dados por el Legislador, no es posible asegurar la salud de la madre. Por otro lado, la penalización de la interrupción de esta etapa primaria del embarazo no resulta idónea para salvaguardar la continuación del proceso de gestación, puesto que el legislador tomó en cuenta que constituye una realidad social que las mujeres, que no quieren ser madres, recurran a la práctica de interrupciones de embarazos clandestinos con el consiguiente detrimento para su salud e incluso, con la posibilidad de perder sus vidas." (Pág. 181, párr. 2).

Sobre estas consideraciones se apuntó en la sentencia que "Este Tribunal considera que la medida utilizada por el Legislador resulta de este modo idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida, pues no podemos desconocer que aún en la actualidad, como lo refiere claramente el legislador del Distrito Federal en su exposición de motivos, existe mortandad materna." (Pág. 182, párr. 3)

En otro apartado de la sentencia se estudiaron los planteamientos de fondo, relacionados con los principios aplicables en materia penal, en los cuales la CNDH y la PGR señalaron que se contravino el principio de exacta aplicación de la ley penal, porque las normas que despenalizaron la interrupción del embarazo no son claras y provocan interpretaciones erróneas. Esto, por las siguientes razones:

- "[L]a temporalidad —doce semanas de embarazo— y el inicio del embarazo —la implantación del embrión en el endometrio— son de difíciles determinación (*sic*), ya que la ley no previó un mecanismo para que el médico determine en que periodo se encuentra el embarazo; además, los términos gestación y embarazo utilizados en los artículos 144 y 145 son ambiguos." (Pág. 191, párr. 3).
- Se establecen tres etapas en la gestación (la primera etapa va desde la concepción hasta el "embarazo"; la segunda hasta la duodécima semana, y la tercera hasta el nacimiento). A partir de lo cual se sigue que lo que se protege con el tipo penal regulado es el proceso de gestación y no la vida (pág. 192, párr. 1).
- En las normas se permiten varias interpretaciones, como que "aborto forzado" es la interrupción del embarazo en cualquier momento del mismo, sin el consentimiento de la mujer embarazada. También puede pensarse que "aborto forzado" es la interrupción del embarazo en cualquier momento (pág. 192, párr. 2).

La Suprema Corte consideró que esos argumentos resultan infundados por múltiples razones. Por ejemplo, se interpretó que el legislador no vulneró el principio de exacta aplicación de la ley penal, pues los artículos reclamados son acordes con el principio de legalidad en tanto que no se trata de normas penales en blanco, sino que las disposiciones son claras y precisas: "no se puede afirmar que la circunstancia establecida como 'después de las doce semanas' no se puede determinar con exactitud y la ley no previó de manera expresa un mecanismo para ello, ya que ello no es un problema de incertidumbre o inexactitud de la norma, sino que la cuestión de temporalidad podrá ser determinada, en el caso concreto, por el juzgador a través de periciales u otros medios de prueba que le ayuden a formar su convicción." (Pág. 198, párr. 1).

2.2 Anticoncepción de emergencia y derecho a la salud en casos de violencia contra las mujeres

SCJN, Pleno, Controversia Constitucional 54/2009, 27 de mayo de 2010³³

Anticoncepción de emergencia en casos de violencia contra las mujeres

Hechos del caso

El gobernador del Estado de Jalisco promovió una controversia constitucional ante la Suprema Corte demandando la invalidez de una modificación a una Norma Oficial Mexicana (en adelante NOM-190) que incorporó el suministro de la píldora del día siguiente como alternativa anticonceptiva de emergencia para víctimas de violencia sexual e intrafamiliar.³⁴ En la demanda se argumentó, entre otras cosas, que las disposiciones incluidas en la NOM-190 para permitir que las instituciones de salud puedan ofrecer de inmediato a las víctimas del delito de violación la alternativa de utilizar anticoncepción de emergencia, contraviene la legislación local, porque dicha opción médica equivale a un "aborto químico". De acuerdo con este planteamiento, la pregunta que enfrentó la Corte fue si la anticoncepción de emergencia regulada por la NOM-190 es equivalente a un "aborto químico" y contraviene la legislación local.

La Corte resolvió que la NOM-190 no es inconstitucional, porque establece un método anticonceptivo administrado con el consentimiento informado de la usuaria, y no un procedimiento de interrupción del embarazo que pudiera tipificar en algún sentido el delito de aborto.³⁵ En segundo lugar, la Corte concluyó que no existía una invasión competencial y que la norma impugnada era válida, toda vez que las normas oficiales mexicanas dirigidas a regular la prestación de servicios de salud para situaciones específicas —como la violencia contra las mujeres— encuadran en el ámbito de salubridad general, cuya facultad fue delegada al legislador ordinario federal por el órgano de reforma constitucional. Como consecuencia, el Gobierno federal puede establecer normas técnicas vinculantes para todas las entidades federales o locales que integran el Sistema Nacional de Salud, encargadas por la Ley General de atender algún rubro concurrente de salu-

³³ Mayoría de diez votos. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz.

³⁴ Específicamente, el gobernador demandó la invalidez de la Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999: Prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, para quedar como NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención" publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de abril de 2009, que estableció los criterios a observar en la detección, prevención, atención médica y orientación proporcionada a usuarios de servicios de salud y en particular a quienes estén involucrados en situación de violencia familiar o sexual.

³⁵ Cabe destacar en este punto que la Corte indicó que: "[e]stas afirmaciones pueden derivar de consideraciones científicas o académicas, pero el hecho es que se encuentran incorporados jurídicamente al ordenamiento mexicano por la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, de los Servicios de Planificación Familiar, la cual no se encuentra impugnada y cuyo contenido el actor no desvirtúa con ninguna prueba [...]" (pág. 70, párr. 2).

bridad general. Finalmente, la Corte concluyó que la norma tampoco vulneraba los principios de legalidad, reserva de ley y seguridad jurídica.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿La modificación a la NOM-190 que regula la anticoncepción de emergencia para prevenir embarazos no deseados en casos de una violación puede tipificar el delito de aborto y, por lo tanto, contravenir la legislación del estado de Jalisco en materia penal?

Criterio de la Suprema Corte

Conforme a las normas oficiales mexicanas vigentes y los Criterios de Elegibilidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que a su vez refieren a la literatura científica especializada, sostienen que la anticoncepción de emergencia no tiene efectos abortivos y que es el único método anticonceptivo sobre el cual existe evidencia científica sobre su utilidad para prevenir el embarazo no deseado en los casos de relaciones sexuales no protegidas, incluyendo aquellos en los que hubo una violación. Así, al permitir que las instituciones de salud puedan ofrecer a las mujeres que son víctimas de una violación la alternativa de la anticoncepción de emergencia en los términos previstos por la NOM-190, con el consentimiento informado de la usuaria, no puede tipificar en ningún sentido el delito de aborto al no existir embarazo.

La literatura especializada y la evidencia empírica sostienen que la anticoncepción de emergencia no tiene efectos abortivos y que es el único método anticonceptivo sobre el cual existe evidencia científica sobre su utilidad para prevenir el embarazo no deseado en los casos de relaciones sexuales no protegidas, incluyendo en los que hubo una violación.

Justificación del criterio

En este caso se formularon varios argumentos sobre la inconstitucionalidad de la modificación de la Norma Oficial Mexicana, porque se regularon cuestiones relacionadas con la atención a víctimas de delitos sexuales, que según los demandantes invadieron la competencia estatal en materia penal, excediendo las facultades federales para atender temas relativos a la protección de la salud. Entre las disposiciones controvertidas de la NOM-190 se mencionaron las siguientes:

5.10. (las) instituciones del sector público, social o privado que otorguen atención médica a las o los usuarios involucrados en la situación de violencia familiar o sexual, deberán dar aviso al Ministerio Público con el formato que se anexa en el Apéndice Informativo 1 de esta Norma, para los efectos de procuración de justicia que haya lugar [...] [pág. 64].

6.4.2.7. En caso de embarazo por violación, y *previa autorización de la autoridad competente en los términos de la legislación aplicable*, las instituciones públicas prestadoras de servicios de atención médica, deberán prestar servicios de aborto médico a solicitud de la víctima interesada, en caso de ser menor de edad, a solici-

tud de su padre y/o madre, o a falta de éstos, de su tutor o conforme a las disposiciones jurídica (*sic*) aplicables [pág. 65].

La Corte reconoció que las disposiciones de la norma pueden relacionarse con la evaluación y atención a víctimas en procedimientos relacionados con la procuración de justicia en materia penal, pero estableció también que se abordan desde un punto de vista médico. La sentencia puntualizó, aunque la Constitución establece un derecho de atención a las víctimas que debe ser garantizado por el Ministerio Público, que esta garantía no puede interpretarse como una restricción para que los usuarios de las instituciones que prestan servicios de salud se encuentren imposibilitados de acceder a los mismos (pág. 64, párr. 1).

También se argumentó que, para solicitar la declaración de invalidez de la norma, se contrae la legislación local porque se utiliza el delito de violación como excusa absoluta para permitir "el aborto químico", al autorizarse a las instituciones que prestan servicios médicos ofrecer la anticoncepción de emergencia de inmediato y hasta en un máximo de 120 horas después de ocurrido el evento, previa información completa sobre la utilización de este método a fin de que la persona tome una decisión libre e informada.³⁶

Para dilucidar este punto, la Corte se preguntó si las autoridades sanitarias pueden ofrecer la anticoncepción de emergencia sin una determinación de existencia del delito de violación por parte de la autoridad competente (pág. 66, párr.1). Aquí se respondió, aludiendo a la contestación a la demanda de controversia constitucional suscrita por el Secretario de Salud en representación del Presidente de la República, que la anticoncepción de emergencia es un método anticonceptivo cuya utilización está considerada en la normatividad vigente que regula la utilización de anticonceptivos en México³⁷ y los Criterios de Elegibilidad de la Organización Mundial de la Salud donde se establecen las recomendaciones en el tema en el ámbito internacional (pág. 67, párr. 1).

Tanto en la Norma Oficial Mexicana como en los criterios referidos se sostiene que la literatura científica especializada asegura que la anticoncepción de emergencia no tiene efectos abortivos y que es el único método anticonceptivo sobre el cual existe evidencia científica sobre su utilidad para prevenir el embarazo no deseado en los casos de relaciones sexuales no protegidas, incluyendo aquellos en los que hubo una violación. Para más

³⁶ En su argumento, el actor se refiere particularmente al punto 6.4.2.3 de la norma impugnada, en donde se establece el deber de las instituciones prestadoras de servicios de atención médica:

"de acuerdo a la norma oficial mexicana aplicable, ofrecer de inmediato y hasta en un máximo de 120 horas después de ocurrido el evento, la anticoncepción de emergencia, previa información completa sobre la utilización de este método a fin de que la persona tome una decisión libre e informada". (Pág. 66).

³⁷ La sentencia se refiere a la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, de los Servicios de Planificación Familiar, cuya última modificación fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 21 de enero de 2004.

claridad, la anticoncepción hormonal poscoito es un método que pueden utilizar las mujeres en los siguientes tres días para evitar un embarazo no planeado (pág. 67, párrs. 1 y 2).

Así, concluyó la Corte que "no es posible entender que la norma impugnada permita o invada la competencia del Ministerio Público al permitir a los médicos determinar la existencia de una violación, para después realizar un aborto de ningún tipo. Lo que determina la Norma Oficial impugnada en su punto 6.4.2.3 ya transcrito, no es más que un método de anticoncepción, el cual además debe ser administrado solamente con el consentimiento informado de la usuaria, y no un procedimiento de interrupción del embarazo que pueda tipificar en ningún sentido el delito de aborto al no existir embarazo." (Pág. 69, párr. 1).

2.3 Objeción de conciencia y derecho al acceso a servicios públicos de salud

SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, 21 de septiembre de 2021³⁸

Hechos del caso

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) promovió una acción de inconstitucionalidad en contra de la validez del Decreto por el que se adicionó el artículo 10 Bis de la Ley General de Salud, publicado el 11 de mayo de 2018, argumentando que permite la posibilidad de que el personal médico y de enfermería del Sistema Nacional de Salud ejerza la objeción de conciencia a efecto de no participar en los servicios previstos en la Ley General, limitando indebidamente el derecho a la salud, con un impacto desproporcionado para las mujeres y personas con capacidad de gestar.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia invalidó las normas reclamadas por la CNDH por considerarlas una regulación deficiente de la objeción de conciencia, que podía poner en riesgo los derechos humanos de todas las personas usuarias de los servicios de salud, afectando desproporcionadamente los derechos de la diversidad sexual y las mujeres.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

En el contexto de la posible colisión entre la objeción de conciencia y la protección del derecho a la salud de las mujeres, las personas con capacidad de gestar y los derechos reproductivos y de la diversidad sexual, ¿cómo influyen y deben considerarse en la inter-

En el contexto de la posible colisión entre la objeción de conciencia y la protección del derecho a la salud de las mujeres, las personas con capacidad de gestar y los derechos reproductivos y de la diversidad sexual, ¿cómo influyen y deben considerarse en la interpretación constitucional los supuestos de discriminación estructural histórica que han enfrentado en México esas personas y grupos vulnerables?

³⁸ Mayoría de ocho votos respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo, en su apartado C.2, denominado "Aducida vulneración del derecho de protección de la salud –y otros derechos vinculados– con motivo de la deficiente regulación de la objeción de conciencia. Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales.

pretación constitucional los supuestos de discriminación estructural histórica que han enfrentado en México esas personas y grupos vulnerables?

Criterio de la Suprema Corte

De acuerdo con la información estadística disponible, se evidencia que las mujeres y las personas con capacidad de gestar han sufrido históricamente una situación de discriminación estructural, que afecta desproporcionadamente sus derechos de protección a la salud, incluyendo los sexuales y reproductivos. La objeción de conciencia no es un derecho absoluto. En este caso, la regulación ilimitada del derecho a la objeción de conciencia en la Ley General de Salud puede poner en un riesgo superlativo el disfrute máximo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, personas con capacidad de gestar y personas de la diversidad sexual y de género, particularmente por la situación de profunda desigualdad, marginación y precariedad en que se encuentran muchas mujeres y personas con capacidad de gestar en nuestro país. Los cuales son factores que impactan a su vez en el acceso efectivo del derecho a la educación, que es un factor clave para disponer de información sobre los derechos reproductivos y la posibilidad de contar con acompañamiento en materia de planificación familiar y uso de métodos anticonceptivos, como los de interrupción legal del embarazo y la píldora de anticoncepción de emergencia.

Justificación del criterio

La Suprema Corte definió que la objeción de conciencia en el derecho se entiende "como el rechazo de una persona, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible, ya sea que la obligación provenga de una norma o de un acto jurídico" (pág. 46, párr. 4). La objeción de conciencia "es una forma de concreción de la libertad de conciencia y religión, y se presenta cuando las normas o actos que generan una obligación o carga se oponen a las más íntimas convicciones —religiosas o no— de las personas" (pág. 71, párr. 3). En síntesis, "la objeción de conciencia es una postura individual contraria a un deber jurídico, actos de autoridad e incluso autoridades laborales. Esta postura de discrepancia normalmente es generada por creencias religiosas, ideológicas, principios éticos o morales y tiene como finalidad la no aplicación de la ley o acto en cuestión o su sanción." (Pág. 73, párr. 1). "Para la Corte, la objeción de conciencia no es un derecho absoluto ni ilimitado y no puede invocarse para defender ideas contrarias a la Constitución." (Pág. 78, párr. 3).

Por otra parte, el derecho a la protección de la salud se ha interpretado por la Suprema Corte, no sólo en relación con la salud física de las personas, sino que comprende también "el buen estado mental y emocional de la persona y se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica." (Pág. 80, párr. 2). (Énfasis en el original).

Es importante también para comprender este caso tomar en cuenta que el Pleno de la Corte determinó, cuando estén involucrados los derechos de protección de la salud de las mujeres, personas con capacidad de gestar y personas de la diversidad sexual y de género, que la autoridad jurisdiccional está obligada a analizar los asuntos de su competencia bajo una perspectiva de género e interseccional (pág. 86, párr. 3).

En relación con el problema planteado en este caso –los límites de la objeción de conciencia en materia sanitaria– el Pleno interpretó que una deficiente regulación de la objeción de conciencia podría entrar en conflicto con los derechos de acceso a los servicios de salud, afectando desproporcionadamente a las mujeres, personas con capacidad de gestar y personas integrantes de la diversidad sexual y de género (pág. 86, párr. 4).

Lo anterior porque "uno de los momentos en los que la libertad religiosa, ideológica y de conciencia puede llegar a colisionar se presenta principalmente cuando el personal médico y de enfermería se niegue a llevar a cabo un procedimiento de interrupción del embarazo en los casos que la legislación mexicana contempla o que este Alto Tribunal ha reconocido como parte de los derechos y libertades reproductivos y sexuales de la mujer y de las personas con capacidad de gestar." (Pág. 88, párr. 2).

En este sentido, la jurisprudencia constitucional relacionada con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y personas con capacidad de gestar ha afirmado la obligación estatal para asegurar por todos los medios posibles que se garantice el derecho de las personas a la protección de su salud y a ser beneficiarias de los procedimientos sanitarios previstos legalmente. Cuando en un sitio no se cuente con los recursos materiales para realizar un procedimiento sanitario, debe trasladarse a la paciente a un hospital en el que sí se realicen, cuidando su salud hasta la conclusión del procedimiento, cubriendo los costos generados. (Pág. 101, párrs. 1 y 2).

Con este marco conceptual definido, en la sentencia se abordó el estudio de los conceptos de invalidez, con los cuales se planteó una vulneración del derecho de protección de la salud y otros relacionados, vulneración causada por la regulación deficiente de la objeción de conciencia en la Ley General de Salud.

Se reconoció que la objeción de conciencia es un mecanismo constitucionalmente legítimo para proteger los derechos de libertad religiosa, ideológica y de conciencia de las personas y por tanto es válido que la Ley General de Salud lo proteja en favor del personal médico y de enfermería que forma parte del Sistema Nacional de Salud (pág. 121, párr. 2). Con todo, la regulación combatida es vaga y deficiente, con el riesgo de "ser leída como una patente de corso para arbitrariamente denegar la prestación de servicios sanitarios a las personas." (Pág. 121, párr. 3). (Énfasis en el original).

Uno de los momentos en los que la libertad religiosa, ideológica y de conciencia puede llegar a colisionar se presenta principalmente cuando el personal médico y de enfermería se niegue a llevar a cabo un procedimiento de interrupción del embarazo en los casos que la legislación mexicana contempla o que este Alto Tribunal ha reconocido como parte de los derechos y libertades reproductivos y sexuales de la mujer y de las personas con capacidad de gestar.

Si bien, la objeción de conciencia en materia sanitaria abarca una gran cantidad de supuestos —como la interrupción legal del embarazo, la prescripción de la píldora anticonceptiva de emergencia, métodos de anticoncepción y planificación familiar, cuidados paliativos, transfusiones, entre otros—, el Pleno consideró que la redacción del artículo 10 Bis de la Ley General de Salud podría poner en riesgo el goce más amplio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, personas con capacidad de gestar y personas de la diversidad sexual y de género, las cuales han sufrido de una discriminación histórica (pág. 122, párr. 2).

La situación de profunda desigualdad, marginación y precariedad en que se encuentran muchas mujeres en México, influye en las decisiones personales que ellas toman. Por esta razón, la regulación del derecho a la objeción de conciencia debe analizarse de manera congruente con la realidad imperante y las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales del país, "a fin de garantizar la necesaria conexión entre los derechos sexuales y reproductivos, como parte del contenido esencial del derecho de protección a la salud, y el contexto en que viven sus titulares, como parte de un mecanismo indispensable de legitimación de esta decisión."

El Pleno reconoció que **"la situación de profunda desigualdad, marginación y precariedad en que se encuentran muchas mujeres en México"** influye en las decisiones personales que ellas toman. Por esta razón, la Suprema Corte decidió analizar la constitucionalidad de la regulación del derecho a la objeción de conciencia de manera congruente con la realidad imperante y las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales del país "a fin de garantizar la necesaria conexión entre los derechos sexuales y reproductivos, como parte del contenido esencial del derecho de protección a la salud, y el contexto en que viven sus titulares, como parte de un mecanismo indispensable de legitimación de esta decisión." (Pág. 122, párr. 3). (Énfasis en el original).

Por lo anterior, el Pleno tomó en consideración el contenido del documento "Diez años de medición de pobreza multidimensional en México: avances y desafíos en política social. Medición de la pobreza serie 2008-2018" elaborado por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL). En el cual se reporta que "hay más de cincuenta millones de mexicanos en situación de pobreza, y más de nueve millones viven en situación de pobreza extrema, lo que representa el cuarenta y uno punto nueve por ciento (41.9%) y el siete punto cuatro por ciento (7.4%) de la población, respectivamente, en dos mil dieciocho. En esa misma línea de análisis, resulta esencial mencionar que el dieciséis punto nueve por ciento (16.9%) de la población, es decir, más de veinte millones de mexicanos tienen rezago educativo; el (veinte por ciento) 20% tiene carencia alimentaria; mientras que el ingreso de setenta millones de personas le es insuficiente para poder adquirir la canasta alimentaria y no alimentaria.

Asimismo, el (dieciséis por ciento) 16.2% carece del acceso a los servicios de salud, sin embargo, donde aún prevalece un fuerte rezago es en el acceso a la seguridad social, pues el (cincuenta y siete por ciento) 57% de la población, es decir, más de setenta millones de mexicanos carecen de éste; lo cual resulta muy importante si se considera que este factor contempla la protección para sus beneficiarios en casos de maternidad, enfermedad, entre otros." (Pág. 123, párrs. 1 y 2).

En este reporte, el CONEVAL advierte también que "existe una gran brecha entre las poblaciones de grupos indígenas de aquellas que no lo son; pues mientras que en las primeras

el treinta y cinco por ciento (35%) vive en situación de pobreza extrema, el porcentaje de las poblaciones que no pertenecen a este grupo es del cinco punto seis por ciento (5.6%). Esa figura también se presenta entre localidades rurales y urbanas, en las primeras la población en situación de pobreza extrema representa el dieciséis punto cuatro por ciento (16.4%), mientras que en las segundas el porcentaje es de cuatro punto cinco por ciento (4.5%); sin embargo, esta cifra se incrementa enormemente si se es mujer en zona rural, en donde el porcentaje de la pobreza extrema es del cuarenta y cinco punto siete por ciento (45.7%)." (Pág. 124, párr. 1).

Para la Suprema Corte, los datos estadísticos que recopila y analiza el CONEVAL, le permiten evidenciar que **"la mujer y, por supuesto, las personas con capacidad de gestar han sufrido históricamente una situación de discriminación estructural, y sus derechos de protección a la salud (como los derechos sexuales y reproductivos)."** (Pág. 124, párr. 2). (Énfasis en el original).

De acuerdo con el Pleno de la Suprema Corte, esta problemática está compuesta de la concurrencia de diversos aspectos como la desigualdad, marginación y precariedad: "[I] a desigualdad en la distribución de los ingresos de los hogares, la pobreza extrema y el grado de marginación, son factores que impactan el acceso efectivo del derecho a la educación, factor clave para disponer de información sobre los derechos reproductivos y la posibilidad de contar con acompañamiento en materia de planificación familiar y uso de métodos anticonceptivos." (Pág. 124, párr. 3).

A pesar de que la objeción de conciencia en materia sanitaria tiene alcances más amplios, la **Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que una perspectiva de género la obligaba a tomar en cuenta la situación de la mujer y de las personas gestantes, así como las personas de la diversidad sexual y de género**, al momento de resolver esta acción de inconstitucionalidad. Puesto que "se trata de grupos particularmente discriminados cuyos derechos sexuales y reproductivos y de protección a la salud han sido vulnerados históricamente por distintos factores, entre ellos las convicciones religiosas e ideológicas de las personas que se han negado a prestarles una adecuada atención sanitaria, como ha sido el recurrente caso de la interrupción legal del embarazo o la prescripción de la píldora de anticoncepción de emergencia." (Pág. 124, párr. 2). (Énfasis en el original).

Por lo anterior, el Tribunal Pleno consideró que la regulación de la objeción de conciencia en materia sanitaria, establecida en el artículo 10 Bis de la Ley General de Salud, estaba redactada de una manera deficiente, casi en forma absoluta, que no se ajustaba a los límites impuestos por la Constitución Federal, "lo cual genera el riesgo superlativo en la protección de los derechos de todas las personas beneficiarias del derecho a la salud, especialmente en el caso de las mujeres, personas con capacidad de gestar e integrantes de la diversidad

sexual y de género". Es decir, "la forma en la que fue regulada en el artículo 10 Bis de la Ley General de Salud, pues esa redacción casi ilimitada no es armónica con la protección de la salud de todas las personas, especialmente con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, personas con capacidad de gestar y personas de la diversidad sexual y de género." (Pág. 125, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

Con base en todo lo anterior, el Pleno concluyó que "una adecuada regulación de la objeción de conciencia en materia sanitaria tiene que armonizar la protección de los derechos humanos, tanto del personal médico y sanitario como de las personas titulares del derecho a la salud [... puesto que] se debe optar por proteger a todas las personas, tratando de evitar, en la medida de lo posible, el sacrificio de algún derecho".

"En el caso del artículo 10 Bis de la Ley General de Salud no se alcanzó este imperativo constitucional, pues si bien se logra proteger el derecho del personal médico y sanitario a su libertad religiosa y de conciencia, el texto legal no estableció los límites y salvaguardas necesarias para proteger a la par los derechos del resto de personas beneficiarias de los servicios de salud [...] el ejercicio de la objeción de conciencia no es absoluto y, por ese motivo, en la legislación debe establecerse con toda claridad que su ejercicio no debe hacer nugatoria o imposible la prestación de los servicios sanitarios." (Pág. 123, párrs. 2 y 3). (Énfasis en el original).

2.4 Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida

2.4.1 Fertilización in vitro y acceso a los servicios de salud y reproducción asistida

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 619/2017, 29 de noviembre de 2017³⁹

Hechos del caso

Después de varios años de tener una vida en pareja e intentar un embarazo de manera natural, una mujer de 36 años consultó a varios ginecólogos para saber por qué no podía embarazarse. Al intentar ser atendida en el Centro Médico Nacional Veinte de Noviembre (CMN) le informaron que no podía acceder a un tratamiento de reproducción asistida porque estaba disponible sólo para las mujeres hasta 35 años de edad. Las autoridades hospitalarias le informaron que ese criterio no era discriminatorio porque la determinación de la edad límite se llevó a cabo mediante datos científicos.

La mujer promovió un juicio de amparo en contra de esa respuesta de las autoridades del CMN argumentando las políticas de operación del Manual General de Procedimientos

³⁹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Eduardo Medina-Mora I.

del apartado 36 "Procedimiento de Reproducción Asistida (G.I.F. y F.I.V.T.E.) y los "Criterios de Ingreso de parejas con Infertilidad para ser atendidas en el servicio de reproducción humana del C.M.N. '20 de noviembre', ISSSTE", vulneraban sus derechos a la igualdad y no discriminación al basarse en categorías prohibidas por el artículo 1o. de la Constitución Federal, como la edad, el género, el estado civil y el estado de salud, así como el derecho a la salud. Alegó que el ejercicio de este derecho requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información y en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva.

El juez de distrito que conoció del asunto concedió el amparo respecto de las políticas de operación del apartado 36 "Procedimiento de Reproducción Asistida (G.I.F. y F.I.V.T.E.)" contenidas en el Manual General de Procedimientos del Centro Médico Nacional "20 de noviembre", específicamente en la parte que señala que únicamente podrá realizarse el tratamiento a las derechohabientes que tengan hasta 35 años de edad, para que no se le aplicara dicha porción normativa a la afectada. No obstante, el juez determinó que no era posible decretar una indemnización ni otras medidas no pecuniarias solicitadas por la afectada, ya que los efectos de la protección constitucional tenían como objetivo restituirla en el goce de sus derechos violados, aunado a que la concesión del amparo constituía en sí misma una medida de satisfacción. En contra de dicha sentencia, la misma mujer interpuso un recurso de revisión. El tribunal colegiado consideró necesario que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunciara al respecto, por las características especiales de este asunto.

La Segunda Sala encontró que la imposición de un límite edad de 35 años para acceder a los tratamientos de fertilidad y servicios, reproducción asistida, es una violación al derecho a la salud y atenta contra los principios de igualdad y no discriminación. Con apoyo de la ciencia médica, la Corte determinó que, a fin de permitir el acceso a estos servicios y para considerar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los centros hospitalarios deben de realizar un estudio previo a las pacientes en el que se consideren, entre otros factores, el número de ovocitos de calidad disponibles, las patologías reproductivas tanto del hombre como de la mujer, la calidad de los ovocitos y la capacidad del útero para mantener un embarazo a término. En los efectos del amparo, la Sala ordenó que se le realizara a la afecta una evaluación médica a fin de determinar la viabilidad para someterse al tratamiento y de ser así que se le permita el acceso al programa del servicio de reproducción asistida sin que se tome en cuenta el requisito de la edad.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Qué son las técnicas de reproducción asistida?
2. ¿En qué consiste la fertilización *in vitro*?

3. ¿Cuáles son los factores que contribuyen al éxito de la fertilización *in vitro*?

4. En el contexto del derecho a la salud, así como los principios de igualdad y no discriminación, ¿las instituciones hospitalarias pueden válidamente limitar el acceso a las pacientes que soliciten los servicios de salud reproductiva a partir de la imposición de un límite de edad?

Criterios de la Suprema Corte

1. La reproducción asistida es aquella que se logra a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida, inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o de un donante. Las técnicas de reproducción asistida comprenden los mecanismos para lograr la reproducción humana a través de la unión de gametos masculino y femenino de una forma distinta a la natural. Las cuales ayudan a que las parejas infértiles puedan tener descendencia, ya que de otra forma no podrían ejercer su derecho a la autonomía reproductiva y a fundar una familia.

2. De acuerdo con el artículo 40, fracción XI, del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, la fertilización asistida es aquella en que la inseminación es artificial. La cual incluye la fertilización *in vitro*, cuya finalidad es lograr la fecundación fuera del cuerpo de la mujer para posteriormente implantar el embrión o los embriones en el útero de la mujer para su desarrollo natural.

3. No existe un consenso en la comunidad médica sobre cuáles son los factores que determinan el éxito de la fertilización *in vitro*. La opinión de los expertos sugiere que el porcentaje de éxito del procedimiento es subjetivo, es decir, depende exclusivamente de la situación de cada persona. Así pues, es necesario que, para calcular el porcentaje probable de éxito, cualquier especialista debe calcularlo en cada caso particular para así poder además recabar correctamente su consentimiento informado.

4. En la medida en que el porcentaje probable de éxito de la fertilización *in vitro* depende de cada caso en particular y al considerar que el contenido del derecho a la salud incluye el acceso a los servicios de salud reproductiva, la Segunda Sala concluyó que el requisito del límite de edad no puede emplearse para limitar el acceso a las pacientes que soliciten los servicios de salud reproductiva. Porque –además de que este requisito no está directamente relacionado con la finalidad que tiene este derecho fundamental– la evidencia científica demuestra que la edad no es el único factor relevante para calcular el éxito de los tratamientos de reproducción asistida, debido a que existen otros elementos, como el número de ovocitos de calidad disponibles y las patologías reproductivas tanto del hombre como de la mujer, que sí permiten determinar un porcentaje probable de éxito.

Para que los centros hospitalarios puedan limitar el acceso a los servicios de salud reproductiva no pueden considerar únicamente el límite de edad de 35 años, como el factor determinante para calcular el éxito de los tratamientos a fin de permitir el acceso a los servicios de salud reproductiva, sino que además deben considerar, entre otras cuestiones, la calidad de los ovocitos y también la capacidad del útero para mantener un embarazo a término.

Para que los centros hospitalarios puedan limitar el acceso a los servicios de salud reproductiva no pueden considerar únicamente el límite de edad de 35 años, como el factor determinante para calcular el éxito de los tratamientos a fin de permitir el acceso a los servicios de salud reproductiva, sino que además deben considerar, entre otras cuestiones, la calidad de los ovocitos y también la capacidad del útero para mantener un embarazo a término

Justificación de los criterios

1. Con el fin de determinar cuáles son los factores que contribuyen al éxito de las técnicas de reproducción asistida y, posteriormente, si los requisitos de acceso al programa de reproducción asistida que establecen los criterios reclamados en este caso están o no justificados, la Segunda Sala señaló que la reproducción asistida es aquella que se logra a través de "la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida, inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante", como sucede en el caso de la fecundación *in vitro* (pág. 51, párr. 3). De acuerdo con la literatura especializada, la Sala advirtió que las técnicas de reproducción asistida comprenden los mecanismos para lograr la reproducción humana a través de la unión de gametos masculino y femenino, de una forma distinta a la natural. Este tipo de técnicas son una ayuda para que las parejas infértiles puedan tener descendencia, ya que de otra forma no podrían ejercer su derecho a la autonomía reproductiva y a fundar una familia (pág. 51, párr. 4).

2. El artículo 40, fracción XI, del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, establece que "se entiende por fertilización asistida aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*", cuya finalidad es "lograr la fecundación fuera del cuerpo de la mujer ya sea con material genético de la pareja o de terceros y cuando se logra tener el embrión o los embriones, se implantan en el útero de la mujer para su natural desarrollo." (Pág. 52, párrs. 1 y 2).

3. Después de establecer en qué consisten las técnicas de reproducción asistida y, en específico, la fertilización *in vitro*, la Segunda Sala señaló que para determinar si los "Criterios de Ingreso de parejas con Infertilidad para ser atendidas en el servicio de reproducción humana del C.M.N. '20 de noviembre', ISSSTE" contravienen los principios de igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 1o. constitucional –ya que, de acuerdo con la afectada, se basan en categorías prohibidas por ese precepto, como son: la edad, el sexo/género, el estado civil y el estado de salud–, era importante determinar de manera previa cuáles son los factores que contribuyen al éxito de la fertilización *in vitro* (pág. 53, párr. 3).

Para responder esta interrogante, la Sala recurrió por un lado a los factores predominantes que, de acuerdo con la Sociedad Española de Fertilidad, depende la probabilidad de éxito

de la fecundación *in vitro*: "i) la edad de la paciente y ii) el número y calidad de los embriones transferidos". Por otro lado, de acuerdo con esta misma sociedad médica, la Sala señaló que "los factores que condicionan la probabilidad de contar con un número suficiente de embriones de buena calidad son: i) la edad de la paciente, ii) la patología reproductiva masculina o femenina, iii) el número de ovocitos de calidad disponibles y iv) la correcta elección y aplicación de las diferentes fases del tratamiento" (pág. 52, párr. 4 y 53, párr. 1).

Sin embargo, aunque la Sociedad Española de Fertilidad reconoce que "antes de la aplicación del tratamiento, los principales factores pronósticos sobre la probabilidad de éxito son la edad de la paciente y el origen de su esterilidad", este organismo también menciona que "la media de embarazo por ciclo iniciado se encuentra entre el 29-35%, aunque este porcentaje **puede variar** entre el 10 y el 40% **en función de las circunstancias concretas de los pacientes**". (Pág. 53, párr. 2). Por otro lado, de acuerdo con el médico ginecólogo, Iván Valencia Madera, "los principales factores de carácter pronóstico involucrados en los resultados de esta técnica son: i) edad de la paciente, ii) tipo de indicación y iii) duración de la infertilidad" (pág. 53, párr. 3). No obstante, otros miembros de la comunidad médica y científica que consideran que "**la probabilidad de éxito de los tratamientos de reproducción asistida es muy variable y depende de muchos factores** como: la edad de la mujer, las patologías asociadas de ambos, las condiciones en las que se realiza el tratamiento, la respuesta ovárica a las hormonas, el número de embriones que se transfieren en el caso específico de la fecundación *in vitro*, entre otros." (Pág 53, párr. 4). (Énfasis en el original).

Frente a esta situación, la Sala concluyó que, en este caso, por la existencia de opiniones divergentes de la comunidad médica, debía advertirse que a pesar de que "la edad es una cuestión importante a considerar en el tema de la fertilidad de la mujer; sin embargo, hay otros factores que también influyen en el resultado satisfactorio de las técnicas de reproducción asistida como las patologías asociadas a las partes involucradas o el número de ovocitos, por lo que se puede concluir que el éxito de estos procedimientos dependerá de la situación de cada persona." (Pág. 54, párr. 1).

Para respaldar su decisión, la Segunda Sala recordó que Sonia Merlyn Sacoto, integrante de la Red Internacional de Derecho –agrupación de académicos y profesionales dedicada, en colaboración del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, al estudio y promoción de debates sobre jurisprudencia y legislación en el campo del Derecho Constitucional y las relaciones familiares, con una perspectiva comparada–, señala que "el porcentaje probable de éxito, al ser subjetivo, debe constar en el formulario que cada médico administre a su paciente aplicándolo al caso particular para así recabar correctamente su consentimiento informado." (Pág. 54, párr. 2).

4. Con base en lo anterior y al considerar que el contenido del derecho a la salud incluye el acceso a los servicios de salud reproductiva, la Segunda Sala concluyó que el requisito

del límite de edad no estaba directamente relacionado con la finalidad que tiene el derecho fundamental a la salud. Pues, de acuerdo con la Sala, "las autoridades deben garantizar que los pacientes que lo soliciten puedan ingresar a los tratamientos de infertilidad que ofrece el Centro Médico Nacional "20 de noviembre". Porque, como se mencionó anteriormente, la edad no es el único factor relevante para determinar el éxito de la aplicación de los tratamientos de reproducción asistida. Debido a que existen otros elementos, como el número de ovocitos de calidad disponibles y las patologías reproductivas tanto del hombre como de la mujer, que determinan el porcentaje probable de éxito. Lo anterior se corroboró por la Sala con las "Guías Diagnóstico-Terapéuticas de las Patologías más frecuentes en el servicio de reproducción humana" –las cuales fueron ofrecidas en juicio como prueba por la autoridad responsable–.

A pesar de que en el apartado sobre la 'Infertilidad en la pareja' de esta guía "se menciona que existe una clara disminución de la capacidad reproductiva a partir de los treinta y cinco años". En esta guía también se especifica que la disminución de la capacidad reproductiva se acentúa más "a partir de los cuarenta años, a través de dos formas de afectación, a saber, i) la calidad de los ovocitos y ii) la capacidad del útero para mantener un embarazo a término. Por tanto, para la Sala debía concluirse que "la edad de treinta y cinco años no es el único factor determinante del éxito de los tratamientos, sino que se deben considerar, entre otras cuestiones, las dos formas de afectación a que se hace referencia en esa guía [a saber, calidad de los ovocitos y capacidad del útero para mantener un embarazo a término]." (Pág. 60, párrs. 1, 2 y 3).

La Corte determinó que el requisito por el cual se podía excluir del acceso a los servicios de reproducción asistida a las mujeres mayores de 35 años, por el único hecho de su edad, era discriminatorio, principalmente, porque este factor no estaba directamente vinculado con los objetivos del derecho a la salud (pág. 62, párr. 4). En sus consideraciones, la Sala advirtió también que la disminución en la calidad de los óvulos no siempre estaba asociada con la edad, "por lo cual para poder establecer el potencial reproductivo de cada mujer es fundamental establecer la reserva ovárica y en consecuencia, realizar un estudio previo a la paciente para determinar el éxito de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida." (Pág. 63, párr. 4).

SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, 7 de junio de 2021⁴⁰

Hechos del caso

La Procuradora General de la República (PGR) promovió una acción de inconstitucionalidad en contra de los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Tabasco, por la adición de los artículos 380 Bis;⁴¹ 380 Bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto, del Capítulo de la Gestación Asistida y Subrogada del Código Civil para el Estado de Tabasco, en los cuales se reguló el concepto de reproducción humana asistida y las condiciones que las mujeres tendrían que cumplir para poder ser contratadas como madres gestantes, por considerar que se invadían competencias federales en materia de salubridad general, como las relacionadas con la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células (incluyendo las células germinales, así como las donaciones y trasplantes), que sólo pueden regularse en la Ley General de Salud. En la acción se presentaron también diversos argumentos sobre la inconstitucionalidad de la legislación de tabasco por no proporcionar seguridad jurídica, por ejemplo, en relación con el consentimiento para la utilización de gametos en un procedimiento de inseminación después de la muerte del donante. El Pleno de la Suprema Corte declaró la invalidez del párrafo primero del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Cómo se definen las técnicas de reproducción asistida y la gestación por subrogación?
2. ¿Cuáles son los derechos fundamentales involucrados en la regulación y realización de procesos de gestación por subrogación?

⁴⁰ Mayoría de nueve votos respecto del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado "Decreto impugnado", en su tema 1, parte primera, consistente en declarar la invalidez del artículo 380 Bis, párrafo primero, del Código Civil para el Estado de Tabasco, adicionados mediante el Decreto 265, publicado en el periódico oficial de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

⁴¹ ARTICULO 380 Bis. Concepto de Reproducción Humana Asistida

Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.

Criterios de la Suprema Corte

1. Las técnicas de reproducción asistida son todos aquellos tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de *ovocitos* como de *espermatozoides* o *embriones* humanos para el establecimiento de un embarazo. La gestación por subrogación es una técnica de reproducción asistida, consistente en la práctica donde la cual, una persona del sexo femenino gesta a un ser humano, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad del mismo.

2. Las técnicas de reproducción asistida y en particular, la gestación por sustitución, son una realidad imperante y deben ser entendidas tomando en cuenta los derechos fundamentales que se ven involucrados, como, enunciativamente, el de la libertad y la autodeterminación; el libre desarrollo de la personalidad; la intimidad personal y familiar; el derecho a conformar una familia; el derecho a la vida; a la salud; a la libertad; a la seguridad e integridad personales; a decidir el número e intervalo de hijos; a la igualdad y a la no discriminación; al empleo y a la seguridad social; a la educación; a la información; a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer; y, entre otros, a disfrutar del progreso científico.

Justificación de los criterios

Para la Suprema Corte, la gestación por sustitución⁴² se refiere a una práctica que presenta importantes cuestionamientos éticos, políticos y jurídicos, por lo cual es relevante poner en contexto la problemática y complejidad nacional e internacional del caso. Se explicó primero cómo el modelo de familia y la concepción de los derechos reproductivos han ido evolucionando a la par de avances científicos como las técnicas de reproducción asistida (TRA), entre las cuales se encuentra la gestación por subrogación, "que se da cuando una mujer lleva el embarazo para posteriormente entregar al niño al o los contratantes" (pág. 16, párr. 3).

Según la investigación realizada para esta sentencia, no existe consenso en el derecho comparado sobre si la gestación por subrogación debe regularse o no, o en su caso, si debe permitirse o prohibirse. Tampoco en México hay una política o legislación nacional

Las técnicas de reproducción asistida y en particular, la gestación por sustitución, son una realidad imperante y deben ser entendidas tomando en cuenta los derechos fundamentales que se ven involucrados, incluyendo la libertad y la autodeterminación; el libre desarrollo de la personalidad; la intimidad personal y familiar; el derecho a conformar una familia; el derecho a la vida; a la salud; a la libertad; a la seguridad e integridad personales; a decidir el número e intervalo de hijos; a la igualdad y a la no discriminación; al empleo y a la seguridad social; a la educación; a la información; a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer; y, entre otros, a disfrutar del progreso científico.

⁴² En la sentencia se explica que en la literatura especializada existen varias formas de referirse a la gestación por sustitución, como renta de útero, vientre sustituto; útero de alquiler; maternidad subrogada o sustituida; subrogación de vientre o subrogación de útero; gestación subrogada; o embarazo de alquiler. La Corte utilizará el concepto de **gestación por sustitución**, ya que es el útero donde se desarrolla la gestación, no el vientre; además, la mujer que accede a llevar una gestación por sustitución, proporciona algo más que una parte de su cuerpo, es decir, proporciona su capacidad gestacional y con ello compromete todo su cuerpo y hasta un modo de vida especial durante el tiempo que dure la gestación. (Pág. 15, párr. 2).

sobre TRA, pero algunas legislaciones locales han incluido en los códigos civiles o familiares alguna regulación al respecto, abordando de forma disímil las consecuencias civiles derivadas del uso de estas técnicas (pág. 18, párr. 2). En este escenario, la Corte abordó los siguientes temas para ir construyendo su interpretación.

Derechos reproductivos

El término derechos reproductivos "designa al conjunto de derechos humanos que inciden sobre la reproducción humana, así como aquellos que afectan el binomio población-desarrollo sostenible" (pág. 19, párr. 2). Desde un enfoque con perspectiva de género, "los derechos reproductivos no deben estar centrados solamente en la familia, sino que en aras de lograr un planteamiento integral de la reproducción, será indispensable atender a la salud de la mujer como elemento toral de los derechos reproductivos" (pág. 19, párr. 3).

Técnicas de reproducción asistida

La Suprema Corte ha reconocido, igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la decisión de tener hijos a través de las técnicas de reproducción asistida es parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad, así como a la vida privada y familiar de las personas (pág. 20, párr. 1).

En la sentencia se explicó que "las técnicas de reproducción asistida se constituyen como todos aquellos tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de *ovocitos* como de *espermatozoides* o *embriones* humanos para el establecimiento de un embarazo; esto incluye, entre otros, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero o gestación por sustitución." (Pág. 22, párr. 1).

Gestación por sustitución

La Corte definió la gestación por sustitución como "la práctica en la que una persona del sexo femenino gesta a un ser humano, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad del mismo" (pág. 22, párr. 2). Se explicó además que en este proceso los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros (pág. 23, párr. 1); y que existen al menos dos tipos de gestación por subrogación. En la subrogación tradicional, "la gestante sustituta contribuye con su propio óvulo que es artificialmente inseminado con el esperma, mismo que puede ser de uno de los contratantes o de un donador externo" (pág. 23, párr. 2). Mientras que, en la subrogación gestacional, "el óvulo, ya sea de la con-

tratante o de una donadora, ya fertilizado, es implantado en el útero sustituto, es decir, la gestante no aporta su material genético" (pág. 23, párr. 3).

El proceso de gestación subrogada involucra a la gestante; el padre o los padres de intención; y el donante o los donantes que proporcionan sus óvulos o esperma; quienes suscriben un contrato por subrogación (pág. 24, párr. 1).

Después de analizar el contexto internacional y nacional sobre la legislación, jurisprudencia y políticas en materia de gestación por subrogación, en la sentencia se concluyó que:

i. En el derecho internacional se permiten y regulan ciertas formas de contratos de gestación por sustitución, lo más común, contratos altruistas; al mismo tiempo, se prohíben los contratos que no cumplan con los requisitos de cierto modelo aprobado (pág. 37, párr. 1).

ii. También existen Estados donde está expresamente prohibida la gestación subrogada, incluso penada como delito. Estas regulaciones se basan en argumentos como la vulneración a la dignidad de la mujer y del niño gestado a través de esta técnica (pág. 37, párr. 2). Conforme a la literatura especializada consultada por la Corte, como una de las principales objeciones sobre esta técnica reproductiva se ha sostenido que "trata al cuerpo de la mujer como un objeto sujeto a las reglas del mercado" (pág. 38, párr. 1). Se ha referido también que causa sentimientos de culpa y depresión en la persona gestante que se encuentra obligada contractualmente a entregar al bebé. Pero, "en relación con el recién nacido, no existe suficiente evidencia sobre los efectos de un nuevo y diferente contexto reproductivo en la construcción de la personalidad del mismo, habiendo sido gestado a través de un método de reproducción asistida" (pág. 38, párr. 2).

iii. En los países que permiten la gestación por subrogación se apela a su carácter de alternativa válida, para aquellos imposibilitados para procrear y a la autonomía reproductiva de la mujer gestante concretada en su derecho a utilizar su cuerpo para esa finalidad, si así lo estima conveniente (pág. 38, párr. 3). En algunos casos se permite cuando no es un acto mercantil, sino se realiza por motivos altruistas (pág. 38, párr. 4).

iv. En la jurisprudencia internacional, en general, se ha respetado la discrecionalidad que tienen los Estados para regular el tema, siempre que se respeten los derechos de las partes involucradas, en particular, el interés superior del menor (pág. 39, párr. 1).

v. En México se encontró que existe un desarrollo legislativo local disperso e irregular en relación con las TRA, incluso, que en algunos estados se ha prohibido la gestación subrogada (pág. 39, párr. 2).

De todo lo anterior se sostuvo en la sentencia que "las técnicas de reproducción asistida y en particular, la gestación por sustitución, son una realidad imperante y deben ser en-

tendidas tomando en cuenta los derechos fundamentales que se ven involucrados, como, enunciativamente, el de la libertad y la autodeterminación; el libre desarrollo de la personalidad; la intimidad personal y familiar; el derecho a conformar una familia; el derecho a la vida; a la salud; a la libertad; a la seguridad e integridad personales; a decidir el número e intervalo de hijos; a la igualdad y a la no discriminación; al empleo y a la seguridad social; a la educación; a la información; a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer; y, entre otros, a disfrutar del progreso científico". (Pág. 41, párr. 2).

En el análisis del caso concreto se decidió por la Corte que, la legislación de Tabasco reclamada por la PGR invadió la competencia exclusiva de la Secretaría de Salud, porque, a partir de una interpretación funcional del artículo 4o. constitucional en materia del derecho a la salud, y en particular lo relacionado con la planificación familiar (como de disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células), "existe la obligación de diseñar, en el marco del Sistema Nacional de Salud, políticas de salud pública que cumplan con el mandato constitucional de garantizar, a todos los individuos, el derecho a formar una familia de manera libre, responsable e informada, en congruencia con su dignidad y libertad reproductiva" (pág. 60, párr. 3).

Luego, al analizar la constitucionalidad del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, la Primera Sala resolvió que también se extralimitó el legislador local cuando reguló, primero, aspectos relacionados con el proceso técnico de fertilización que implica la gestación subrogada como TRA, pues su competencia está limitada, se reitera, a las consecuencias civiles y familiares que se derivan de su uso (pág. 64, párr. 1).

En segundo lugar, porque al definir a las parejas "infértiles o estériles" como las personas que pueden hacer uso de las TRA, se invadieron las competencias de la Federación en materia de planificación familiar, entre otras cosas porque dichos servicios de salud son un medio para materializar el derecho de todos los individuos a formar una familia (pág. 65, párr. 1).

2.4.3 Voluntad procreacional y técnicas de reproducción asistida (juicio por desconocimiento de paternidad)

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017⁴³

Hechos del caso

En 1996, CGT y MST contrajeron matrimonio. En 2008, CGT se sometió a un tratamiento de inseminación artificial –que ella cubrió monetariamente en su totalidad– utilizando

⁴³ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández

el semen de un donador anónimo. MST no se opuso a dicho procedimiento. Después del nacimiento del menor, ESG fue registrado legalmente como hijo de MST y de CGT. En el 2012, la pareja se divorció y MST promovió un juicio de desconocimiento de paternidad.

Su demanda se declaró improcedente porque al haber consentido el método de inseminación artificial en el cual fue concebido el niño, era legalmente considerado su padre. CGT interpuso un recurso de apelación y el tribunal confirmó la sentencia. CGT promovió entonces un juicio de amparo directo que le fue negado, ante lo cual interpuso un recurso de revisión que fue atraído por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

La Corte negó el amparo a CGT, al determinar que en este caso debe respetarse el derecho a la identidad del menor por la conservación de la filiación del padre que otorgó su voluntad procreacional para que la madre se sometiera a dicho tratamiento.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. A partir de lo anterior, el problema jurídico a resolver consistirá en determinar, ¿de qué forma se respeta, en un juicio por desconocimiento de paternidad, el derecho a la identidad de un niño nacido dentro de un matrimonio que fue producto de un proceso de inseminación artificial heteróloga?

Criterios de la Suprema Corte

1. En la inseminación artificial heteróloga se realiza una fecundación con un gameto masculino de un donador anónimo, por lo cual, el hijo concebido en este procedimiento no tendrá biológicamente un material genético compatible con el cónyuge varón. Lo que debe probarse entonces es si los cónyuges otorgaron su voluntad para que la mujer fuera inducida bajo ese tratamiento, ya que, en caso afirmativo, jurídicamente se tendrá una filiación con el hijo que nazca de dicha técnica de reproducción asistida y, en consecuencia, respecto del padre, surgirá un parentesco igual a aquel que normalmente se adquiere por consanguinidad. La voluntad procreacional supera la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio, inclusive de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico.

Por ello, en la inseminación artificial heteróloga, la *voluntad procreacional* es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo ese tratamiento con el cónyuge o concubino varón y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno filial, es decir, para que el cónyuge varón asuma las responsabilidades derivadas de la filiación.

La voluntad procreacional supera la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio, inclusive de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico.

Justificación de los criterios

Primero se establecieron los criterios en la jurisprudencia constitucional en los cuales se ha concluido, "cuando los juzgadores tengan que decidir una controversia que incide sobre los derechos de un menor, deben tener en cuenta que los niños requieren una protección legal reforzada y que la única manera de brindarles esa protección, implica tener en cuenta todos sus derechos, así como el rol que juegan en la controversia sometida a su consideración, ello a fin de garantizar su bienestar integral, teniendo presente que sólo se alcanza éste cuando se le garantiza el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos y, como consecuencia, se le protege de manera integral, logrando su desarrollo holístico". (Pág. 36, párr. 2).

En consecuencia, "el interés superior de la infancia implica garantizar que ninguno de sus derechos se vea perjudicado por una norma o por su interpretación negativa" (pág. 27, párr. 1).

El derecho a la identidad, protegido por la Constitución Federal y por otros instrumentos internacionales, es para la Corte "un derecho humano por ser un elemento que le es inherente y que puede comprender otros derechos, como el derecho al nombre, a la nacionalidad y a conocer su filiación y origen; sin embargo, el núcleo esencial no sólo lo constituye la posibilidad de solicitar y recibir esa información, sino en que a partir de esos derechos se pueden derivar otros distintos, como son los de alimentación, educación, salud y sano esparcimiento". (Pág. 33, párr. 2).

Para la Corte, el papel que desempeña el derecho a la identidad en los juicios de desconocimiento de paternidad es un derecho de los niños y no una facultad de los padres, "por lo que si bien es cierto que en esos procedimientos se cuestiona el origen biológico, en determinadas circunstancias no se tiene que agotar con tal elemento, pues también existen otros a considerar, como la preservación en beneficio del menor de vínculos familiares, ello cuando no hay coincidencia entre el origen biológico y la filiación jurídica" (pág. 34, párr. 1).

Luego, se abordó en la sentencia el tema de las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la inseminación artificial. En términos generales, "la reproducción asistida alude a la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer mediante el empleo de técnicas diversas, dando paso a la gestación y posterior nacimiento del hijo" (pág. 35, párr. 1). Entre las mismas se encuentra la *fecundación in vitro*, procedimiento en el cual "los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer" (pág. 35, párr. 4).

Por su parte, explicó la Primera Sala, "la *inseminación artificial o asistida* consiste en aplicar técnicas tendentes a lograr una fertilización dentro del claustro materno; biológicamente inseminar significa hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera; en este caso, no existe una extracción de óvulos de la mujer, pero sí de espermatozoides del hombre, sea éste el cónyuge o un donador externo" (pág. 36, párr. 3).

De la consulta a literatura especializada se encontró que, dentro de la inseminación artificial o asistida se contemplan distintos escenarios, formas o tipos, a saber: (i) la inseminación artificial homóloga; (ii) la inseminación artificial heteróloga; (iii) la inseminación artificial a una mujer soltera; y (iv) la inseminación artificial post mortem (pág. 37, párr. 1).

Estas precisiones se consideraron importantes en la sentencia porque de aquí, la Primera Sala concluyó que en el caso concreto, aun cuando se habló de un tratamiento de *fecundación in vitro*, "lo cierto es que, en realidad, fue parte de un procedimiento de inseminación artificial heteróloga en el que, como se demostrará *infra*, la aceptación de los cónyuges de someterse a dicho tratamiento es de la mayor relevancia jurídica, pues dependiendo de cómo se haya actualizado esa aceptación, acto voluntario o consentimiento, es como se producirán las consecuencias de derecho respectivas" (pág. 38, párr. 1).

Ya en el estudio del caso concreto, la Primera Sala estableció que tanto hombres como mujeres, tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; como lo determina el artículo 4° de la Constitución General. De acuerdo con lo anterior, "la decisión de tener hijos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona" (pág. 39, párr. 1).

En los derechos reproductivos y los tratamientos por inseminación artificial, "el derecho a la identidad, contemplado en el artículo 4o. constitucional, se dota de contenido bajo una doble connotación: en primer lugar, respecto de las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos (los padres); en segundo lugar y principalmente, en relación con el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas. [...] Al estar en presencia de un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, como técnica a través de la cual las personas tanto en lo individual como en pareja pueden ejercer su derecho a formar una familia, lo primero que habrá que verificar es en cuál de esas dimensiones (la individual o en pareja) se realizó el tratamiento; después de ello, resultará necesario determinar si existió o no consentimiento de la persona que no aportó material genético, pues ello constituirá uno de los elementos para integrar la filiación de un hijo nacido bajo esa técnica de reproducción asistida." (Págs. 39, párr. 3 y 40, párr. 1).

En el caso particular del Estado de México, donde se desarrolló esta controversia, la Sala encontró que el Código Civil contempla, cuando un niño nazca por técnicas de reproduc-

El artículo 4o. constitucional reconoce el derecho de todas las personas a decidir de manera libre, responsable e informada, el número y el espaciamiento de sus hijos. Esta decisión pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona.

ción asistida, cuando los sujetos que dieron su voluntad para su concepción, que surgirá un parentesco igual a aquel que surge por consanguinidad (pág. 54, párr. 2). La misma norma prevé, dentro del matrimonio, que "cualquier tipo de reproducción asistida tendrá que ser previamente consentida por ambos cónyuges; asimismo, si hubo *consentimiento* en tales métodos, el cónyuge varón no podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante esos procesos de reproducción" (pág. 54, párr. 3).

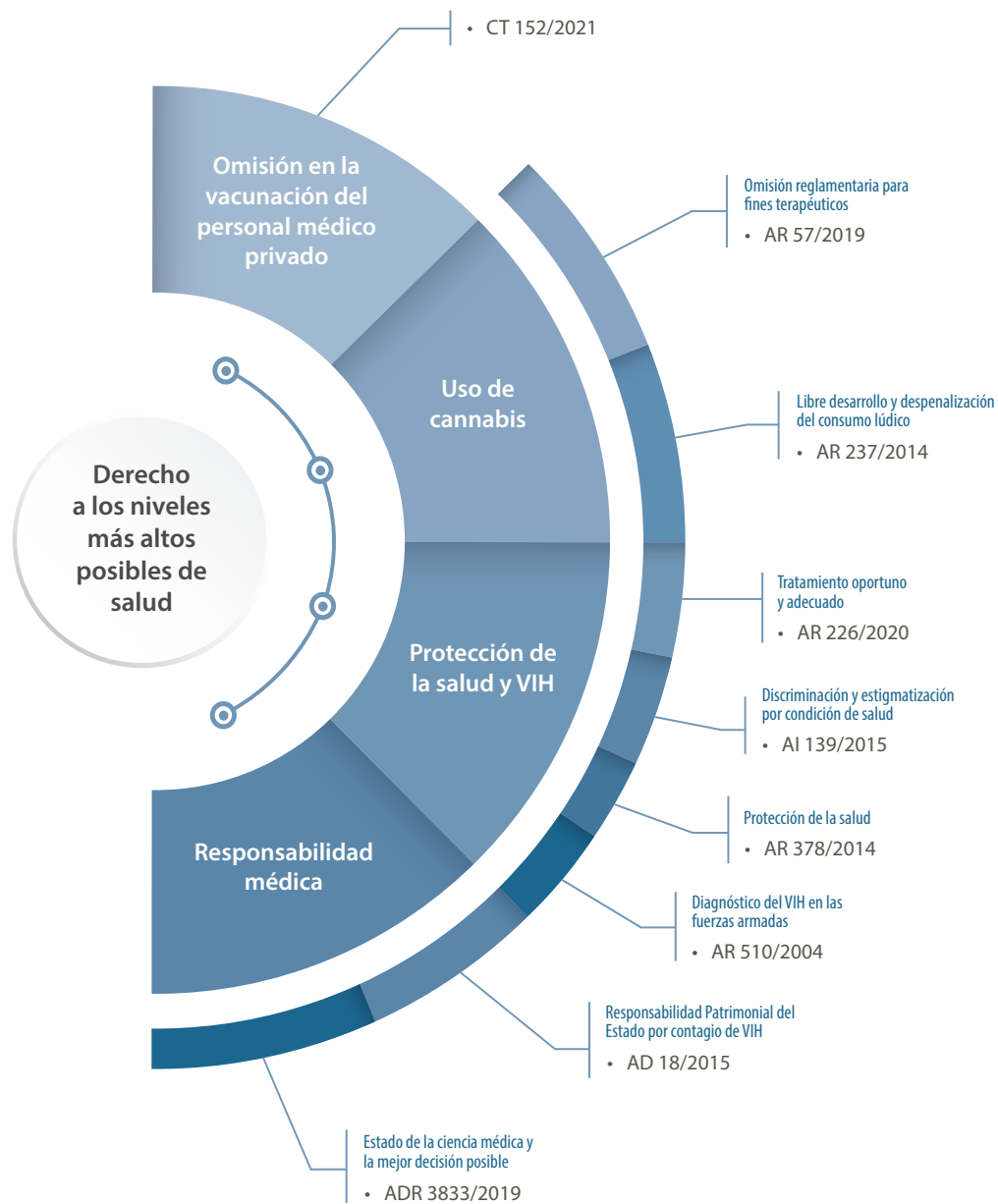
En la inseminación artificial heteróloga –como la ocurrida en el caso de estudio– se realiza una fecundación con un gameto masculino de un donador anónimo, por lo cual, el hijo concebido en este procedimiento no tendrá biológicamente un material genético compatible con el cónyuge varón (pág. 55, párr. 2). Lo que debe probarse, entonces, es si los cónyuges otorgaron su voluntad para que la mujer fuera inducida bajo ese tratamiento, "ya que, en caso afirmativo, jurídicamente se tendrá una filiación con el hijo que nazca de dicha técnica de reproducción asistida y, en consecuencia, respecto del padre, surgirá un parentesco igual a aquel que normalmente se adquiere por consanguinidad." (Pág. 55, párr. 3). Al consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional, "que no es más que el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea (pág. 55, párr. 4).

En suma, para la Corte "[e]sta postura supera la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio, inclusive de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico. [...] Por ello, esta Primera Sala considera que en la inseminación artificial heteróloga, la *voluntad procreacional* es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo ese tratamiento con el cónyuge o concubino varón y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno filial, es decir, para que el cónyuge varón asuma las responsabilidades derivadas de la filiación; voluntad que se protege bajo el amparo del artículo 4o. constitucional y que se obtiene de la interpretación funcional de los artículos 162, 293, 326 y 329 del Código Civil para la Ciudad de México. [...] Esta voluntad es el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo de quien es su madre; lo que impedirá que el cónyuge varón posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad, pues se considera que quien actúa así, contradice los parámetros de la buena fe objetiva, al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. Por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de inseminación realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad del menor que nació bajo dicho procedimiento." (Pág. 56, párrs. 1, 2 y 3).

La voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial de un niño que ha nacido bajo una técnica de reproducción asistida. En la inseminación artificial heteróloga, vincula a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno filial.

Se resolvió además que "[e]n el supuesto de inseminación artificial heteróloga, el contenido y alcance del derecho humano a la identidad del menor, en cuanto a su componente relativo a conocer el origen biológico cede y se privilegia el diverso elemento consistente en el derecho del menor a desarrollarse como miembro de una familia, con la preservación de relaciones jurídicas y afectivas que le permitan ver satisfechos otros derechos fundamentales, esto, a través del establecimiento de una auténtica filiación parental con los progenitores que consintieron su procreación." (Pág. 58, párr. 2).

3. Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud



3. Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud

3.1 Derecho a la salud y omisión en la vacunación contra el virus SARS-CoV-2 al personal médico del sector privado (procedencia de la suspensión en el juicio de amparo)

SCJN, Segunda Sala, Contradicción de Tesis 152/2021, 25 de mayo de 2022⁴⁴

Hechos del caso

La Segunda Sala de la Suprema Corte recibió una denuncia sobre una posible contradicción de tesis entre dos criterios emitidos por tribunales colegiados del Primer y Segundo Circuitos, que requería determinar: (i) si en los casos en que se reclama la omisión de vacunar contra el virus SARS-CoV-2 al personal médico del sector privado, ya sea porque se encuentra en la primera línea de atención a los pacientes de COVID-19, o bien, porque de manera cotidiana, presta atención médica a este tipo de pacientes, en iguales condiciones que al personal de salud del sector público, procede la suspensión a petición de parte, o de oficio y de plano; y, (ii) si se debe conceder la medida cautelar.

El Vigésimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito negó la suspensión provisional, entre otras cosas, porque se consideró que los actos omisivos reclamados no importan por sí mismos, un peligro de privación de la vida. En esta opinión se pensó que el hecho de que le sea aplicada al médico privado la vacuna hasta la fecha en que precisa el calendario de vacunación propuesto en el programa co-

⁴⁴ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales.

rrespondiente, no necesariamente implica que éste se contagie, ni mucho menos que, de hacerlo, esté en riesgo de perder la vida.

El Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito razonó que la procedencia de otorgar una suspensión de oficio y de plano, depende de que el asunto sea sobre actos cuya naturaleza jurídica sea de entidad sumamente grave y requiera la intervención del juzgador constitucional para paralizarlos de inmediato. En el caso, si bien el desempeño de las funciones de quienes solicitaron el amparo –diversas personas físicas, que laboran en una clínica privada no adscrita a la Red IRAG (Infección Respiratoria Aguda Grave) y que desempeñan distintas funciones, tales como médicos generales, médicos cirujanos, enfermeras, auxiliares de enfermería, personal de intendencia, cocineros y personal administrativo– no implica, por regla general, poner en riesgo su vida o su salud de una forma irreparable; al involucrar la primera línea de atención de pacientes infectados con el SARS CoV-2 y al tomar en cuenta el estado de vulnerabilidad en el que pueden encontrarse, en el contexto de la pandemia actual, sí estarían en riesgo, si no se les aplica la vacuna conforme a la Política Nacional de Vacunación en las mismas condiciones que el personal de salud que trabaja en el sector público. Es procedente la suspensión de oficio y de plano, porque los efectos y consecuencias de los actos ponen en peligro la vida, pues el riesgo que corren sin haber obtenido la vacuna podía llevarlos a perder la vida, a ser contagiados con el virus y contagiar, a su vez, a otras personas con las que tengan contacto, lo que desde luego en nada beneficiaba a la sociedad.

Se resolvió que debía prevalecer con carácter de jurisprudencia el criterio en el cual se determinó que la suspensión del acto reclamado debe ser abordada de oficio y de plano, cuando se reclama la omisión de las autoridades responsables de vacunar contra el virus SARS-CoV-2 a médicos del sector privado y que se encuentran dentro de la primera línea de contacto con pacientes infectados del virus, o sean médicos cirujanos que prestan de manera cotidiana la atención médica necesaria a dichos pacientes. Debe ser concedida la medida cautelar para que la autoridad encargada aplique, ya sea la primera dosis, alguna dosis posterior, uno de los refuerzos o, incluso, en caso de autorizarse, una vacuna contra las diferentes variantes del virus que han surgido, en las mismas condiciones y tiempo que al personal que trabaja en el sector público de salud.⁴⁵

Pregunta relacionada con la evidencia científica

1. En los casos en que se reclame la omisión de las autoridades responsables de vacunar contra el virus SARS-CoV-2, a médicos del sector privado que se encuentran dentro de la

⁴⁵ Tesis: 2a./J. 29/2022 (11a.), de rubro: SUSPENSIÓN DE OFICIO Y DE PLANO EN EL JUICIO DE AMPARO. ES PROCEDENTE CONCEDERLA CONTRA LA OMISIÓN DE VACUNAR CONTRA EL VIRUS SARS-CoV-2 AL PERSONAL MÉDICO DEL SECTOR PRIVADO, PARA EL EFECTO DE QUE SE LES APLIQUE EN LA MISMA FECHA Y EN IGUALES CONDICIONES QUE AL PERSONAL DE SALUD DEL SECTOR PÚBLICO. Agosto 2022.

primera línea de contacto con pacientes infectados del virus en cuestión o médicos cirujanos que prestan de manera cotidiana la atención médica necesaria a dichos pacientes, ¿debe concederse la suspensión de oficio y de plano de los actos reclamados?

Criterio de la Suprema Corte

1. La suspensión contra la omisión de vacunar contra el COVID-19 al personal médico del sector privado en las mismas condiciones y tiempos establecidos para el personal médico del sector público de salud, sí debe ser tramitada en términos del artículo 126 de la Ley de Amparo, porque en sí misma constituye una violación grave a la dignidad e integridad humanas, que incluso importa peligro de privación de la vida y derechos humanos de la mayor trascendencia.

En los casos en que se reclame la omisión de las autoridades responsables de vacunar contra el virus SARS-CoV-2, a médicos del sector privado que se encuentran dentro de la primera línea de contacto con pacientes infectados del virus en cuestión o médicos cirujanos que prestan de manera cotidiana la atención médica necesaria a dichos pacientes, los juzgadores deberán conceder la suspensión de oficio y de plano de los actos reclamados, en el mismo acuerdo de admisión de demanda de amparo, para que la autoridad encargada aplique, ya sea la primera dosis, alguna dosis posterior, uno de los refuerzos o, incluso en caso de autorizarse, una vacuna contra las diferentes variantes que han surgido del virus, en las mismas condiciones y tiempo que al personal del sector público de salud.

Justificación del criterio

Antes de resolver el punto de contradicción, la Segunda Sala desarrolló los antecedentes que contextualizan la situación en nuestro país en relación con la vacunación contra el virus SARS-CoV-2, al momento en que se emitieron los criterios denunciados, encontrando que: "La Organización Mundial de la Salud (OMS) señaló que la *COVID-19* es una enfermedad infecciosa causada por un nuevo coronavirus que emergió a finales de dos mil diecinueve (*SARS-CoV-2*). [...] El once de marzo de dos mil veinte, la OMS declaró que el brote de este virus es una pandemia, derivado del incremento en el número de casos existentes en los países que los habían confirmado, por lo que consideró tal circunstancia como una emergencia de salud pública de relevancia internacional. [...] Derivado de lo anterior, el Consejo de Salubridad General, reconoció la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV-2, COVID-19, en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria y, desde ese momento en este país se han establecido diversas medidas de prevención y control de la epidemia, diseñadas, coordinadas y supervisadas por la Secretaría de Salud, e implementadas por diversas dependencias y entidades. [...] La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Declaración 1/20, de nueve de abril de dos mil veinte, deno-

minada "Covid-19, y Derechos Humanos: Los Problemas y Desafíos Deben Ser Abordados Con Perspectiva de Derechos Humanos y Respetando las Obligaciones Internacionales", con el propósito de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realicen para abordar y contener la pandemia, como situación que concierne a la vida y salud pública, sea en el marco del Estado de Derecho con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en su jurisprudencia". (Pág. 19, párrs. 1, 2 y 3).

En el mismo documento se determinó que "...el derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, **las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.**" (Pág. 21, párr. 1). (Énfasis en el original).

En México, "se participó de manera activa a través de diversos mecanismos comerciales para tener acceso a la vacuna contra la COVID-19, estableciendo como prioridad que la población mexicana cuente con vacunas seguras y eficaces; y, a través de los procesos de autorización sanitaria, es que el Gobierno de México garantiza que la vacuna que se distribuya y se aplique, cumpla con todas las pruebas y características necesarias para proteger la vida y la seguridad de todas las personas, destacando que se debe seguir vigilando la salud de aquéllas para que el perfil de seguridad, eficacia y eficiencia de los biológicos se mantenga en los más altos estándares de calidad." (Pág. 22, párr. 1).

Considerando la complejidad del proceso de desarrollo de la vacuna contra la COVID-19 y la estrategia de vacunación, el grupo técnico asesor mexicano recomendó llevar a cabo un programa enfocado en reducir el número de muertes asociadas con la enfermedad, diseñada con base en la mortalidad observada en el país, y, en esa medida, definir acciones concretas que permitieran ejecutar la estrategia de vacunación contra el virus SARS-CoV-2 que garantizara a la población mexicana vacunas con un perfil correcto de seguridad y eficacia (pág. 22, párrs. 2 y 3). De ahí surgió la "Política Nacional de Vacunación contra el Virus SARS-CoV-2, para la Prevención de la COVID-19 en México", que ha sido actualizada en numerosas ocasiones, para cumplir el objetivo general de disminuir la carga de enfermedad y defunciones ocasionada por la COVID-19. *Sus objetivos específicos incluyen* vacunar al 70% de la población en México para lograr la inmunidad de grupo, desde la fase inicial, hasta las fases de refuerzos y se han determinado grupos prioritarios de acuerdo con el riesgo (pág. 23, párrs. 1 y 2).

Entre diciembre de 2020 y febrero de 2021, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) dictaminó como procedente la solicitud de autorización para uso de emergencia de diferentes vacunas (pág. 23, párr. 3). La estrategia nacional se dividió en cinco etapas en las que se distribuyeran las poblaciones a ser vacunadas, así como las diferentes dosis con las que cuenta el programa de vacunación contra el virus SARS-CoV-2 para la prevención de la COVID-19 (pág. 24, párr. 1). El calendario actualizado al 11 mayo de 2021 quedó como sigue (pág. 24, párr. 3):

a) **Etapas 1:** diciembre 2020-febrero 2021. Personal de salud de primera línea de control de la COVID-19 (1.1 millones) (Trabajadores de salud del sector público con atención directa de pacientes COVID).

b) **Etapas 2:** febrero- mayo 2021. Personal de salud restante y personas de sesenta y más años (14.4 millones).

c) **Etapas 3:** mayo-junio 2021. Personas de cincuenta a cincuenta y nueve años y embarazadas de dieciocho años y más (15.2 millones).

d) **Etapas 4:** junio-julio 2021. Personas de cuarenta a cuarenta y nueve años (16.2 millones).

e) **Etapas 5:** julio 2021-marzo 2022. Resto de la población (49.2 millones).

Para la fase expansiva de la vacunación a todo territorio nacional, a partir de la segunda etapa operativa de la política nacional de vacunación, se estableció por instrucción presidencial, una estrategia federal denominada "Operativo Correcaminos", cuyo objetivo es lograr la cobertura de toda la población mexicana (susceptible a recibir la vacuna) de manera eficaz y eficiente, en los tiempos establecidos (pág. 25, párr. 1).

Respecto a la administración de las segundas dosis de vacunación, se estableció que la mayoría de las vacunas contra el virus SARS-CoV-2 emplean un esquema de aplicación de dos dosis de su vacuna para lograr la máxima eficacia reportada contra la COVID-19. Los intervalos de vacunación entre la primera y la segunda dosis estarían establecidos por las propias casas farmacéuticas. Posteriormente se ha considerado la vacunación de diversos grupos de población más joven e, incluso, debido a los avances y el comportamiento de la pandemia, la implementación de la aplicación de una tercera y de hasta una cuarta dosis de refuerzo, esta última sólo para grupos vulnerables (pág. 26, párrs. 2, 3 y 4).

La Segunda Sala estimó aquí que "dada la evolución de la pandemia y mutaciones del virus, se considera que existen datos actuales y contundentes que han hecho patente la necesidad de dosis de refuerzo" (pág. 28, párr. 1). También se advirtió que el veintiséis de noviembre de 2021, la OMS "anunció que la nueva variante del SARS-CoV-2, a la que llamó

Ómicron, es de preocupación en vista de la gran cantidad de mutaciones que presenta" (pág. 28, párr. 2). En México, la Dirección General de Epidemiología, a través del Instituto de Diagnóstico y Referencia Epidemiológicos (InDRE), dio a conocer el resultado preliminar positivo a la variante ómicron. Al día siguiente, el presidente de la República en una conferencia de prensa anunció que a partir del 7 de diciembre siguiente podría empezar la aplicación de dosis de vacunas de refuerzo contra la COVID-19 e informó que la Secretaría de Salud trabajaba en la planeación de ese objetivo (pág. 29, párr. 1).

En fechas cercanas, la directora científica de la OMS "ha advertido que seguirán apareciendo linajes y recombinaciones del virus, y que el mundo debe seguir invirtiendo en la mejora de herramientas como las nuevas vacunas" (pág. 29, párr. 3). El secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, "a partir del desarrollo de la pandemia y de las evidencias científicas, ha reiterado la necesidad de **aumentar el número de pruebas y de muestras secuenciadas para que los científicos puedan seguir la pista de las variantes existentes** e identificar las nuevas a medida que surgen" (pág. 30, párr. 1). Por lo anterior, "ha destacado la importancia de seguir con los estudios científicos y de que continúen las **medidas preventivas**, ya que *"El mejor modo de protección es vacunarse y recibir las dosis de refuerzo cuando se recomiende."* (Pág. 30, párr. 2). (Énfasis en el original).

Así, la Segunda Sala determinó en este contexto "resulta indispensable que este Alto Tribunal emita un criterio obligatorio que defina el actuar de los órganos jurisdiccionales, ya que más allá de las distintas etapas del programa de vacunación y de su avance, es necesario generar seguridad jurídica en los casos relacionados con la omisión de las autoridades de vacunar al personal médico del sector privado, en las mismas condiciones que el del sector público, principalmente ante la situación prolongada de la evolución de la pandemia, que involucra diversas variantes y subvariantes, de los avances médicos y científicos que dan seguimiento a éstas, así como de la reducida disponibilidad de las sustancias necesarias para su combate a nivel mundial, lo que constituye un hecho notorio." (Pág. 30, párr. 3)

1. Esta Segunda Sala considera que la suspensión del acto reclamado **debe ser abordada de oficio y de plano**, por ubicarse en los supuestos del artículo 126 de la Ley de Amparo, cuando se reclama la omisión de las autoridades responsables de vacunar contra el virus SARS-CoV-2, a médicos del sector privado y que se encuentran dentro de la primera línea de contacto con pacientes infectados del virus en cuestión o médicos cirujanos que prestan de manera cotidiana la atención médica necesaria a dichos pacientes, **y debe ser concedida la medida cautelar**, para que la autoridad encargada aplique, ya sea la primera dosis, alguna dosis posterior, uno de los refuerzos, o incluso, en caso de autorizarse, una vacuna contra las diferentes variantes del virus que han surgido, en las mismas condiciones y tiempo que el personal del sector público de salud.

VI.2 Argumentación.

El primer punto que dilucidó la Segunda Sala es si la suspensión del acto reclamado, contra la omisión de vacunar a los médicos privados, en los mismos tiempos y circunstancias que a los médicos del sector público, **debe ser solicitada a petición de parte o si, en su caso, debe ser abordada oficiosamente y de plano.**

Por regla general, la suspensión, como medida cautelar en el juicio de amparo debe ser solicitada y tramitada a petición de parte en la vía incidental, de manera excepcional, puede ser abordada por el juzgador de manera oficiosa y de plano, es decir, sin mediar trámite (pág. 33, párr. 3).

En este caso, la Segunda Sala estimó que **"la suspensión** contra la omisión de vacunar contra la covid-19 al personal médico del sector privado en las mismas condiciones y tiempos establecidos para el personal médico del sector público de salud, **sí debe ser tramitada en términos del artículo 126 de la Ley de Amparo**, porque en sí mismo constituye una **violación grave a la dignidad e integridad humana, que, incluso importa peligro de privación de la vida**, derechos humanos de la mayor trascendencia". (Pág. 52, párr. 2). (Énfasis en el original).

"Se afirma lo anterior, ya que al tratarse de médicos que prestan atención a pacientes de covid-19, por dicha enfermedad, o de manera regular, éstos se encuentran en una situación de **gran vulnerabilidad**, lo cual, ha sido reconocido por la Organización Mundial de la Salud y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que orillar a estos profesionales a desarrollar sus funciones sin la debida protección inmunológica, **viola gravemente su dignidad humana**, ya que por la naturaleza de sus funciones, se encuentran en contacto directo con agentes transmisores del virus, por lo que por el tiempo y exposición a altas cargas virales, tienen un **riesgo de contagio más elevado que el resto de la población, con la consecuente posibilidad de que se dañe irreparablemente su salud o hasta puedan perder la vida**". (Pág. 53, párr. 1). (Énfasis en el original).

En la sentencia se presentaron, entre otros datos para sustentar el criterio, los siguientes (págs. 54, párrs. 1, 2 y 3; y 55, párr. 1):

"El Director de la OMS informó que, durante el año 2020, uno de cada siete casos de COVID-19 corresponde a un trabajador médico y **en algunos países la proporción llegó a uno de cada tres**. Según datos de un estudio realizado por Amnistía Internacional, Internacional de Servicios Públicos (ISP) y *UNI Global Union*, reveló que, en ese entonces, al menos diecisiete mil profesionales de la salud habían fallecido por COVID-19.

En el caso concreto de México, durante el desarrollo de la pandemia, Amnistía Internacional señaló que ha llegado a alcanzar la cifra más alta conocida para un solo país de personas trabajadoras de la salud que han muerto después de contraer COVID-19.

Trasladando lo anterior a cifras, del *Informe sobre el personal de Salud COVID-19 en México 2021*, publicado por la Secretaría de Salud, se advierte que existen 280,781 casos totales acumulados en personal de salud, de los cuales 4,484 resultaron en defunciones confirmadas.

Asimismo, se desprende que, del total de defunciones confirmadas del personal de la salud, por profesión son: 45% médicos; 31% otros trabajadores de la salud; 19% enfermeras; 3% dentistas; y 2% laboratoristas."

Por ello, para la Suprema Corte, "si los médicos privados, a pesar de ser muy vulnerables, fueron discriminados en relación con la vacunación contra el covid-19, respecto de los médicos que realizan las mismas funciones, pero que, por desempeñarse en el ámbito de la salud pública, sí fueron considerados prioritariamente, esto constituye una grave vulneración a su dignidad humana" (pág. 55, párr. 2).

Además, "por el tiempo prolongado y la exposición a altas cargas virales que están expuestas los médicos, al estar en presencia de los aerosoles de los pacientes durante los tratamientos y/o procedimientos que desarrollan, a pesar de contar con equipo de protección, están en grave peligro de contagio, incluso de diversas variantes del virus, lo que implica que ellos mismos se conviertan en agentes transmisores, lo que **pone en grave riesgo la salud, y los pone en peligro de perder la vida**, no obstante que **son indispensables para hacer frente a la alta demanda de atención médica debida a la pandemia.**" (Pág. 55, párr. 3).

3.2 Derecho a la salud y uso de cannabis

3.2.1 Omisión reglamentaria sobre el uso de cannabis y sus derivados para fines científicos y terapéuticos

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 57/2019, 14 de agosto de 2019⁴⁶

Hechos del caso

Al tercer día de nacido, un niño fue diagnosticado con síndrome de West –una encefalopatía epiléptica infantil, conformada por espasmos, retardo del desarrollo psicomotor y patrón electroencefalográfico de hipsarritmia–. Posteriormente, se le diagnosticó hipertensión pulmonar, cardiomegalia, neutropenia cíclica e inmunodeficiencia. De manera constante, el niño está en un estado delicado de salud. Durante toda su vida ha pasado por prolongados periodos en terapia intensiva e internado en centros hospitalarios, al

⁴⁶ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Eduardo Medina-Mora I.

menos en dos ocasiones por año, y muchas veces tuvo que ser inducido a comas inducidos por barbitúricos.

Para mejorar su calidad de vida, el neurólogo pediatra recomendó que se le suministrara al niño un aceite farmacológico con cannabidiol (CBD). Con la recomendación del neurólogo, los padres obtuvieron dos permisos de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), para la adquisición e importación de frascos de aceite con CBD. A partir de que el menor comenzó a utilizar el aceite de CBD su salud comenzó a mejorar visiblemente, se controlaron sus crisis epilépticas y, por primera vez, a los trece años pudo asistir a la escuela. Un tiempo después desarrolló cierta tolerancia al aceite de CBD aislado y se le recomendó intentar un tratamiento con una preparación que, en combinación, tuviera 0.3% de tetrahidrocannabinol (THC).

Aunque sea para uso terapéutico, el cannabis y sus derivados no podían adquirirse en el mercado nacional por no estar reguladas estas sustancias, entonces, la familia adquirió, a través de internet, el producto recetado y el niño empezó a mejorar nuevamente. Más adelante, empezó a desarrollar tolerancia otra vez a la sustancia y a tener crisis epilépticas. Ante la falta de reglamentación del THC y de sus derivados, su madre comenzó a adquirir semillas de cannabis en un portal de internet para preparar su propia mezcla.

También promovió un juicio de amparo en representación de su hijo para reclamar la omisión de diversas autoridades federales para reglamentar el uso terapéutico del THC, incumpliendo el artículo 4o. transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones en la Ley General de Salud y del Código Penal Federal (en adelante Decreto de la LGS), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 2017, consistente en armonizar los reglamentos y normatividad en el uso terapéutico del tetrahidrocannabinol de los isómeros: $\Delta 6a$ (10a), $\Delta 6a$ (7), $\Delta 7$, $\Delta 8$, $\Delta 9$, $\Delta 10$, $\Delta 9$ (11) y sus variantes estereoquímicas. La reforma se caracterizó por pasar de un esquema de prohibición absoluta a uno en el que se permite el uso de las especies del cannabis como la sativa, índica y americana o marihuana y sus derivados, entre los que se encuentra el THC, con fines terapéuticos. En este nuevo esquema de prohibición relativa, la Ley previó, en el artículo 235 Bis adicionado a la Ley General de Salud, que era necesario que la Secretaría de Salud diseñara y ejecutara políticas públicas que regularan el uso medicinal de los derivados farmacológicos de esta sustancia. Asimismo, señaló el deber a cargo de esta secretaría de normar la investigación y producción nacional del cannabis y sus derivados.

La jueza que conoció del asunto sobreescribió el juicio de amparo y la madre del niño promovió un recurso de revisión que fue remitido por el tribunal colegiado a la Suprema Corte de Justicia. Se resolvió que la omisión reglamentaria en la que incurrieron las autoridades responsables restringió el derecho a la salud del niño y se ordenó un plazo para reglamentar y armonizar la normativa y los reglamentos sobre el uso del cannabis y sus derivados, exclusivamente para fines científicos y terapéuticos.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Cuáles son las recomendaciones de grupos científicos y expertos internacionales sobre la revisión de la clasificación convencional del CBD y el THC y su aplicación al tratamiento de ciertos desórdenes de epilepsia refractaria infantil?

2. En el caso concreto, ¿violaron las autoridades el derecho a la protección de la salud del niño, por omitir la reglamentación prevista en el artículo cuarto transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones en la Ley General de Salud y del Código Penal Federal publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 2017 consistente en armonizar los reglamentos y normatividad en el uso terapéutico del tetra-hidrocannabinol de los isómeros: Δ6a (10a), Δ6a (7), Δ7, Δ8, Δ9, Δ10, Δ9 (11) y sus variantes estereoquímicas?

Criterios de la Suprema Corte

1. Organismos especializados se han pronunciado porque el cannabidiol puro no sea fiscalizado en el marco de los instrumentos convencionales, pues no tiene sustancias psicoactivas, ni existe evidencia de que produzca abuso o dependencia. Igualmente, se ha propuesto repensar la clasificación convencional del THC y no impedir su uso para fines terapéuticos. Además, el grupo de expertos reconoció que el CBD ha demostrado ser efectivo para el tratamiento de ciertos desórdenes de epilepsia refractaria infantil.

2. Las autoridades violaron sus obligaciones constitucionales y convencionales para garantizar el derecho a la salud del niño porque su omisión reglamentaria le impide acceder a medios terapéuticos procedentes de la cannabis y sus derivados, cuando en el ámbito médico nacional e internacional, se documentan diversos estudios clínicos que indican que el uso de CBD y THC, puros o en combinación, produce, en la mayor parte de los casos, efectos benéficos en la salud de los pacientes con epilepsia fármaco resistente y una mejoría en su calidad de vida y en la de sus familias.

La omisión de reglamentar el uso de la cannabis y sus derivados para fines terapéuticos, médicos y científicos, viola el derecho a la salud de pacientes que pueden beneficiarse de los mismos, como quienes padecen una epilepsia fármaco resistente; pues se afecta indebidamente su calidad de vida y la de sus familias.

Justificación de los criterios

1. Al estudiar los antecedentes normativos de las sustancias psicotrópicas, en la sentencia se explicó que el marco convencional para el control de la producción, procesamiento, manipulación, distribución, comercialización de sustancias psicotrópicas, que incluye el cannabis y sus derivados, impiden una prohibición absoluta, protegiendo los usos médicos, medicinales y para investigación científica (pág. 7, párrs. 2, 3 y 4).⁴⁷

⁴⁷ En la sentencia se refieren Convención Única de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972; el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Incluso se notó en la sentencia que han surgido llamados de atención por parte de organizaciones científicas sobre la necesidad de realizar ajustes a estos protocolos convencionales de fiscalización de sustancias psicotrópicas, en específico particular, en lo que respecta a la clasificación del cannabis y sus derivados (pág. 8, párrs. 1 a 4). Por ejemplo, se cita que, en enero del 2019, el Comité de Expertos en Farmacodependencia (ECDD) emitió varias recomendaciones para actualizar la regulación y las medidas de fiscalización del cannabis y cada uno de sus cannabinoides. Sobre el CBD, el informe "directamente se pronuncia porque el cannabidiol puro no sea fiscalizado, pues dicha sustancia no tiene propiedades psicoactivas, ni existe evidencia de que produzca abuso o dependencia" (pág. 9, párr. 2). Además, el grupo de expertos reconoció que el CBD ha demostrado ser efectivo para el tratamiento de ciertos desórdenes de epilepsia refractaria infantil. Se incluyen asimismo múltiples datos sobre el THC, proponiéndose por el grupo de expertos repensar su clasificación convencional y no impedir su uso para fines médicos (pág. 9, párr. 3).

Del análisis de los reportes de organismos especializados en el tema, se concluyó aquí en la sentencia que "[e]n varios escenarios se observa que, en específico, la desesperación de padres y madres con infantes que padecen una epilepsia refractaria motiva la sensibilización de la sociedad y de las instituciones, apresura la creación de vías de acceso –como son los permisos de importación excepcionales o las sentencias judiciales–, en tanto no se emita e implemente una legislación general sobre el cannabis medicinal. En este contexto, es claro que se agilizan mecanismos para proteger un derecho fundamental, el derecho a la salud." (Pág. 10, párr. 6).

2. Luego la Corte abordó el estudio de la omisión reglamentaria que reclamó la madre del niño. Se explicó primero que, "cuando el Ejecutivo omite reglamentar un tema expresamente ordenado por la Constitución, o bien cuando la obligación surja de un texto legal pero implique el desarrollo de un precepto constitucional se constituirá una violación a la norma fundamental, debido a que ésta no alcanzará a desplegar toda su eficacia como resultado de dicha omisión" (pág. 34, párr. 2).

Para la Suprema Corte de Justicia, una omisión reglamentaria inconstitucional y que puede violar derechos fundamentales, se da cuando no se emitan las normas sobre un tema expresamente ordenado por la Constitución, o bien cuando la obligación surja de un texto legal pero implique el desarrollo de un precepto constitucional.

En el caso concreto se encontró que la omisión de reglamentar el Decreto de la LGS era "una omisión total, porque el Poder Ejecutivo no desarrolló formal ni materialmente su obligación de armonizar los reglamentos y normatividad en el uso terapéutico del THC, como debió hacerlo conforme al artículo cuarto transitorio del Decreto en un plazo de 180 días a partir de su entrada en vigor" (pág. 37, párr. 4). La omisión del Ejecutivo además tuvo como consecuencia la afectación real y directa del derecho constitucional a la salud (pág. 40, párr. 4).

Para la Corte, el derecho fundamental de acceso a la salud "debe ser entendido en sentido amplio, puesto que no sólo comprende la posibilidad de contar con atención médica en caso de enfermedad, sino también otro tipo de condiciones" (pág. 47, párr. 4).

La protección del derecho a la salud no es programática, sino que "debe tener eficacia plena, para lo cual, las autoridades están obligadas a adquirir el compromiso de tutelarlos, mediante el dictado de las normas necesarias y velando por su cumplimiento a fin de asegurar su real existencia" (pág. 49, párr. 1).

Se determinó también que "el derecho a la protección de la salud es un derecho complejo. Para garantizarlo se requiere, por una parte, que los sujetos involucrados realicen ciertas acciones o se abstengan de efectuar algunas conductas, las cuales no sólo se refieren a cuestiones directamente relacionadas con la atención médica inmediata; y por otra, varios sujetos participan en el cumplimiento de estas obligaciones, entre los que se encuentran: los legisladores, la administración, los tribunales, los hospitales públicos y su personal médico, así como particulares (por ejemplo: médicos, hospitales privados, administradores de fondos de pensiones y jubilaciones)". (Pág. 52, párr. 5)

Las obligaciones estatales relacionadas con el derecho a la salud incluyen la creación "las condiciones que aseguren a todos y en especial a los grupos vulnerables, el acceso a la asistencia y servicios médicos de calidad en caso de enfermedad, tanto física como mental, incluyendo el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, al tratamiento apropiado de las enfermedades y discapacidades, así como el suministro de medicamentos esenciales" (pág. 54, párr. 4). El suministro de medicamentos incluye también los que sean también de reciente descubrimiento, "ya que la medicina que se debe poner a disposición del paciente es aquella que ofrezca un mejor resultado para su padecimiento o dolencia, es decir, la que tenga mayor eficacia para lograr el más alto nivel posible de salud" (pág. 55, párr. 2).

El derecho a la protección de la salud, incluye el suministro de medicamentos, aun cuando sean de reciente descubrimiento, "ya que la medicina que se debe poner a disposición del paciente es aquella que ofrezca un mejor resultado para su padecimiento o dolencia, es decir, la que tenga mayor eficacia para lograr el más alto nivel posible de salud".

Y relevante para este caso, la Corte estableció asimismo que el Estado tiene la obligación de crear las reglas necesarias para garantizar el derecho a la salud, y que "los vacíos legales o la falta de regulación constituyen barreras de acceso a los servicios de salud, toda vez que ni las autoridades, ni los particulares tienen conocimiento de cuáles son los lineamientos que deben seguir ni qué medidas pueden solicitar para obtener ese máximo nivel posible de bienestar general, lo que los deja en estado de inseguridad jurídica" (pág. 62, párrs. 1 y 2).

En cuanto a las violaciones al derecho a la salud por actos de omisión, estas ocurren cuando el Estado: (i) no adopta las medidas apropiadas para dar plena efectividad a este derecho; (ii) no cuenta con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud y (iii) no hace cumplir las leyes pertinentes (pág. 66, párr. 4).

En el caso concreto, se encontró fundado el agravio que presentó la madre del niño conforme al cual, la omisión reglamentaria viola su derecho a la salud, pues la inacción de las le impide acceder a medios terapéuticos procedentes de la cannabis y sus derivados, ya que la Secretaría de Salud omitió armonizar los reglamentos y normatividad respecto de

este uso, a pesar de que la Ley General de Salud contempla que el THC –que contenga concentraciones iguales o menores al 1% de los isómeros $\Delta 6a$ (10a), $\Delta 6a$ (7), $\Delta 7$, $\Delta 8$, $\Delta 9$, $\Delta 10$, $\Delta 9$ (11) y sus variantes estereoquímicas– tiene amplios usos terapéuticos (pág. 68, párr. 3).

Recurriendo a literatura especializada, en la sentencia se estableció que, "en el ámbito médico nacional e internacional, se documentan diversos estudios clínicos que indican que el uso de CBD y THC, puros o en combinación, produce, en la mayor parte de los casos, efectos benéficos en la salud de los pacientes con epilepsia fármaco resistente y una mejoría en su calidad de vida y en la de sus familias. En estos estudios, los pacientes y sus familiares reportan que los efectos benéficos tras la toma de cannabinoides se manifiestan en una disminución en el número de ataques epilépticos, así como de ingresos al hospital y de comas barbitúricos inducidos; asimismo, en la reducción de medicamentos anticonvulsivos alternos. Sobre este último punto, los familiares advierten que este cambio en la medicación se traduce en una mejoría en el estado de alerta y atención de los pacientes." (Pág. 70, párr. 4).

Esta información es aplicable al caso del niño promovente del amparo en este caso, quien padece una epilepsia refractaria, que, según las pruebas médicas aportadas en el expediente, ha tenido una mejoría similar a la descrita en estos estudios a partir de la toma de cannabinoides.

Así, la omisión de las autoridades para emitir los reglamentos y la normatividad del uso terapéutico del THC, generó que el objetivo de la reforma a la Ley General de Salud mencionada no se cumpliera y en consecuencia, violaron diversas obligaciones relacionadas con el derecho a la protección de la salud, como las de implementar las leyes y políticas necesarias relacionadas exclusivamente con el uso terapéutico de la cannabis y sus derivados" (pág. 70, párr. 4); fomentar las investigaciones científicas y el aprovechamiento de los descubrimientos (pág. 71, párr. 3); y facilitar medicamentos apropiados y especiales a las enfermedades (pág. 72, párr. 5).

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015⁴⁸

Despenalización del consumo lúdico de marihuana

Hechos del caso

En mayo de 2013 los representantes legales de una Asociación Civil solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) un permiso para el consumo personal de marihuana con fines recreativos. Solicitaron también que se autorizara la realización de todas las actividades necesarias para el autoconsumo como sembrar, cultivar, cosechar, transportar y utilizar marihuana, con excepción de llevar a cabo actos de comercio. La COFEPRIS les negó el permiso solicitado porque consideró que la Ley General de Salud prohíbe cualquier acto relacionado con el autoconsumo de marihuana.

Los representantes de la Asociación Civil promovieron entonces un juicio de amparo en contra de varios artículos de la Ley General de Salud que regulan la producción, uso y autoconsumo del estupefaciente "cannabis" y el psicotrópico "THC", en conjunto conocidos como "marihuana", considerando que la política prohibicionista que les impide su consumo lúdico viola su derecho al libre desarrollo de la personalidad. En su demanda de amparo, sostuvieron que la prohibición para consumir marihuana se basa en un prejuicio sustentado en valoraciones morales y no en estudios científicos, revelando que el Estado no ha actuado con neutralidad ética.

El juez de distrito que conoció el caso negó el amparo al considerar que la Ley General de Salud no limita el derecho de los representantes de la Asociación Civil a decidir la manera en la que desean proyectar y vivir su vida, sino que tiene como finalidad proteger el derecho a la salud de la población en general. Frente a esta sentencia, los promoventes del amparo interpusieron un recurso de revisión que fue remitido por el Tribunal Colegiado a la Suprema Corte para su resolución.

La Primera Sala se preguntó si los artículos de la Ley General de Salud que establecen el sistema de prohibiciones administrativas respecto del consumo lúdico de la marihuana interfieren legítimamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se resolvió otorgar el amparo a los representantes de la Asociación Civil porque encontró que algunos

⁴⁸ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

de los artículos reclamados de la Ley General de Salud son inconstitucionales en cuanto a la prohibición para el consumo lúdico de la marihuana.⁴⁹ En la sentencia se ordenó a la COFEPRIS otorgar la autorización a los solicitantes del amparo en los términos establecidos por la Corte.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Cómo debe probarse la idoneidad de una medida que restringe un derecho fundamental para cumplir con ciertos objetivos constitucionales legítimos en el test de proporcionalidad?

Criterio de la Suprema Corte

En el test de proporcionalidad, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación empírica entre la intervención a un derecho fundamental y los fines que persigue dicha afectación. Así, la idoneidad de una medida debe mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.

En el test de proporcionalidad, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación empírica entre la intervención a un derecho fundamental y los fines que persigue dicha afectación. Así, la idoneidad de una medida debe mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.

Justificación del criterio

Como parte del test de proporcionalidad, la grada de idoneidad implica analizar si la medida legislativa que se impugna es un medio adecuado para conseguir los fines perseguidos por el legislador. En ese sentido, la grada de idoneidad "presupone la existencia de una *relación empírica* entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en *algún modo* y en *algún grado* a lograr el propósito que busca el legislador." (Pág. 51, párr. 3). Esta relación de contribución "debe mostrarse a partir de **evidencia científica** o convicciones sociales generalmente aceptadas." (Énfasis en el original) (pág. 51, párr. 3).

En este caso en particular, para determinar si las disposiciones que prohíben el consumo lúdico de la marihuana son constitucionales, la Primera Sala aplicó un test de proporcionalidad. En primer lugar, la Sala determinó que las medidas legislativas referidas —es decir, los artículos de la Ley General de Salud que establecen el sistema de prohibiciones administrativas— interfieren con el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de la autonomía personal. En esa medida, el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite a las personas mayores de edad

⁴⁹ La sentencia se refiere a los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud (pág. 89, párr. 3).

elegir qué actividades lúdicas desean realizar, incluyendo las sustancias que desean consumir con fines recreativos.

En segundo lugar, la Sala evaluó si dicha interferencia es proporcional mediante las cuatro gradas del test: finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En la sentencia se encontró que las medidas que prohíben el consumo lúdico de la marihuana buscan proteger la salud y el orden público —dos fines que son constitucionalmente legítimos—.

Se estableció que las prohibiciones buscan un fin constitucional legítimo: proteger la salud pública y el orden público. Para analizar la idoneidad de ese sistema administrativo, la Corte precisó que una metodología alternativa que puede utilizarse para realizar el examen de idoneidad de las medidas legislativas es sostener que la prohibición reclamada será idónea si puede sostenerse que hay una relación empírica entre el consumo de la marihuana con ciertos daños o afectaciones a la salud y al orden público. La Primera Sala estableció aquí que la idoneidad de una medida legislativa debe mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones generalmente aceptadas. Para descifrar esta cuestión, la Corte explicó que la reducción del consumo de marihuana no puede considerarse un fin en sí mismo en la medida legislativa correspondiente, sino un estado de cosas que constituye un medio o un fin intermedio para conseguir un objetivo ulterior, como es la protección de la salud pública o al orden público en este caso (pág. 53, párr. 2).

En el caso concreto la Primera Sala desarrolló un examen de la grada de idoneidad del test de proporcionalidad para determinar si el sistema de prohibiciones administrativas para el consumo lúdico de marihuana en la Ley General de Salud es una medida idónea para proteger la salud y el orden público.

Se encontró que existe evidencia para considerar que el consumo de marihuana causa afectaciones (aunque de escasa *entidad*) en la salud de las personas, por lo cual, las prohibiciones administrativas para su consumo lúdico son medidas idóneas para proteger ese fin constitucional. La Primera Sala justificó estos hallazgos en un conjunto de publicaciones, incluyendo libros y artículos publicados en revistas académicas arbitradas o especializadas, que presentan o bien discuten evidencia científica sobre el tema. También, al hallar evidencia de que el consumo de marihuana puede aumentar la posibilidad de causar accidentes vehiculares, la Corte decidió que las prohibiciones son una medida idónea para cumplir con el fin de protección del orden público previsto por la Constitución.

Así, la Primera Sala resolvió que existe evidencia para considerar que el consumo de marihuana causa diversas afectaciones a la salud de las personas. Este hallazgo estuvo basado en la revisión de numerosos artículos académicos publicados en revistas arbitradas presentando evidencia científica en ese sentido. Específicamente, la Sala incorporó más de

cuarenta estudios sobre los efectos que produce el consumo de marihuana en la salud y en la sociedad publicados en revistas o libros académicos especializados. Con base en estos estudios la Sala concluyó que el consumo de marihuana no supone un riesgo importante para la salud, toda vez que sus consecuencias permanentes son poco probables, mínimas o reversibles. Aun así, al haber también encontrado que el consumo lúdico de marihuana puede tener afectaciones contrarias a los fines constitucionales protegidos como el aumento de las posibilidades de causar accidentes viales, se resolvió que el sistema de prohibiciones administrativas establecido en la Ley General de Salud para el consumo lúdico de marihuana no es una medida idónea para proteger la salud de las personas (pág. 65, párr. 1).

En la siguiente grada del test de proporcionalidad, la Primera Sala concluyó que el sistema de prohibiciones administrativas reguladas por la Ley General de Salud se traduce en medidas innecesarias porque existen otras alternativas para proteger la salud y el orden públicos, que intervienen en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con la Sala, la medida impugnada impide el consumo de marihuana en cualquier circunstancia cuando para alcanzar los fines que pretende podría limitarse a desalentar ciertas conductas o a establecer prohibiciones en supuestos más específicos, como manejar vehículos o instrumentos peligrosos bajo los efectos de la sustancia, consumirla en lugares públicos o inducir a terceros a que también la consuman.

Finalmente, la Sala estableció que las medidas legislativas analizadas son desproporcionadas en sentido estricto del test porque generan una protección mínima a la salud y orden públicos, mientras que interfieren de manera intensa con el derecho de las personas a decidir qué tipo de actividades lúdicas y recreativas desean realizar en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

3.3 Derecho a la protección de la salud y Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)

3.3.1 Omisión de proporcionar un tratamiento adecuado y oportuno a las personas diagnosticadas con VIH/SIDA

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 226/2020, 11 de noviembre de 2020⁵⁰

Hechos del caso

En junio de 2019, varias personas diagnosticadas con VIH/SIDA promovieron un juicio de amparo indirecto en contra del Hospital General Regional Número 1 en Querétaro, del

⁵⁰ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá.

Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), por la falta de suministro de los medicamentos antirretrovirales Etravirina y Dolutegravir y, como consecuencia de ello, la puesta en peligro de su vida, salud e integridad física. Los jueces de distrito que tramitaron los casos sobreseyeron los juicios y las personas afectadas interpusieron sus respectivos recursos de revisión y la Suprema Corte de Justicia de la Nación atrajo el caso.

La Primera Sala decidió conceder el amparo para que se proporcionaran a las personas afectadas los medicamentos antirretrovirales de forma oportuna, permanente y constante, mientras fueran derechohabientes del IMSS. Se resolvió asimismo en la entrega de medicamentos adecuados (originales o genéricos) se debía de observar la conservación de la biodisponibilidad y bioequivalencia de las sales originales para garantizar la efectividad del tratamiento. Sin embargo, en el caso de que el hospital careciera de los recursos necesarios para su entrega, la Sala aclaró que se les asignaría a las autoridades estatales la carga de la prueba para demostrar que han realizado todo su esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición para lograr dicho abastecimiento.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. Tomando en consideración los criterios que deben de valorarse para acreditar el cumplimiento de la obligación del Estado de garantizar el tratamiento apropiado para las enfermedades, ¿cuál es el estándar constitucional y convencional de protección del derecho humano a la salud de los pacientes con VIH/SIDA?

2. En el contexto de la protección del derecho a la salud, ¿por qué resulta especialmente importante que el Estado garantice de forma oportuna, permanente y constante el suministro de medicamentos antirretrovirales para las personas que viven con VIH/SIDA?

Criterios de la Suprema Corte

1. Cuando se trata de brindar asistencia médica y tratamiento a los pacientes, las autoridades tienen la obligación de suministrar los tratamientos de forma oportuna, permanente y constante, tomando en cuenta el estado de salud del paciente, así como con sus requerimientos médicos y clínicos. Sin embargo, en el caso de las personas que viven con VIH/SIDA, a nivel convencional, el estándar de protección a la salud exige, además, para este grupo, la aplicación de un enfoque integral que comprenda una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo en la enfermedad. Por este motivo, el acceso a los fármacos antirretrovirales debe considerarse (tan sólo) como uno de los elementos para garantizar eficazmente la protección del derecho a la salud de las personas que viven con VIH.

2. De acuerdo con la Guía de Manejo Antirretroviral de las Personas que Viven con VIH/SIDA, la interrupción del tratamiento antirretroviral es la determinante más frecuente de

En el contexto de la protección del derecho a la salud, ¿por qué resulta especialmente importante que el Estado garantice de forma oportuna, permanente y constante el suministro de medicamentos antirretrovirales para las personas que viven con VIH/SIDA?

la falta de control de la replicación viral, de la selección de variantes del VIH con resistencia, de la falta de constitución inmune y de la progresión de la enfermedad. Porque incluso cuando los pacientes toman un porcentaje menor al 95% de su tratamiento indicado, sus consecuencias negativas son importantes no sólo para el paciente, sino para el resto de la población, pues puede provocarse la selección de virus resistentes que pueden ser transmitidos a terceras personas. Por esta razón es que resulta especialmente importante que el Estado, a través de las instituciones del Sistema Nacional de Salud que atienden a personas con VIH –como es el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social–, implante acciones encaminadas a medir y favorecer el apego estricto al tratamiento antirretroviral, esto en aras de garantizar su efectividad y, en esa tesitura, garantizar la salud no sólo del paciente, sino también de la salud pública.

Justificación de los criterios

1. *Acreditación de la obligación del Estado de garantizar el tratamiento apropiado para las enfermedades.* Para acreditar si el Estado cumplió con su obligación de garantizar el tratamiento de las personas que han sido diagnosticadas con alguna enfermedad o condición, la Sala estableció que "cuando se trata de brindar asistencia médica y tratamiento a los pacientes, las autoridades responsables deben satisfacerlo de forma **oportuna, permanente y constante**. Es decir, el Estado se encuentra obligado al suministro del tratamiento de forma oportuna, permanente y constante; **y, además, debe ser entregado tomando en cuenta el estado de salud del paciente, así como con sus requerimientos médicos y clínicos.**" (Pág. 50, párr. 3). (*Énfasis en el original*).

Es por esta razón que "cuando se trata de brindar asistencia médica y tratamiento a los pacientes con alguna enfermedad, las autoridades responsables de prestar ese servicio han de garantizar el derecho humano a la salud mediante la valoración de los criterios siguientes:

1) **Subjetivo.** De acuerdo con este criterio, el Estado deberá actuar con el propósito de procurar el tratamiento terapéutico y farmacéutico del paciente, ya sea para lograr su reversibilidad o curación; o, de ser diagnosticado con una enfermedad crónica y/o degenerativa, procurar la garantía del tratamiento necesario para el control de su sintomatología, así como el control del deterioro de su integridad física y psíquica. Es decir, tomando en cuenta el estado de salud del paciente, así como sus requerimientos clínicos y médicos.

2) **Objetivo.** De acuerdo con éste, el Estado deberá garantizar que el tratamiento sea adecuado, de modo que, si el paciente requiere algún medicamento, éste contenga las sales originales o genéricas que conserven la biodisponibilidad y bioequivalencia de las sales originales para su efectividad.

3) **Temporal.** De conformidad con este criterio, el Estado deberá garantizar que el tratamiento que necesite el paciente se garantice de forma oportuna, permanente y constante.

4) **Institucional.** Finalmente, conforme a éste, el Estado debe de garantizar que las unidades médicas o instituciones de salud que se encarguen de la garantía del tratamiento lo hagan de acuerdo con los estándares más altos de tecnología y especialización médica." (Pág. 50, párr. 4).

Estándar de protección del derecho humano a la salud de los pacientes con VIH/SIDA. Además de adoptar expresamente la doctrina de la Segunda Sala sobre la protección del derecho humano a la salud de los pacientes con VIH/SIDA que se desarrolló en el Amparo en Revisión 378/2014, la Sala señaló que, de acuerdo con el análisis de la Corte Interamericana sobre las "Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos" de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el estándar de protección a la salud de personas con VIH/SIDA se hace necesario la aplicación de un enfoque integral que comprenda "una **secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo**:"

"La prevención, el tratamiento, la atención y el apoyo son elementos que se refuerzan mutuamente y una secuencia continua para una respuesta eficaz al VIH. Deben integrarse en un enfoque amplio y es necesaria una respuesta polifacética. El tratamiento, atención y apoyo integrales incluyen fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos; pruebas diagnósticas y otras tecnologías relacionadas para la atención del VIH y el SIDA, de las infecciones oportunistas y de otras enfermedades; buena alimentación y apoyo social, espiritual y psicológico, así como atención familiar, comunitaria y domiciliaria. Las tecnologías de prevención del VIH abarcan los preservativos, lubricantes, material de inyección estéril, fármacos antirretrovíricos (por ej., para prevenir la transmisión materno infantil o como profilaxis posexposición) y, una vez desarrollados, microbicidas y vacunas seguros y eficaces. El acceso universal, basado en los principios de los derechos humanos, requiere que todos estos bienes, servicios e información no sólo estén disponibles y sean aceptables y de buena calidad, sino también que estén al alcance físico de todos y sean asequibles para todos." (Pág. 56, párr. 2). (Énfasis añadido).

Conforme a los tratados internacionales aplicables y el derecho constitucional a la protección de la salud, debe concluirse que las personas que viven con VIH requieren un enfoque integral que comprenda una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo en la enfermedad.

Por estos motivos, a nivel convencional, se considera que "el acceso a los fármacos antirretrovíricos es (tan sólo) uno de los elementos para dar respuesta eficaz a las personas que viven con VIH", puesto que "las personas que viven con VIH requieren un enfoque integral que comprenda una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo en la enfermedad" (pág. 53, párr. 3).

2. *Importancia en el "apego al tratamiento antirretroviral" para las personas con VIH/SIDA.* Para resaltar la importancia de la garantía de los tratamientos antirretrovirales para las

personas que viven con VIH/SIDA, la Primera Sala destacó que si bien, en la Guía de Manejo Antirretroviral de las Personas que Viven con VIH/SIDA, se reconoce que **"el éxito del tratamiento antirretroviral depende de varios factores, incluyendo, principalmente, el mantenimiento de un óptimo cumplimiento en la toma de los medicamentos."** (Pág. 60, párr. 1). De acuerdo con la misma guía, la interrupción del tratamiento antirretroviral ya sea por "mal apego" o por "adherencia deficiente" "es la determinante más frecuente de la falta de control de la replicación viral, de la selección de variantes del VIH con resistencia, de la falta de constitución inmune y de la progresión de la enfermedad" (Pág. 61, párr. 1).

Sobre este punto, la guía es especialmente enfática en señalar que en el caso de las personas que viven con VIH/SIDA el estricto apego al tratamiento antirretroviral es de suma relevancia porque **"en pocos padecimientos se requiere un apego tan estricto al tratamiento como en el antirretroviral"**. Ya que, incluso cuando hay una adherencia subóptima, es decir, un porcentaje menor al 95% de las tomas indicadas, "sus consecuencias negativas son importantes no sólo para el paciente, sino para el resto de la población, pues puede provocarse la selección de virus resistentes que pueden ser transmitidos a terceras personas." (Pág. 61, párr. 2). (Énfasis en el original).

"De ahí que las instituciones del Sistema Nacional de Salud que atienden a personas con VIH —como es el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social— tengan la obligación de implantar acciones encaminadas a medir y favorecer el apego al tratamiento antirretroviral, esto en aras de garantizar su efectividad y, en esa tesitura, garantizar la salud no sólo del paciente, sino la salud pública." (Pág. 61, párr. 4).

3.3.2 Discriminación y estigmatización de grupos minoritarios por su condición de salud

SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 139/2015, 30 de abril de 2018⁵¹

Hechos del caso

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) promovió una acción de inconstitucionalidad en contra de la incorporación de las disposiciones sobre infecciones de transmisión sexual y delito de peligro de contagio, establecido en el artículo 158 del Código Penal del Estado de Veracruz.⁵² En la acción se argumentó que la norma era discriminatoria

⁵¹ Mayoría de ocho votos en declarar la invalidez del artículo 158, en la porción normativa "infecciones de transmisión sexual u otras", del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz.

⁵² Artículo 158. A quien padezca infecciones de transmisión sexual u otras enfermedades graves y dolosamente ponga en peligro de contagio a otra persona, se le impondrán de seis meses a cinco años de prisión y multa

porque la equiparación de las infecciones de transmisión sexual a las enfermedades graves no es correcta, ya que no toda infección de transmisión sexual es necesariamente grave y se hace una diferencia indebida a un grupo de la población por su condición de salud, creando además un estigma.

La Suprema Corte declaró la norma impugnada, en tanto concluyó que la adición de aquella porción normativa no incorporó al tipo penal de peligro de contagio a enfermedades que no estuvieran comprendidas con anterioridad a la reforma. Puesto que, la norma ya penalizaba el peligro de contagio de enfermedades graves, independientemente de su origen y medios transmisores. De acuerdo con el análisis de la exposición de motivos de la reforma, la Corte determinó que, aun cuando sea posible argumentar que se incorporó potencialmente un grupo de enfermedades de transmisión sexual "no graves" que anteriormente no resultaban penalizadas, ésta no era la intención de la adición. Por lo cual consideró que la reforma no atendía al objetivo perseguido (incorporar al tipo penal las "enfermedades de transmisión sexual" que no se encontraban comprendidas anteriormente en el tipo penal) y, en consecuencia, no se justificaba la restricción al derecho de libertad personal.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Qué tipo de estándar debe superar la incorporación de la porción normativa "infecciones de transmisión sexual" en el delito de peligro de contagio, previsto en artículo 158 del Código Penal del Estado de Veracruz, para considerar que no se vulneran los artículos 1, 4, 14 y 16 de la Constitución Federal?
2. ¿El tipo de criminalización que se establece en el artículo 158 del Código Penal del Estado de Veracruz puede servir para disuadir y prevenir la propagación de las enfermedades de transmisión sexual?

Criterios de la Suprema Corte

1. La incorporación de las infecciones de transmisión sexual en el delito de peligro de contagio debe analizarse bajo un estándar de escrutinio estricto, ya que a partir del reciente surgimiento de las posturas de su penalización y de la criminalización del contagio de ciertas enfermedades de transmisión sexual, específicamente enfermedades graves como el SIDA, el debate mundial en torno a la política criminalización ha probado que ésta es poco efectiva en la consecución de sus fines y además marginaliza a diversos colectivos.
2. Existen múltiples causas de riesgo asociadas a las infecciones de transmisión sexual, de las cuales sólo una minoría la constituyen las prácticas sexuales en donde presumiblemente

hasta de cincuenta días de salario. El juez dispondrá lo necesario para la protección de la salud pública."

un sujeto de forma dolosa pudiera intentar contagiar a otro. Criminalizar este tipo de conductas puede servir de forma disuasoria para prevenir una de las múltiples causas de la propagación de estas enfermedades. Sin embargo, el tipo de criminalización que se establece en el artículo 158 del Código Penal del Estado de Veracruz sólo contempla un factor minoritario concreto de la propagación de las infecciones de transmisión sexual. A diferencia de política criminalización, existen medidas alternativas menos gravosas que atacan de forma efectiva los mayores factores de transmisión –que son, de acuerdo con la ciencia médica, el temprano inicio de la vida sexual, los cambios frecuentes de compañeros sexuales, las prácticas consensuadas de riesgo, el poco o nulo uso del condón y el uso de drogas inyectables–, como, por ejemplo, las campañas de información sobre los mecanismos de transmisión, la promoción del uso del condón, la información sobre prácticas sexuales seguras, entre otras.

Justificación de los criterios

1. Antes de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la reforma al artículo 158 del Código Penal del Estado de Veracruz, la Suprema Corte consideró pertinente enfatizar cuál es el contexto mundial en torno a la penalización de la transmisión de enfermedades graves. La Corte resaltó que –a diferencia de otros países que no tienen tipos penales específicos para el riesgo de contagio de infecciones de transmisión sexual–, en México, tanto a nivel federal como en algunas Entidades Federativas, se han creado tipos penales específicos para criminalizar dicha conducta. De acuerdo con la Corte, incluso en otras jurisdicciones, la postura de criminalizar el contagio de ciertas enfermedades de transmisión sexual, específicamente enfermedades graves como el SIDA, es relativamente reciente (pág. 15, párr. 2; pág. 17, párr. 1).

Es por esto que, en la actualidad, "la criminalización del contagio de enfermedades de transmisión sexual, inclusive aquéllas de naturaleza grave como el SIDA, ha sido sometida a un intenso debate". En contra de la criminalización, organizaciones internacionales, como la ONU a través del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida (ONUSIDA), "han abogado fuertemente por una política de no criminalización en tanto, afirman, tal política no sólo ha probado ser poco efectiva en la consecución de sus fines, sino que marginaliza colectivos, permite al estado ejercer la acción punitiva de forma selectiva contra grupos vulnerables (sexoservidoras y migrantes, por ejemplo) e, inclusive, actúan de forma contraproducente alentando el secreto respecto a condiciones de enfermedad sexual por miedo a las represalias" (Pág. 18, párr. 1).

Con base en lo anterior, la Corte consideró que el contexto de criminalización y marginalización constituía un apoyo suficiente para reforzar la decisión de analizar la porción normativa impugnada bajo un estándar de escrutinio estricto.

2. En su análisis sobre la constitucionalidad del término "infecciones de transmisión sexual", la Suprema Corte consideró que esa adición no representaba una necesidad social imperiosa ni tenía una correlación directamente idónea, óptima e indispensable para tutelar del derecho a la salud con especial énfasis de las mujeres y niñas. Para sustentar la invalidez de esta porción normativa, entre otras razones, la Corte señaló que "[e]l Manual de Capacitadores en el Manejo Sindromático de las Infecciones de Transmisión Sexual establece como factores de transmisión de tales enfermedades: a) el temprano inicio de la vida sexual, los cambios frecuentes de compañeros sexuales, b) prácticas consensuadas de riesgo, c) poco o uso nulo del condón y d) el uso de drogas inyectables. Del anterior listado se aprecia que existen múltiples causas de riesgo asociadas a las infecciones de transmisión sexual, de las cuales, sólo una minoría lo constituyen prácticas sexuales en donde presumiblemente un sujeto de forma dolosa pudiera intentar contagiar a otro. Es decir, múltiples causas que no incluyen un ánimo doloso de lesionar la salud, como sexo consensuado sin protección, uso de drogas inyectables, nulo uso de condón, son las principales responsables de su propagación." (Pág. 30, párr. 1).

Precisamente, esta prelación –por parte de las dependencias especializadas en la prevención de enfermedades y promoción de la salud– de los principales factores de propagación asociados a las infecciones de transmisión sexual sirvió como sustento para que el Pleno de la Suprema Corte concluyera que, aunque criminalizar este tipo de conductas puede servir de forma disuasoria para prevenir una de las múltiples causas de la propagación de estas enfermedades, "en realidad sólo [se] ataca a un factor minoritario concreto en su propagación y, por tanto, no supera el requisito de necesidad en la restricción del derecho fundamental a la libertad personal. Existen, por tanto, medidas alternativas menos gravosas que atacarían de forma efectiva a las causas subyacentes mencionadas como campañas de información sobre los mecanismos de transmisión, promoción del uso del condón, información sobre prácticas sexuales seguras, entre otras". (Pág. 30, párr. 2).

3.3.3 Garantía del derecho a la protección de la salud de las personas con VIH/SIDA en los centros hospitalarios

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 378/2014, 15 de octubre de 2014⁵³

Derecho a los niveles más altos de salud y tratamiento de pacientes con VIH/Sida

Hechos del caso

Tres pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER) promovieron un juicio de amparo en contra de la omisión de construir y equipar el servicio clínico —también conocido como el Pabellón 13— para pacientes con VIH/Sida; así como la omisión de transferir los recursos necesarios para ese fin. Los pacientes argumentaron que se violó su derecho a la salud y su derecho a la vida debido a que las condiciones de infraestructura bajo las cuales se les brinda la atención médica que requieren no son adecuadas, porque las posibilidades de adquirir infecciones y enfermedades oportunistas en las condiciones actuales en que se encuentra dicha clínica, son realmente altas.

El juez de distrito les negó el amparo al no encontrar violación alguna a su derecho al disfrute más alto posible a la salud, ya que: i) ello se logra con la atención médica que se les ha brindado a los quejosos mes con mes, cuando acuden por sus medicamentos retrovirales, imprescindibles para contener el avance de la enfermedad y cuya dotación gratuita se encuentra constitucionalmente garantizada; ii) el Estado mexicano ha celebrado diversos actos jurídicos para que quien recibe atención médica en el instituto tenga un servicio óptimo y en instalaciones dignas; iii) quedó acreditado que los recursos humanos y económicos con que cuenta el INER se han aplicado en la atención de los enfermos; y iv) los pacientes fueron atendidos y dados de alta con mejoría en su salud.

Inconformes con esta decisión, los pacientes promovieron un recurso de revisión que atrajo la Suprema Corte. La Segunda Sala notó que los pacientes no reclamaron en su demanda de amparo que no recibieron atención médica en el INER, sino que las condiciones de infraestructura en las cuales se les prestó no son adecuadas. Por tanto, en interpretación de la Corte, la pregunta constitucional es si las condiciones en las que se les ha proporcionado la atención médica a los quejosos resultan apegadas al derecho humano del nivel más alto posible de salud, de manera tal que no se encuentren indebidamente expuestos a padecer otras infecciones, enfermedades y trastornos que vulneren su integridad personal, e incluso puedan poner en peligro su vida.

⁵³ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

La Corte resolvió conceder el amparo a los pacientes de VIH/Sida al considerar que es clara la necesidad de realizar modificaciones estructurales al INER, a efecto de que se minimicen, en la medida posible, los riesgos de contagios y coinfecciones de enfermedades oportunistas de los pacientes con VIH/Sida. Se ordenó a las autoridades responsables tomar las medidas necesarias para proteger el derecho al nivel más alto posible de salud de los pacientes teniendo en cuenta que eran portadores del VIH/Sida, por lo que debían recibir tratamiento en instalaciones separadas del resto de los pacientes.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Cuál es el estándar de prueba aplicable para demostrar que las autoridades del Estado han utilizado hasta el máximo los recursos disponibles para garantizar progresivamente sus obligaciones de promover los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el acceso a los niveles más altos posibles de salud?

Criterio de la Suprema Corte

El estándar de prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados para garantizar de manera progresiva los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho al nivel más alto posible de salud, impone a las autoridades aportar el material probatorio suficiente para comprobar las restricciones o los obstáculos que argumentan, así como comprobar y acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición para lograr ese objetivo, habida cuenta que en el uso de su arbitrio para el desarrollo de las políticas públicas y en la distribución o redistribución de recursos, debe tomar en cuenta a los grupos vulnerables, así como a las situaciones de riesgo, en el entendido que está proscrito que incurra en decisiones arbitrarias o discriminatorias.

El estándar de prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y convencionales de los Estados para garantizar de manera progresiva los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho al nivel más alto posible de salud, impone a las autoridades aportar el material probatorio suficiente para comprobar las restricciones o los obstáculos que argumentan, así como acreditar que han realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición para lograr ese objetivo; habida cuenta que en el uso de su arbitrio para el desarrollo de las políticas públicas y en la distribución o redistribución de recursos, deben tener en cuenta a los grupos vulnerables, así como las situaciones de riesgo, en el entendido de que está proscrito que incurran en decisiones arbitrarias o discriminatorias. En cuanto al derecho a la salud, en su dimensión de tratamiento de las enfermedades y creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos, habrá una violación directa a las obligaciones convencionales cuando no se adopten medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, dentro de las que se encuentra el establecimiento de bienes y servicios públicos que sean aceptables desde el punto de vista científico y médico.

Justificación del criterio

La Segunda Sala estableció, primero, que la regulación constitucional y convencional del derecho a la salud impone al Estado mexicano, por una parte, una obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho al nivel más alto posible de salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio hasta el máximo de los recursos que disponga (pág. 33, párr. 1).

Corresponde a cada Estado probar que ha adoptado medidas para la realización de los derechos económicos y sociales, como el derecho a la salud, hasta el máximo de los recursos de que disponga, "habida cuenta que en el uso de su arbitrio para el desarrollo de las políticas públicas, y para las decisiones atinentes a la distribución o re-distribución de recursos, debe tomar en cuenta a los grupos vulnerables, así como a las situaciones de riesgo, en el entendido que se encuentra proscrito que incurra en decisiones que resulten arbitrarias o discriminatorias."(Pág. 34, párr. 1).

En cuanto al derecho a la salud en su dimensión de tratamiento de las enfermedades y creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, habrá una violación directa a las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cuando, entre otras cuestiones, "el Estado mexicano no adopte todas '**las medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental**', dentro de las que se encuentra el establecimiento de bienes y servicios públicos de calidad, que sean aceptables desde el punto de vista cultural, científico y médico, y que cuenten con las tecnologías pertinentes para dar un tratamiento apropiado a las enfermedades, habida cuenta que se deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables o marginados." (Énfasis en el original) (pág. 39, párr. 4).

3.3.4 Diagnóstico del VIH en las fuerzas armadas y derecho a la salud

SCJN, Pleno, Amparo en Revisión 510/2004, 6 de marzo de 2007⁵⁴

VIH y retiro de las Fuerzas Armadas

Hechos del caso

Un militar que ingresó al Ejército mexicano en 1990, al realizar un examen de selección para ascender en su carrera, se practicó un examen médico que incluía una prueba, a partir de la misma se detectó que era positivo al Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). En el 2001, el Hospital Central Militar expidió un certificado médico en el cual se le declaró inútil en primera categoría conforme a las disposiciones aplicables de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (LISSFAM). Como consecuencia se declaró su retiro por inutilidad contraída fuera de actos del servicio y fue dado de baja del activo del Ejército mexicano, lo que ocasionó que se le dejarán de pagar los haberes y niveles que percibía y se le dejara de suministrar el servicio médico y los medicamentos esenciales para su salud.

⁵⁴ Unanimidad de once votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

El militar promovió un juicio de amparo en el cual reclamó la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LISSFAM y su aplicación, argumentando que se violaron sus derechos de igualdad, no discriminación y protección de la salud, porque se le privó recibir una pensión alimenticia, así como asistencia médica y suministro de medicamentos. Entre otras cosas argumentó que se realizó una interpretación y aplicación indebida de la fracción 117 de la primera categoría de inutilidad que se prevé en las tablas anexas de la LISSFAM, toda vez que para que se actualice la causa de inutilidad invocada, debe existir una susceptibilidad a infecciones recurrentes atribuibles a estados de inmunodeficiencias celulares o humorales del organismo no susceptibles de tratamiento, lo que no ocurre en este caso porque el padecimiento que le fue diagnosticado es susceptible de tratamiento, a través de diversos medicamentos.

Este juicio se sobreseyó y el militar interpuso un recurso de revisión. El Tribunal Colegiado que conoció del asunto modificó la sentencia en parte, y se declaró incompetente para resolver el problema de constitucionalidad subsistente en el caso. Posteriormente, la Suprema Corte asumió su competencia originaria para resolver este asunto.

Entre las preguntas que se formuló la Corte para resolver este caso se analizó si el diagnóstico de seropositividad a los anticuerpos del VIH, por sí mismo, inutiliza a un militar para prestar el servicio; y si las disposiciones reclamadas de la LISSFAM y su aplicación al caso concreto cumplieron con la garantía constitucional de legalidad. En la sentencia se resolvió que decretar el retiro de un militar en las condiciones descritas en el caso no se justifica constitucionalmente, porque la ciencia médica demuestra que las personas así diagnosticadas pueden cumplir con sus funciones laborales si siguen el tratamiento adecuado y no ponen en riesgo la salud de los demás, de implementarse las medidas preventivas necesarias. Existen otras alternativas menos gravosas que la baja y el retiro de una persona, como su traslado a un área donde pueda laborar de acuerdo con sus posibilidades físicas.

La Corte subrayó que para tomar la decisión de baja debería atenderse más bien a la incapacidad específica para poder desempeñar las funciones encomendadas, siempre que se muestre mediante una resolución fundada en las disposiciones legales aplicables, y motivada conforme a los dictámenes clínicos necesarios, que el militar presenta un diagnóstico de salud que lo inhabilita física o mentalmente para llevar a cabo cualquier actividad en la unidad o dependencia del Ejército en la que se encuentre.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿El diagnóstico de seropositividad al VIH actualiza la causal prevista en la LISSFAM para decretar el retiro de un militar por constituir una susceptibilidad a infecciones recurrentes atribuibles a estados de inmunodeficiencias celulares o humorales del organismo no susceptibles de tratamiento?

Criterio de la Suprema Corte

Las disposiciones reclamadas de la LISSFAM buscan un fin constitucional legítimo: garantizar la efectividad de las fuerzas armadas y proteger la salud de sus integrantes. Sin embargo, no son medidas adecuadas, proporcionales, ni razonables para lograr ese objetivo porque la literatura científica y médica contemporáneas demuestran que en el proceso infeccioso del VIH existe siempre un periodo más o menos largo, en el cual, las personas que se han contagiado se encuentran en aptitud de realizar una vida normal, sin poner en riesgo a los demás, si se toman las medidas preventivas adecuadas. El traslado a un área distinta, y no el retiro complementado con la sustracción de los derechos prestacionales de salud que corresponden en activo, sería una alternativa menos gravosa para el individuo en relación con el goce y ejercicio de sus garantías individuales, lo que pone en evidencia que la relación de susceptibilidad a infecciones recurrentes atribuible al VIH igual a retiro automático por inutilidad es una medida desproporcionada cuya aplicación, por ende, resulta contraria al principio de legalidad.

No es la ausencia de salud lo que faculta al empleador para separar de sus funciones al subordinado, sino la incapacidad para poder llevar a cabo las tareas encomendadas que esa carencia genera. Esto último es a lo que, en todo caso, razonablemente debe atenderse para que el individuo abandone sus labores, pues aunque son innumerables los padecimientos conocidos, es un hecho notorio que las variables con las que se presentan y toleran, o la gradual progresión con la que producen alteraciones desfavorables, así como la levedad de algunos de ellos, no constituyen motivo alguno que automáticamente haga prescindir de los servicios de quien los sufre, sino únicamente en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, los daños a su salud sean de tal magnitud que imposibiliten la realización de la actividad específica para la que fue adquirida la fuerza de trabajo, o también, sea por caso, que los peligros de transmisión del mal sean potencialmente altos de acuerdo con la función a la que se le haya destinado.

Justificación del criterio

Para analizar los argumentos planteados por el militar solicitante del amparo sobre la ilegalidad de la declaratoria de procedencia provisional de retiro por inutilidad contraída fuera de actos del servicio, causada por la interpretación y aplicación indebida de la LISSFAM, se recordó en la sentencia que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídicas, implican que la limitación de una garantía individual por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador mediante la limitación respectiva; c) debe ser necesaria; y d) debe ser razonable (pág. 111, párr. 3).

Las disposiciones reclamadas de la LISSFAM⁵⁵ buscan un fin constitucional legítimo, que es garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas. Sin embargo, no son adecuadas para cumplir este objetivo, porque la ciencia médica, reflejada en distintas normas nacionales y directrices internacionales, ha demostrado la inexactitud de la decisión de determinar que los militares son inútiles y están incapacitados *per se* para formar parte del Ejército por el simple hecho de presentar susceptibilidad a infecciones recurrentes, como ocurre, con quienes han sido diagnosticados con VIH (pág. 112, párr. 3).

La Corte resolvió que la declaración de inutilidad y baja que reclamó el militar violan el principio constitucional de legalidad porque la literatura científica y médica contemporáneas demuestran que en el proceso infeccioso del VIH existe siempre un periodo más o menos largo, en el que, las personas que se han contagiado se encuentran en aptitud de realizar una vida normal, sin poner en riesgo a los demás, si se toman las medidas preventivas adecuadas. Por el contrario, la ciencia médica reflejada en normas nacionales e internacionales ha concluido que el aislamiento de las personas diagnosticadas con VIH, sólo por el hecho de ser portadoras del virus, no crea ningún beneficio social, porque la enfermedad no puede transmitirse por la vía respiratoria o el contacto casual (pág. 113, párr. 2).⁵⁶

La ciencia médica reflejada en normas nacionales e internacionales ha concluido que el aislamiento de las personas diagnosticadas con VIH, solo por el hecho de ser portadoras del virus, no crea ningún beneficio social porque la enfermedad no puede transmitirse por la vía respiratoria o el contacto casual.

De la revisión a la información científica descrita la Corte concluyó que la motivación de la decisión de causar el retiro del militar solicitante del amparo no fue adecuada porque la legislación citada para decretar su inutilidad para el servicio no era aplicable, toda vez que "el VIH y, en último término, el SIDA, implican un proceso. La diferencia entre tener el virus y tener el síndrome, es cuestión de tiempo, ya que son dos estadios de la historia natural de un mismo proceso infeccioso. El desarrollo de dicho proceso no necesariamente genera que las personas que están implicadas en él sean, *per se*, agentes de contagio directo o individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del ejército, en las etapas que componen el padecimiento general." (Pág. 119, párr. 1).

Así, las autoridades responsables no tomaron en cuenta que "entre el momento en que se produce la infección por VIH y el momento en que se manifiesta la sintomatología del SIDA, puede transcurrir un gran número de años en los que el militar afectado puede

⁵⁵ Primera Categoría, fracción 117, de las Tablas anexas a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que derivan de los artículos 22, fracción IV, y 234 vigentes hasta el 7 de agosto del año 2003.

⁵⁶ En la sentencia se explica que esta interpretación jurídica está respaldada tanto por la información médica a la que se allegaron integrantes de la Corte para analizar este caso con base en el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, como por las directrices nacionales e internacionales de carácter especializado que incluyen la Norma Oficial Mexicana Nom-010-SSA2-1993, para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos y Humanidad sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

estar en condiciones de continuar prestando sus servicios dentro de las fuerzas armadas, máxime que, con los medicamentos actualmente disponibles, la expectativa de vida puede llegar a prolongarse por un período de tiempo considerable." (Pág. 119, párr. 2).

Las disposiciones reclamadas de la LISSFAM y su aplicación en este caso fueron además desproporcionadas, porque existen otras alternativas para limitar en menor grado (sin nulificar) las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud del militar solicitante del amparo (pág. 119, párr. 3). Para explicar esta conclusión en la sentencia se dijo que "[...] la susceptibilidad a infecciones recurrentes que se producen cuando una persona presenta seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana y, en último término, el SIDA, implican, primero, una relación de grado de respuesta, y, luego, un proceso en el tiempo, que no necesariamente genera que las personas que están implicadas en él sean —en automático— ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro de las fuerzas armadas." (Pág. 120, párr. 1). Por ejemplo, podría haberse decidido una alternativa menos costosa para el militar diagnosticado con VIH, que la pérdida de sus prestaciones laborales y médicas, como su traslado a un área distinta en la cual pudiera trabajar de acuerdo con sus posibilidades físicas (pág. 120, párrs. 2 y 3).

Así, la Corte resolvió que "la causal de retiro por inutilidad de los militares, basada, exclusivamente, en la susceptibilidad a infecciones recurrentes originadas por presentar seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, es una medida desproporcionada, cuya aplicación viola la garantía de legalidad tomando en cuenta que incluso el argumento de protección de la salud de los demás miembros del ejército y sociedad, en este caso, sería insuficiente para justificar, cuando menos, la supresión de los derechos prestacionales de seguridad social que en activo corresponden al militar afectado, y que también conlleva dicha medida." (Pág. 123, párr. 1).

De este razonamiento se sigue también que "[f]inalmente, la diferenciación legislativa reclamada, al carecer 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 mera 'susceptibilidad' a infecciones recurrentes motivadas por padecer una persona seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, determina la ilegalidad de la resolución que se combate al serle aplicada indebidamente al quejoso. Ello en virtud de que, como se ha dicho, este último padecimiento no necesariamente implica incapacidad o peligro de contagio del individuo respectivo en el ejercicio de las distintas funciones de las fuerza armadas." (Pág. 123, párr. 2).

Se apuntó también en la sentencia que "[n]o es la ausencia de salud lo que faculta al empleador para separar de sus funciones al subordinado, sino la incapacidad para

poder llevar a cabo las tareas encomendadas que esa carencia genera. Esto último es a lo que, en todo caso, razonablemente debe atenderse para que el individuo abandone sus labores, pues aunque son innumerables los padecimientos conocidos, es un hecho notorio que las variables con las que se presentan y toleran, o la gradual progresión con la que producen alteraciones desfavorables, así como la levedad de algunos de ellos, no constituyen motivo alguno que automáticamente haga prescindir de los servicios de quien los sufre, sino únicamente en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, los daños a su salud sean de tal magnitud que imposibiliten la realización de la actividad específica para que fue adquirida la fuerza de trabajo, o también sea por caso, que los peligros de transmisión del mal sean potencialmente altos de acuerdo con la función a la que se le haya destinado." (Pág. 125, párr. 1).

3.4 Responsabilidad médica

3.4.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado en casos de negligencia médica (contagio de VIH en una institución hospitalaria)

SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 18/2015, 10 de mayo de 2017⁵⁷

Hechos del caso

En abril de 2008, PVV fue contagiado con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) a través de una transfusión de sangre practicada de manera irregular, cuando acudió al Centro Médico "La Raza" del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para el tratamiento de su anemia aplásica grave. Después de una recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), el IMSS emitió un acuerdo para otorgar una indemnización económica al menor y a su familia. Aunque PAV, padre de PVV, en representación de su hijo, y PVV, interpusieron un recurso de inconformidad en contra de la determinación de la indemnización y de otras medidas de reparación, el IMSS confirmó el acuerdo de reparación del daño.

Inconformes, PAV y PVV promovieron un juicio de nulidad. En 2014, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa declaró la nulidad de la resolución y condenó al IMSS a que, llegados los distintos procesos en la vida del adolescente, emitiera los dictámenes respectivos a efecto de valorar el tipo de incapacidad correspondiente, así como el salario que llegase a percibir, con el objeto de calcular la indemnización por daño personal; a pagar una cantidad por concepto de indemnización por daño moral; y a otorgar atención médica y psicológica vitalicia.

⁵⁷ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Eduardo Medina-Mora I.

El IMSS interpuso un recurso de revisión fiscal; mientras que PVV y su padre promovieron un juicio de amparo directo, que fue atraído por la Suprema Corte de Justicia a solicitud del tribunal colegiado. La Segunda Sala amparó a PVV con el efecto de revocar la sentencia recurrida para que se dictara otra que contemplara inaplicar el inciso a), de la fracción I, del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, ordenando que se cuantificara el daño personal y moral. Se condenó asimismo al IMSS a pagar una indemnización por distintos conceptos al PVV y su familia; y a proporcionar atención médica y psicológica, gratuita y vitalicia.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. De acuerdo con la evidencia científica disponible sobre los efectos del Virus de Inmunodeficiencia Humana en goce de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud; a la igualdad y a la no discriminación; al desarrollo familiar, en los derechos del niño, al esparcimiento y al desarrollo cultural y a la libertad reproductiva, de trabajo y de tránsito, ¿cuál es el grado de daño que ocasionó la actividad irregular del Estado en el bienestar del niño que fue infectado con el virus en una transfusión sanguínea indebida?
2. Si se acredita la existencia de una conducta negligente por parte del personal médico, ¿cuál es el grado de responsabilidad que le corresponde en este caso a la actividad administrativa irregular del IMSS por el daño ocasionado?

Criterios de la Suprema Corte

1. Tomando en consideración la evidencia científica disponible, el contagio con el VIH causado al adolescente por la transfusión sanguínea, le causa y causará en el futuro una reducción importante en su expectativa de vida, afectación a la integridad psicológica, restricción en la libertad sexual y desarrollo social, alteración en la libertad reproductiva y expectativa de conformación de familia, restricción a la libertad de trabajo y tránsito. El daño ocasionado por la actividad administrativa irregular del Estado debe graduarse como muy grave, al trastornar de manera permanente su estado de bienestar.
2. Cuando el personal de salud se apega con todo rigor a las guías médicas, se considera que no actuó con negligencia, salvo que expresamente se demuestre lo contrario. Sin embargo, si no se apegó a dicho protocolo, o lo hizo con descuido o sin el rigor profesional requerido, entonces debe presumirse que el médico o personal de servicios médicos de que se trate es responsable en mayor o menor grado, de conformidad al grado de diligencia que se estime exigible conforme al ejercicio de su profesión. En el caso se acreditaron varias irregularidades y faltas graves a los procedimientos establecidos por la normatividad técnica, que configuran un extraordinario grado de irresponsabilidad, al cual se

El contagio de VIH causado por negligencia médica y una actividad irregular de las autoridades estatales, causan y la causarán en el futuro al paciente una reducción importante en su expectativa de vida, afectación a la integridad psicológica, restricción en la libertad sexual y desarrollo social, alteración en la libertad reproductiva y expectativa de conformación de familia, restricción a la libertad de trabajo y tránsito. El daño ocasionado por la actividad administrativa irregular del Estado debe graduarse como muy grave, al trastornar de manera permanente su estado de bienestar.

suma el incumplimiento de los deberes legales y de cuidado que debió haber respetado la institución médica.

Justificación de los criterios

1. *Grado de daño.* A fin de que la cuantificación económica de la indemnización por daño moral pudiera mitigar los efectos que la administración irregular en la prestación de los servicios de salud le ocasionó al menor, la Sala analizó el tipo de afectaciones que causó la negligencia médica a partir de la recopilación de [estudios e informes de diversas entidades y organizaciones especializadas en el tema] en los derechos i) a la *vida*, a la *integridad personal* y a la *salud*; ii) a la igualdad y a la no discriminación; iii) al desarrollo familiar, y la libertad reproductiva; iv) en los derechos del niño; v) a la libertad de trabajo; vi) a la libertad de tránsito; y vii) en el derecho al esparcimiento y al desarrollo cultural.

Aunque, en todo supuesto de daño moral, la principal afectación que debe analizarse es de carácter psicológico a partir de "la valoración de la afectación a las capacidades de desenvolvimiento, querer o sentir de la persona, y la consecuente determinación del Estado al que esas circunstancias llevan a quien lo resiente, es decir, la valoración de la forma en que se reduce el nivel de satisfacción o utilidad, personal e íntima del individuo." (Pág. 59, párr. 5). La Sala notó que el padecimiento de VIH/SIDA no sólo "provoca un daño en la integridad psicológica de quien lo resiente, pues la permanente expectativa sobre la evolución de la infección, desemboca en el sufrimiento permanente del que lo sobrelleva", sino también ocasiona una pérdida de la salud en forma permanente y con un potencial desenlace mortal (pág. 60, párr. 1).

Del mismo modo, además de considerar la gama de retos psicológicos que sufre la mayoría de los individuos con enfermedades progresivas serias, la Sala tomó en consideración, de acuerdo con la literatura especializada consultada, que "la infección por VIH y/o su progresión al SIDA, conlleva retos añadidos derivados del inusual grado de estigma asociado a ella y a su posibilidad de contagio y potencial fatalidad. [...] En ese sentido, existen diversos factores que potencialmente pueden desarrollarse en la vida de una persona que vive con VIH, que la hacen particularmente vulnerables a estados de estrés agudo; por ejemplo, en el eventual caso de que esa persona llegue a padecer el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, puede darse una evolución de la carga viral plasmática; una manifestación de síntomas físicos; un declive repentino del número de células CD4; la aparición de la primera infección oportunista; así como eventuales hospitalizaciones, por mencionar sólo algunos. De esa forma, mantener la esperanza en el contexto de la progresión de la enfermedad es el mayor reto psicológico para los pacientes y médicos. [...] La depresión es el más común de los desórdenes psicológicos observados en pacientes con VIH, lo que contribuye a un deterioro más rápido de la salud, incrementa su propensión

a no seguir el tratamiento prescrito e, incluso, puede generar conductas de inadaptación social." (Pág. 60, párr. 3 y ss.).

A pesar de que vivir con VIH no genera en sí una condición de incapacidad física, para la Sala, debe considerarse que su padecimiento sí "entraña barreras sociales y conductuales derivadas del estigma social que la enfermedad representa, que colocan al individuo en una condición de vulnerabilidad en el entorno y que frecuentemente se traduce en los siguientes efectos:" [...] "i) sentimiento de depresión y pérdida de autoestima; ii) sentimientos de vergüenza, culpabilidad o pena; iii) complejos de inferioridad; iv) inseguridad; v) sentimiento de dignidad lastimada; vi) síndromes de ansiedad o ansioso-depresivos; vii) alteraciones del sueño; viii) aumento en la susceptibilidad de adicción a fármacos o drogas; y ix) estigma personal respecto al entorno social." (Pág. 61, párr. 2).

Estos efectos impactan el estado de bienestar que, incluso con apoyo profesional, generan una alteración en la calidad de vida y se compromete la integridad psicológica, principalmente por "la afectación grave y permanente de la salud, lo cual genera una presunción de daño moral, en términos de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1,916 del Código Civil Federal." (Pág. 63, párr. 2).

El Derecho a la vida, a la integridad personal y a la salud. La afectación de manera permanente por el virus en la salud del menor por la actividad administrativa irregular implica la potencial existencia de procesos biológicos que pueden llegar a tener repercusiones en la salud, así como en su expectativa de vida. "De acuerdo con la literatura más reciente, las personas que viven con VIH, pero que están sometidas a un tratamiento adecuado, estadísticamente podrían lograr una sobrevivencia cada vez más cercana a aquellas personas que no están infectadas con el VIH." (Pág. 64, párr. 2). Si bien, "la sola circunstancia de que se presente la potencialidad de un proceso biológico que reduzca el tiempo de vida o la calidad en el bienestar de la salud del *quejoso PVV*, es razón suficiente para considerar que la afectación a sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud, es de extraordinaria gravedad, sobre todo si dicha potencialidad puede actualizarse ante circunstancias de relativa fragilidad." (Pág. 65, párr. 2).

No obstante, la Sala resaltó que además tenía que "tomarse en cuenta que de acuerdo con las investigaciones recientes, los estudios que demuestran que la esperanza de vida de las personas con VIH se está aproximando a la de la población general, *no han contemplado diferencias sociodemográficas y de hábitos de vida entre las poblaciones comparadas*. En este sentido, debe tenerse en cuenta que existen varios factores que pueden impedir que se alcance el óptimo nivel de expectativa de vida. Entre ellos pueden citarse el género, el origen étnico, el uso de drogas inyectadas, el consumo en grandes cantidades de alcohol y otras drogas, el tabaquismo, el hecho de padecer hepatitis B o C antes del tratamiento, y el nivel de CD4 por debajo de 500 células/mm³, también al iniciar el tratamiento".

Asimismo, "los estudios realizados por el Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH y el SIDA (SENSIDA), de la Secretaría de Salud, que aunque menos reciente o preciso estadísticamente que otros estudios, tiene la ventaja de referirse específicamente a las personas que viven con VIH en México. Dicho estudio arrojó en su momento que la sobrevivencia de una persona en tratamiento de VIH es en promedio de cuarenta años a partir del inicio del tratamiento" (Pág. 66, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

Tomando en consideración que PVV fue infectado a la edad de doce años, la Sala concluyó que, en términos estadísticos, su expectativa promedio de vida podría verse drásticamente reducida. Pues, "si la expectativa promedio en el país para el año dos mil quince, era de 72.34 años en varones, y que la proyección se incrementa año con año, hasta llegar a 77.34 años, en el año 2050, entonces podría inferirse que el momento de contagio de la enfermedad, potencialmente, puede impactar directamente en la reducción de la expectativa de vida de la persona infectada" (Pág. 67, párr. 1). De tal modo, que la condición de infección a temprana edad, para la Sala, funge como "una variable que con cierta probabilidad agrava la condición de su estado de salud, siendo mayor la probabilidad, a menor edad de contagio." (Pág. 68, párr. 2).

A partir de "la estadística disponible en las instituciones públicas especializadas en la materia, [la Sala estimó que] podría existir un eventual decremento de entre el veintiocho y treinta y dos por ciento en su horizonte probable de vida. Lo anterior, de acuerdo con la expectativa de vida para varones en México en el periodo 2015-2050, en contraste con el promedio del periodo de sobrevivencia de un individuo infectado de VIH, que se encuentre en tratamiento". Lo cual "representa también un factor económico que ha de tomarse en cuenta, pues ante la posibilidad de que el *quejoso PVV* llegue a sufrir una disminución en su expectativa de vida, ello significará también una reducción en la duración de su vida productiva, con la consecuencia de una reducción patrimonial." (Pág. 68, párrs. 3 y 4).

El derecho a la igualdad y a la no discriminación. Para la Sala es un hecho notorio que, en una sociedad como la nuestra, la infección de VIH "provoca un estigma relacionado con asociaciones morales, religiosas y culturales que pueden generar en el ánimo de la persona un sentimiento de culpa o de baja autoestima, motivada por el miedo y el sentimiento de rechazo tanto del afectado como de los que lo rodean." (Pág. 73, párr. 1). No obstante, también, "el estigma prevalente en el mundo y su profunda influencia en las personas que viven con VIH, no se limita al individuo que soporta la condición de seropositividad, por el contrario, ese estigma y discriminación irradia hacia la familia del enfermo. [...] Trastornos como los efectos físicos y mentales del estigma, el miedo, el aislamiento, la depresión, y un funcionamiento psicológico deficitario, también alcanzan a los integrantes de la familia." (Pág. 74, párrs. 1 y 2).

"Por ejemplo, ha sido documentado en diversos estudios, que la familia nuclear del enfermo experimenta discriminación tanto interpersonal como estructural, incluyendo aislamiento, coerción o presión para cambiar de residencia, escuela o trabajo, negación al acceso de servicios educativos o acceso a los beneficios sociales provistos por el Estado, por mencionar sólo algunos." (Pág. 75, párr. 1). De ahí que la Sala determinara que la familia nuclear de PVV, sus padres y hermanos, "se verán expuestos a diversas circunstancias discriminatorias, cuya materialización indubitablemente genera un daño moral que deberá ser resarcido por el Estado." (Pág. 75, párr. 1).

En la decisión de la Corte se valoró también la afectación que este estigma produce en la vida sexual del *quejoso PVV*, "tema que llega a cobrar especial relevancia en la etapa de adolescencia, pues la mayor parte de las personas infectadas con VIH sufren con el tema de revelar su condición a otros, lo que resulta particularmente relevante y necesario tratándose de una pareja sentimental presente o futura" (pág. 76, párr. 2).

El derecho al desarrollo familiar, y la libertad reproductiva. El contagio de VIH conduce a una violación de estos derechos fundamentales porque "trastoca las posibilidades o expectativas de procreación futura de los afectados, acotando en buena medida el horizonte de tipos de familia que el individuo puede formar". Al respecto, la Sala señaló que debe tomarse en cuenta que "estudios internacionales señalan que las personas infectadas, tanto hombres como mujeres, desean la posibilidad de ser padres, sin importar las recomendaciones provenientes tanto del sector público como privado, que sugieren la abstención de tal circunstancia." (Pág. 79, párr. 2). Por esta razón, y debido a la trascendencia que tiene esta afectación en la vida familiar del *quejoso PVV*, la Sala consideró que "debe atribuírsele una *ponderación de gran importancia* al momento de cuantificar la indemnización por razón de daño moral." (Pág. 80, párr. 3).

Los derechos del niño. El contagio con el VIH cuando PVV era menor de edad, como consecuencia de la negligencia del Estado, "entraña una violación de sus derechos fundamentales de particular gravedad en función de dicha minoría de edad, sobre todo porque este padecimiento cobra mayor impacto y tiene mayores implicaciones de salud y progresión al desarrollo de VIH para los niños, que para los adultos que lo enfrentan." (Pág. 84, párr. 3).

Particularmente, en el caso de la infección en niños y adolescentes, se ha observado que, sin tratamiento, la velocidad de progresión de VIH a SIDA y a la muerte, es mayor que en los adultos, aunado a que la infección, por el daño inmunológico y por las enfermedades intercurrentes tanto definitivas, como no definitivas de SIDA, afectan el desarrollo biológico, psicológico y social (pág. 85, párrs. 1 y 2).

Libertad de trabajo. La Segunda Sala recordó que, a partir de encuestas globales, se conoce que el cien por ciento de las personas que presentan la condición de seropositividad ha experimentado, por esa causa, algún tipo de discriminación o estigma, lo cual conduce entre otras cosas, a dificultades en el acceso o en la permanencia en el empleo (pág. 87, párr. 3).

Adicionalmente, "los datos estadísticos reportan una importante problemática para aquellos con la situación mencionada, en la obtención de un puesto de trabajo, discriminación en el trato recibido en los servicios médicos, tratos inequitativos en el lugar de trabajo, así como la pérdida del mismo a partir de su condición." (Pág. 88, párr. 5). Por estas causas, "se considera altamente probable que el *quejoso PVV* se enfrente a una discriminación y estigmatización por su condición de salud, que afectará sus relaciones laborales de manera importante", a pesar de que por los avances científicos han posibilitado a las personas un desenvolvimiento físico normal para desempeñar un trabajo (pág. 89, párrs. 1 y 2).

La libertad de tránsito. "[D]esde el comienzo de la epidemia del VIH, los gobiernos y el sector privado han impuesto restricciones para viajar que afectan a las personas VIH-positivas que desean entrar en un país, permanecer en él durante un corto periodo de tiempo (viajes de negocios, personales, turísticos, etc.) o durante períodos de tiempo más largos (asilo político, empleo, inmigración, reasentamiento de refugiados, estudios, etc.). [...] De acuerdo con un estudio publicado en 2013 en *Global Health Action*, de los 193 países pertenecientes a la Organización Mundial de la Salud, en 45 de ellos existen restricciones relacionadas con viajes e inmigración a personas seropositivas, lo que equivale al 23% del total de los países integrantes de dicha organización." (Pág. 92, párrs. 1 y 2).

Con base en lo anterior, la Sala consideró que por la infección con el VIH a causa de los actos administrativos irregulares del Estado se afectó la libertad de tránsito de PVV (pág. 93, párr. 1).

El derecho al esparcimiento y al desarrollo cultural. "PVV podría ver afectado su derecho al libre esparcimiento cultural, como consecuencia del contagio viral del que fue víctima, pues en caso de que potencialmente llegue a sufrir del SIDA, ello implicaría, por ejemplo, abstenerse de acudir a lugares muy concurridos, como museos o centros deportivos, o evitar el contacto con animales domésticos, con la finalidad de evitar la presencia de infecciones oportunistas relacionadas con su estado inmunocomprometido." (Pág. 94, párr. 1).

Por todo lo anterior, la Sala concluyó que derivado del contagio de VIH, a PVV le depara y deparará "una reducción importante en la expectativa de vida, afectación a la integridad psicológica, restricción en la libertad sexual y desarrollo social, alteración en la libertad reproductiva y expectativa de conformación de familia, restricción a la libertad de

trabajo y discriminación, restricción de otras libertades particularmente la de tránsito, aunado al antecedente clínico del *quejoso PVV* y su condición de menor al momento del contagio, el daño debe graduarse como muy grave, al trastornar de manera permanente el estado de bienestar del *quejoso*." (Pág. 94, párr. 2).

2. *Grado de responsabilidad*. Para cuantificar el monto de la indemnización por daño moral, se analizó el grado de responsabilidad y la gravedad de la actuación del Instituto Mexicano del Seguro Social, a través del Laboratorio Clínico del Banco Central de Sangre y de la Unidad Pediátrica del Centro Médico Nacional la Raza, que son los órganos responsables de la seguridad de las transfusiones de sangre. En el caso, la Sala no cuestionó si la causa del daño causado a PVV fue por negligencia médica; sin embargo –para medir la gravedad de la actuación del personal de salud y así calcular el monto de la indemnización–, se analizó hasta qué punto era previsible o evitable que el PVV resultara infectado con el VIH, o en su caso, qué medidas se podrían haber tomado para disminuir las posibilidades de que aquello ocurriera.

Con base en el concepto de los protocolos médico o también llamados guías médicas, cuya finalidad es guiar "la actuación del personal de salud ante cualquier caso, o al menos ante una serie de supuestos generalizados, para que al menos en la generalidad de los casos, el tratamiento de un paciente con determinadas características o síntomas, sea el correcto, y evite o al menos disminuya ciertos riesgos previsible con base en la ciencia médica", la Segunda Sala estableció la siguiente presunción: "si el personal de salud se ciñó con todo rigor a las guías médicas, no actuó con negligencia, salvo que expresamente se demuestre lo contrario, y en cambio, si no se ciñó a dicho protocolo, o lo hizo con descuido o sin el rigor profesional requerido, debe presumirse que el médico o personal de servicios médicos de que se trate, es responsable en mayor o menor grado *in concreto*, esto es, conforme al grado de diligencia que se estime exigible conforme al ejercicio de su profesión." (Pág. 100, párr. 3).

Apoyándose en la existencia de "irregularidades manifiestas, que evidencian documentalmente *faltas graves* a los procedimientos establecidos por la *NOM 003-SSA2-1993, relativa a la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos*, [...] que constituye la fuente principal del protocolo médico que el personal de salud del Instituto Mexicano del Seguro Social, estaba obligado a seguir para atender la transfusión de sangre practicada" a PVV, documentada por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios. La Sala determinó que las diversas irregularidades detectadas "lamentablemente, no impidieron y por el contrario, dieron origen a la infección de VIH del hoy *quejoso*, a través de una transfusión alogénica." (Pág. 101, párr. 1).

La primera irregularidad grave detectada fue por el incumplimiento del "procedimiento 'de valoración [previa y] cuidadosa de candidatos a transfusión alogénica de sangre o sus

componentes, cuya finalidad es la de 'identificar a las personas que son candidatos idóneos para donar'. Para lo cual deben realizarse de manera previa 'análisis de estudios serológicos, de lo contrario, estos últimos corren peligro de carecer de valor, ante la posibilidad real de un falso negativo por la existencia de un periodo ventana en el contagio de VIH u otros virus, circunstancia que es posible que se presentara en el particular, como se desprende del señalamiento de las autoridades involucradas que se transcribe: 'Teniendo la certeza de que la muestra sanguínea estudiada el 07 de abril fue no reactiva y la del 21 de abril fue reactiva, existe la probabilidad de que se trate de un periodo de ventana inmunológico ya que se sabe y se encuentra documentado en 1 en 600,000 donadores con anticuerpo al VIH negativo.'" (Pág. 107, párr. 1).

"Sin embargo, si no existe certeza en cuanto al momento de la extracción de sangre, o bien, a su concomitancia con el llenado del folleto de autoexclusión, tampoco existe certeza para el cálculo del periodo ventana" (pág. 107, párr. 2). La Sala resaltó lo anterior para hacer notar que "ciertas infecciones pueden no ser detectables debido a que los microorganismos (como los virus) estén en período de incubación, el protocolo médico establece mecanismos para que incluso antes de que se practiquen los análisis serológicos, puedan excluirse preliminarmente aquellos candidatos no idóneos, a partir de factores de riesgo que puedan situarlos en un periodo de ventana inmunológica." (Pág. 103, párr. 2). Es por esta razón que, de acuerdo con la Sala, "a pesar de que de acuerdo a la NOM 003-SSA2-1993 citada, toda la sangre obtenida con fines de transfusión alogénica, deberá ser analizada mediante pruebas serológicas, toda muestra sanguínea corre el riesgo de encontrarse en un periodo ventana, consistente en el tiempo que transcurre entre la contracción de la infección y el momento en que es posible su detección serológica a partir de la activación de anticuerpos. Así, cuando durante tal periodo se corren los análisis serológicos, éstos pueden resultar en falsos negativos y, por ende, en la transmisión de la infección a quien reciba la sangre donada." (Pág. 103, párr. 3).

"Por lo anterior, es esencial una adecuada valoración de posible contaminación de la sangre a partir de la identificación de grupos de riesgo, y específicamente, de aquellas personas que por condiciones diversas puedan encontrarse en un periodo ventana de la infección por VIH". Sin embargo, la utilidad del análisis mediante pruebas serológicas se merma cuando no se respeta "el elemento de confidencialidad necesario para que el individuo pueda hacer revelaciones que permitan detectar factores de riesgo de infecciones virales, particularmente VIH, que puedan encontrarse en periodos ventana". Lo cual es de suma relevancia para efectos de este asunto porque "la identificación y selección de donantes sanos es un mecanismo contenido en el protocolo médico, diseñado con el fin de aumentar las probabilidades de que la sangre a transfundir sea inofensiva, pues constituye un filtro en el que se excluye la sangre que tenga el menor riesgo de estar comprometida; y para ello, la confidencialidad del formato de autoexclusión es un elemento de gran trascen-

dencia." (Pág. 104, párr. 1). Puesto que, precisamente, como lo refiere la literatura especializada consultada, "[l]a autoexclusión confidencial en el proceso de filtrado de candidatos a donación idóneos fue concebida [...] como una medida con potencial para reducir los riesgos de contagio de VIH derivados de transfusiones sanguíneas." (Pág. 108, párr. 3).

"El propósito de su implementación consistió en detectar aquellos donantes con mayores riesgos de seropositividad o de otras enfermedades sexualmente transmitidas, que por alguna razón se sintieran presionados u obligados a donar o que, precisamente en la intención de que su sangre fuera examinada, acudían a donar. Tales análisis produjeron una reducción en los riesgos de seroconversión derivada de los periodos ventana en la infección". Además de que "la prevalencia de infección por VIH en donantes que optan por el formato de autoexclusión confidencial utilizado en varios países del mundo es significativamente mayor que en los que no optan por el sistema de confidencialidad, lo que demuestra la utilidad de salvaguardar la condición de confidencialidad en el formato de autoexclusión que debe aplicarse a todos los donantes en México, en términos de las guías médicas aplicables, pues vulnerar tal condición puede alterar la efectividad de su propósito, ocultando datos relevantes para la valoración de riesgos derivados de periodos ventana." (Pág. 109, párrs. 1 y 2). Para la Segunda Sala, "[l]o anterior es de vital importancia pues incluso, algunos estudios han reportado que la prevalencia de anticuerpos contra VIH a nivel internacional, en los individuos que completaron los formatos confidenciales de autoexclusión era veintiún veces mayor que el de los donantes que no optaban por tales formatos." (Pág. 109, párr. 3). Así, el hecho de que el folleto de autoexclusión llenado por la donante contiene su nombre y firma, afecta la confidencialidad que debía observarse, lo cual es un desacato al protocolo médico y la normatividad técnica aplicable.

A la primera irregularidad grave se le sumaron otras fallas sistémicas graves reveladas por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios sobre la operación general del Banco Central de Sangre en el IMSS, como inconsistencias en los controles de calidad de los diferentes marcadores serológicos y la existencia de controles con más de dos variaciones estándar, lo que puede provocar falsos positivos, o aún más peligroso, falsos negativos (págs. 112, párr. 2; pág. 113, párr. 1). Lo cual fue corroborado con el expediente, en el quedó demostrado que "los propios estudios técnicos de laboratorio presentan fallas en los controles de calidad de los diferentes marcadores serológicos." (Pág. 113, párr. 2).

Todo lo antes expuesto, llevó a la Corte a concluir que en el Laboratorio Clínico del Banco Central de Sangre y de la Unidad Pediátrica del Centro Médico Nacional La Raza, se incumplió con el protocolo médico contenido en la NOM 003-SSA2-1993 (pág. 115, párr. 1).

Para medir la gravedad de la actuación de un médico o demás personal que preste servicios de salud cuando se trata de cuantificar el daño moral, la Sala estableció el siguiente pará-

Para medir la gravedad de la actuación de un médico o demás personal que preste servicios de salud cuando se trata de cuantificar un daño moral, "cualquier actuación por parte del personal de salud que se aparte de las guías médicas, produce la presunción de negligencia médica [...]. Se trata de una presunción humana *iuris tantum* (esto es, que admite prueba en contrario), en el sentido de que, si se genera un daño de los que precisamente pretenden evitarse o disminuir su riesgo a través del protocolo, ese daño es iatrogénico o en general, producto de la negligencia del personal de salud.

metro objetivo y razonable: "cualquier actuación por parte del personal de salud que se aparte de las guías médicas, produce la presunción de negligencia médica [...]. Se trata de una presunción humana *iuris tantum* (esto es, que admite prueba en contrario), en el sentido de que, si se genera un daño de los que precisamente pretenden evitarse o disminuir su riesgo a través del protocolo, ese daño es iatrogénico o en general, producto de la negligencia del personal de salud. [...] Pero además, si se trata de un procedimiento tendente a evitar o disminuir riesgos graves a la vida o a la salud, y tras apartarse del protocolo, esos riesgos se actualizan, estaremos ante un acto gravemente negligente, a diferencia de lo que sucedería, si el daño no es de los que previsiblemente pueden evitarse o disminuir su riesgo precisamente con el protocolo, o bien, si se trata de un daño de menor importancia." (Pág. 116, párr. 2).

En relación con lo anterior, la Sala consideró que "si la NOM 003-SSA2-1993 es un protocolo de conducta exigible a cualquier médico o personal que preste servicios de salud, por razón de su oficio, tratándose de personal adscrito a un órgano estatal, como lo es en la especie, el Instituto Mexicano del Seguro Social, dicha Norma Oficial, así como las demás *guías médicas* aplicables (internacionales, nacionales, locales y hasta aquéllas emitidas por la propia unidad de servicio médico de que se trate) *son protocolos administrativos*, que deben servir de pauta para determinar la existencia de una actuación administrativa irregular, para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, así como para determinar el grado de negligencia que en cada caso implique el desacato a dichos protocolos, esto es, la gravedad de los actos negligentes, bajo el parámetro antes descrito." (Pág. 117, párr. 1).

Con base en este parámetro, la Sala determinó que el incumplimiento de un procedimiento de rutina de la mayor trascendencia, establecido en una norma oficial mexicana, "como es el de transfusión alógena de sangre y sus componentes, es *de la mayor gravedad*, pues dicho protocolo médico tiene por finalidad, precisamente, evitar o disminuir los riesgos de contagio de enfermedades, algunas de las cuales pueden poner en grave riesgo la salud o la vida de las personas." (Pág. 117, párr. 2).

Por todo lo anterior, la Segunda Sala concluyó que en este caso se acreditó "un *extraordinario grado responsabilidad*, pues por el incumplimiento a los deberes legales y de cuidado, a los que debía ceñirse el IMSS, como parte del sistema de salud del Estado, se afectó no sólo la vida del *quejoso PVV*, sino que se puso en riesgo la de los demás pacientes de la Unidad de Aféresis del Servicio de Hematología Pediátrica de la Unidad Médica de Alta Especialidad (UMAE), del Hospital la Raza; cuestión que acreditó una conducta negligente grave". (Pág. 120, párr. 3).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3833/2019, 27 de mayo de 2020⁵⁸

Hechos del caso

El 14 febrero de 2014, LDG y ALB acudieron al Hospital 1, con la doctora GGJ con la finalidad y voluntad de tener un hijo, porque habían tenido problemas para embarazarse de forma natural. La doctora le realizó a LDG un ultrasonido pélvico y le comentó a la pareja que el tratamiento idóneo era una fecundación *in vitro*. Con apoyo de un tratamiento especial, meses después, la prueba de embarazo dio positivo. El 23 de junio, la mujer se percató que tenía un sangrado color café, por lo que le habló a la doctora, y ésta le indicó que se inyectara una ampolla de cuerpo amarillo de inmediato y que continuara con los óvulos de progesterona. Al día siguiente, se presentó a consulta y, después de realizarle una ecografía, la doctora le comentó que no había encontrado datos de sangrado y ni hematomas, y que probablemente se había reventado un vaso de la placenta lo que había provocado el sangrado, por lo que no era peligroso; y refirió la paciente con el doctor JJK para continuar con el control de embarazo, a través de una carta en la que le informó que luego de un tratamiento de reproducción asistida exitoso, se logró la gestación y que en esa fecha tenía 6.4 semanas de Fecha Última de Regla (FUR).

El 2 de julio, la actora acudió con el doctor JJK porque volvió a tener sangrado, le manifestó todos sus antecedentes; se le realizó otra ecografía y se le indicó que el embrión estaba bien y que el sangrado era porque tenía el orificio cervical interno abierto.

El 7 de julio, LDG se presentó nuevamente con el doctor, el cual le manifestó al hacerle otra ecografía, que el embrión ya no tenía vida, por lo que se tenía que realizar un legrado, sin que el doctor le indicara que la intervención era de urgencia. En las notas de atención, el doctor JJK señaló que el sangrado había disminuido, pero que era obscuro, color *chocolatoso* y que el embrión se observaba sin vitalidad; e indicó que solicitó un ultrasonido pélvico urgente para confirmar o descartar diagnóstico y citó, para el siguiente día, a la paciente con el resultado.

En la madrugada del 8 de julio, LDG despertó con náuseas y con un dolor que creció y permaneció. A las cinco de la mañana se trasladó a un hospital del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). Le hicieron un ultrasonido y le comentaron que en el ovario izquierdo se apreciaba un óvulo; la quejosa explicó que se sometió a un tratamiento de reproducción asistida *in vitro* y que anteriormente ya había

⁵⁸ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

tenido otro aborto. Los médicos explicaron que el aborto pudo ser posiblemente por síndrome antifosfolípido, lo cual podría ser la causa de los abortos. Finalmente, hasta las cinco de la tarde le hicieron el legrado.

Días más tarde, LDG tuvo un dolor intenso en el estómago, sufrió mareos y desmayo, por lo que fue llevada al área de urgencias del Hospital 2, donde le manifestó al ginecólogo, ACF, que le habían hecho un legrado uterino. Seguido de una revisión física y un ultrasonido transvaginal, el doctor le indicó que el dolor era por una hemorragia interna debido a un embarazo ectópico, ya que tenía un embrión con latido que rompió la trompa de Falopio izquierda, por lo que era urgente que se le operara, ya que estaba en un *shock* hipovolémico, a lo cual ella le manifestó que era imposible porque sólo le implantaron un embrión. Por tal motivo, le realizaron una laparotomía y salpingectomía izquierda. Con base en el estudio de patología de la trompa uterina izquierda que le extirparon y el embrión, el diagnóstico del Hospital 2 fue: embarazo tubárico (ampular) roto con extensa reacción decidual del estroma. Abundantes coágulos sanguíneos con vellosidades coriales del primer trimestre de gestación acompañado de saco vitelino y cordón umbilical. Embrión de nueve semanas de gestación con desarrollo normal para la edad (calculadas por la longitud). Días después, le fue diagnosticada una trombosis en la pierna izquierda.

En 2016, la pareja demandó a GGJ y a JJK, junto con el Instituto de salud privado en el que ambos laboraban, la indemnización por la responsabilidad civil objetiva y subjetiva, así como el daño moral causado por la atención médica recibida. Los demandantes alegaron que a LDG se le realizó un incorrecto tratamiento de fecundación *in vitro* y, además, que sólo le indicaron que se implantó un solo embrión; y, también, que se realizó un indebido monitoreo de su embarazo al no notar el segundo embrión y no informarle a la paciente que el legrado era de carácter urgente. Consideraron que la atención médica dio como resultado la extirpación de un segundo embrión del cual no tenían conocimiento y la trompa de Falopio izquierda, así como el origen de una trombosis.

La jueza civil que conoció del caso determinó que los demandantes no acreditaron los elementos constitutivos de su acción, por lo que absolvió a los demandados. Así que los demandantes interpusieron un recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México en el sentido de confirmar la resolución de la juez. Inconformes, los actores promovieron juicio de amparo directo. En esencia alegaron que se omitió resolver cuestiones sobre la violación al derecho humano a la protección de la salud, establecido en los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal, 10, 10.1, 10.3 y 12.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Dado que el tribunal colegiado había realizado, en su perspectiva, una indebida interpretación del derecho a la salud.

La Primera Sala de la Suprema Corte consideró que el recurso era procedente porque, a partir de una interpretación del derecho a la protección de la salud, se podría establecer, entre otras cuestiones, cuáles son las obligaciones del Estado para garantizar una prestación médica de calidad y eficaz, así como impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población. Esto en atención a la importancia del deber de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos, como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad.

La Primera Sala determinó que las elecciones alternativas que toman los profesionistas durante el transcurso del acto médico deben de analizarse en el ámbito de la duda razonable sobre la mejor decisión posible y dadas las circunstancias del caso, la regulación y estado de la ciencia médica. Por esta razón, se estableció que se debe de analizar de manera adecuada la doctrina especializada a fin de determinar que la atención médica es de calidad y ha sido acorde con los principios éticos y científicos que orientan la práctica médica especializada en la materia (*lex artis*). Para resolver este asunto, la Sala estudió la doctrina especializada citada por el tribunal colegiado. Concluyó que el análisis se realizó de forma sesgada. Pues, no se tomó en consideración que toda la otra doctrina clasifica los antecedentes de la paciente como factores de riesgo que ameritaban un seguimiento diferente para facilitar un diagnóstico oportuno. Así, dado que el órgano colegiado ignoró que el sometimiento previo a las técnicas de reproducción asistida constituye un factor de riesgo que aumentan las probabilidades de los embarazos ectópico y heterotópico, se concedió el amparo a la parte afectada y ordenó la emisión de una nueva resolución en la que se analizara la doctrina especializada de manera integral, a fin de determinar la existencia de responsabilidad por parte del personal médico del Hospital 1.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. Cuando un paciente considere vulnerados sus derechos, como el de la salud, y solicite de un profesionista médico privado a través de la vía civil o penal la reparación de daños por una atención médica que carezca de calidad, ¿qué elementos deben de tomarse en consideración para evaluar si la prestación de servicios de salud reclamada es de calidad?
2. En el caso en concreto, ¿el tribunal colegiado analizó de manera adecuada la doctrina especializada, que citó en la sentencia reclamada para determinar que la atención de los médicos había sido acorde con los principios éticos y científicos que orientan la práctica médica especializada en la materia (*lex artis*), y por tanto de calidad?
3. ¿Qué efectos debe de tener la sentencia para salvaguardar el derecho a la salud de la afectada cuando el análisis de la doctrina especializada (realizado para determinar de acuerdo con lo establecido por la *lex artis* la existencia de responsabilidad del personal médico por una atención médica deficiente) estuvo sesgado?

Cuando un paciente considere vulnerados sus derechos, como el de la salud, y solicite de un profesionista médico privado a través de la vía civil o penal la reparación de daños por una atención médica que carezca de calidad, ¿qué elementos deben de tomarse en consideración para evaluar si la prestación de servicios de salud reclamada es de calidad?

Criterios de la Suprema Corte

1. Para analizar si la prestación de servicios de salud, concretamente de atención médica, es de calidad, el análisis deberá partir del acto médico. Ante la problemática de definir qué debe entenderse como "atención médica de calidad", la definición de la Organización Mundial de la Salud –siguiendo al Instituto de Medicina de Estados Unidos (IOM)– puede usarse para orientar el análisis del acto médico. La OMS define la asistencia sanitaria como el grado en el que los servicios de salud para individuos y poblaciones aumentan la probabilidad de resultados deseados y son consistentes con el conocimiento técnico actual. Para lo cual, la OMS establece seis indicativos que permiten medir la calidad de servicios médicos. De acuerdo con la OMS, los servicios de salud son de calidad cuando son: i) seguros; ii) efectivos; iii) oportunos; iv) eficientes; v) equitativos; y vi) enfocados en la persona.

Las elecciones alternativas que toman los profesionistas durante el transcurso del acto médico (desde un diagnóstico, hasta la dada de alta del paciente) deben de analizarse en el ámbito de la duda razonable sobre la mejor decisión posible y dadas las circunstancias del caso, la regulación y estado de la ciencia médica.

2. Las elecciones alternativas que toman los profesionistas durante el transcurso del acto médico (desde un diagnóstico, hasta la dada de alta del paciente) deben de analizarse en el ámbito de la duda razonable sobre la mejor decisión posible y dadas las circunstancias del caso, la regulación y estado de la ciencia médica. El análisis de un procedimiento judicial sobre la actividad profesional médica (que se efectúa con base en la regulación estatal correspondiente, así como con los principios científicos y éticos) no debe realizarse de manera parcial; de lo contrario se considerará como sesgado. Esto es así puesto que éste repercute además en el análisis sobre la seguridad, oportunidad y, consecuentemente, en la calidad, de la atención médica recibida. Las interpretaciones sesgadas y parciales pueden repercutir en el derecho a la salud de la parte afectada cuando no se analizan integralmente a la luz de la *lex artis*.

En este caso, el tribunal colegiado citó de forma sesgada la doctrina especializada: sólo destacó la complejidad para diagnosticar un embarazo heterotópico para afirmar que los médicos actuaron de conformidad con la ciencia médica y los principios éticos. Pues, no tomó en consideración que toda la otra doctrina clasifica los antecedentes de la paciente como factores de riesgo que ameritaban un seguimiento diferente para facilitar un diagnóstico oportuno. Así, aunque la doctrina especializada consultada es enfática en la complejidad de diagnosticar un embarazo ectópico, pero aún más respecto de uno heterotópico, el análisis del órgano colegiado se considera sesgado porque ignoró que en todos los artículos científicos que sirvieron de base para analizar el caso ponían de manifiesto que el sometimiento previo a las técnicas de reproducción asistida constituyen factores de riesgo que aumentan las probabilidades de los embarazos ectópico y heterotópico.

3. En este caso, el análisis parcial y sesgado de la doctrina especializada –realizado para efectos de determinar que la atención de los médicos había sido acorde con los principios

éticos y científicos que orientan la práctica médica especializada en la materia (*lex artis*)—hace necesario que se vuelvan a analizar (de manera integral) las pruebas del juicio de responsabilidad a partir de la doctrina especializada. A fin de que se permita conocer (a través del análisis de las consultas que se tuvieron a partir de ese momento de la gestación) si los médicos tratantes dieron un correcto seguimiento y ordenaron oportunamente los exámenes correspondientes, en atención a los factores de riesgo para descartar el embarazo heterotópico, de conformidad con la *lex artis*.

Aunque en los diagnósticos complejos, las probabilidades de diagnóstico y la atención del personal médico pueden atenuar la responsabilidad del personal médico, éstas deben juzgarse a la luz de la doctrina especializada que, en este caso, corresponde a los estudios sobre casos clínicos de las pacientes que fueron sometidas previamente a técnicas de reproducción asistida. Además de tomar en consideración lo anterior, la nueva resolución se deberá realizar tomando en cuenta los siguientes lineamientos, se deberá: i) precisar la doctrina especializada correspondiente; ii) valorar nuevamente el caudal probatorio con base en la doctrina especializada; iii) determinar si los médicos llevaron a cabo los actos correspondientes para descartar el diagnóstico de embarazo heterotópico; iv) sólo después de esto, determinar si la atención médica fue de calidad para conocer si se vulneró o no el derecho a la salud de la actora.

Justificación de los criterios

1. De conformidad con las obligaciones internacionales sobre la garantía del derecho a la salud, "es necesario que los servicios de salud se proporcionen con calidad, con lo que se necesita el control por parte del Estado" (pág. 59, párr. 1). Específicamente, a través de la imposición de "regulaciones o controles para que los prestadores de servicios de salud satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología, en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas, acorde a los principios médicos y de buena fe, y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado." (Pág. 59, párr. 2). (Énfasis en el original).

Por ello, "para que el personal médico y hospitales privados cumplan con su obligación de brindar un servicio de calidad, deberán, en adición a lo que lleguen a sujetarse en el ámbito privado con los pacientes o usuarios que contraten, sujetarse a las leyes (Ley General de Salud) y regulación que emita el Estado (reglamentos que deriven de la Ley General de Salud o normas oficiales mexicanas), así como los principios científicos (el conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo) y éticos (el conjunto de reglas bioéticas y deontológicas universalmente aceptadas para la atención médica) que orientan la práctica médica." (Pág. 59, párr. 3).

Para analizar "si la prestación de servicios de salud, concretamente de atención médica, es de calidad, el análisis deberá partir del acto médico" (pág. 60, párr. 1). Sin embargo, ante la problemática de definir qué debe entenderse como "atención médica de calidad", la Sala consideró que "resulta orientadora la definición que la Organización Mundial de la Salud en la que establece –siguiendo al Instituto de Medicina de Estados Unidos ("IOM")– la calidad de la asistencia sanitaria como el grado en el que los servicios de salud para individuos y poblaciones aumentan la probabilidad de resultados deseados y son consistentes con el conocimiento técnico actual.

Asimismo, la OMS establece los indicadores que permiten medir la calidad de servicios médicos; de tal forma que los servicios de salud son de calidad cuando son:

1. Seguros: reducen al mínimo los riesgos o daños para los pacientes/usuarios, lo que incluye evitar daños previsibles y reducir los errores médicos.
2. Efectivos: se proporcionan con base en conocimiento científico y directrices empíricas.
3. Oportunos: reducen los retrasos en proporcionar y recibir servicios de salud.
4. Eficientes: se busca potencializar el uso de los recursos y a la vez evite el desperdicio.
5. Equitativos: se asegura que los servicios no varíen en calidad, debido a las características personales de los pacientes, como género, etnia, localización geográfica o estatus socioeconómico.
6. Enfocados en la persona: deben ser respetuosos y tomar en cuenta las preferencias, necesidades y valores de los pacientes, así como la cultura de la comunidad a la que pertenecen." (Págs. 60, párr. 2; pág. 61, párr. 1). (Énfasis en el original).

2. El reclamo de la afectada consistía en que la atención médica que recibió no fue de calidad. Reclamó que ésta no fue segura, efectiva y oportuna, "de forma que no se evitaron los daños ni errores médicos, no se basaron en el conocimiento científico y directrices, por lo que nunca hubo un diagnóstico, lo cual no proporcionó un tratamiento oportuno". Para responder este reclamo y en atención a la importancia del diagnóstico médico de calidad, la Sala retomó lo resuelto en el Amparo en Revisión 117/2012, relativo a que los médicos asumen una obligación de medios, en tanto que su actividad tiene elementos aleatorios.

Con base en este criterio, la Sala estableció que la serie de elecciones alternativas que toman los profesionistas durante el transcurso del acto médico (para llegar a un diagnóstico, hasta la dada de alta del paciente) deben de analizarse "en el ámbito de la duda razonable sobre la mejor decisión posible [...] dadas las circunstancias del caso, la regu-

lación y estado de la ciencia médica" (pág. 62, párr. 1). "En ese sentido, para atribuir responsabilidad por un diagnóstico indebido que mermó la calidad de la atención médica, se debe analizar si el personal médico realizó todas las comprobaciones necesarias para emitir **un diagnóstico correcto y dentro del tiempo previsible**, de conformidad con el estado de la ciencia médica". (Pág. 62, párr. 2). (Énfasis en el original).

En el caso concreto, la Sala advirtió que el análisis del tribunal colegiado sobre la actividad profesional médica realizado con base en la regulación estatal correspondiente, así como con los principios científicos y éticos, fue incorrecto. Lo anterior porque el estudio de la doctrina médica especializada se realizó de manera parcial, lo cual de acuerdo con la Sala repercutió en el análisis sobre la seguridad, oportunidad y, consecuentemente, en la calidad, de la atención médica recibida. "Se estima lo anterior, ya que el tribunal colegiado citó de forma sesgada la doctrina especializada, sólo para destacar la complejidad para diagnosticar un embarazo heterotópico y afirmar que los médicos actuaron de conformidad con la ciencia médica y los principios éticos por el simple hecho de que la paciente no presentó los síntomas exactamente precisados en la tríada clásica (dolor, sangrado y masa anexial); pero no tomó en cuenta toda la otra doctrina que clasifica los antecedentes de la paciente como factores de riesgo que ameritaban un seguimiento diferente para facilitar el diagnóstico oportuno, aunado a que la actora acudió a consulta desde el dieciséis de junio de dos mil catorce porque tenía sangrado *chocolatoso* y dolor leve." (Pág. 63, párr. 2).

Para analizar el acto médico, el tribunal citó únicamente partes de la doctrina especializada que señalaba que "sólo se debía atender a los síntomas específicos de la tríada clásica para que los médicos estuvieran obligados a realizar los exámenes y pruebas pertinentes a un embarazo heterotópico, sin considerar que debían descartar el diagnóstico por los antecedentes que constituían factores de riesgo, concatenados al hecho que la actora manifestó su preocupación por el sangrado y dolor leves a partir de una llamada y la consulta de dieciséis de junio". De acuerdo con la lógica del tribunal "el personal médico sólo debe actuar cuando se presentan exactamente los síntomas de la triada clásica (aun cuando la doctrina especializada señala que no se presentan en la mayoría de los casos)". El error en el análisis radica en que, a partir de este enfoque, el colegiado no analizó "cómo deben comportarse los profesionales cuando existen factores de riesgo concatenados con síntomas leves y tienen conocimiento de ello". (Pág. 63, párr. 3). (Énfasis en el original).

Si bien la doctrina especializada consultada "era enfática en la complejidad de diagnosticar un embarazo ectópico, pero aún más respecto de uno heterotópico; [...] se perdió de vista que en los artículos científicos que sirvieron de base para analizar el caso, todos ponen de manifiesto que el sometimiento previo a las técnicas de reproducción asistida consti-

tuyen factores de riesgo que aumentan las probabilidades, lo que hace necesario que se descarte la existencia de un embarazo fuera del útero." (Pág. 64, párr. 1). (Énfasis en el original).

A pesar de que, incluso, "el tribunal colegiado reconoció que "en la doctrina especializada se señala que el uso de las técnicas de reproducción asistida ha provocado un aumento de la incidencia de embarazos ectópicos triplicando el riesgo a la población general" (pág. 64, párr. 2). Lo anterior se corrobora en la *Guía de Práctica Clínica. Diagnóstico y Tratamiento de Embarazo Tubario* –que se refiere al caso de embarazo ectópico–, que fue citada por el tribunal debido a sus recomendaciones sobre detección y contenido del apartado clínico, en la cual "se destaca como factor de riesgo el sometimiento a técnicas de reproducción asistida y con ello se establece una sospecha de embarazo tubario. Luego, se indica que ante la sospecha, el ultrasonido transvaginal es una necesidad para descartar el diagnóstico" (pág. 65, párr. 1). Además, en el análisis de las evidencias del embarazo ectópico tubario que se han presentado en la etapa de diagnóstico clínico, el mismo órgano colegiado "advirtió que los síntomas se presentan en una tasa baja. No obstante, la argumentación partió de que cerca de la mitad de las pacientes con un embarazo ectópico no presentan factores de riesgo, cuando previamente ya se estableció que el sometimiento a técnicas de reproducción asistida es un factor de riesgo que genera sospecha." (Pág. 66, párr. 1). (Énfasis en el original).

No obstante, el tribunal optó por citar parte de un artículo escrito por varios médicos del Hospital Ginecobstétrico Docente Provincial "Ana Josefa Betancourt" de Camagüey, Cuba, únicamente, para destacar la complejidad del diagnóstico de un embarazo heterotópico. "Sin embargo, el tribunal colegiado omitió la parte del texto en el que los autores destacan la complejidad del diagnóstico en un embarazo heterotópico espontáneo y cómo la probabilidad aumenta cuando se utilizaron técnicas de reproducción asistida; incluso, la doctrina especializada establece que existen algunos factores de riesgo para presentar embarazo ectópico después de emplear técnicas de reproducción asistida, pues los inductores de la ovulación –mismos a los que se sometió la actora– constituye un franco factor predisponente [...]" (Pág. 66, párr. 3).

Para reforzar su argumento sobre la complejidad del diagnóstico, el colegiado "retomó un artículo de la Revista de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México, referente a un caso clínico de embarazo heterotópico que se atendió. Así, el tribunal colegiado acudió a éste para recalcar que la mayoría de ese tipo de embarazos, se diagnostica entre las semanas quinta y octava de la gestación y que el dolor pélvico intenso durante el embarazo hace necesaria la evaluación minuciosa de las pacientes. [...] Asimismo, también acude a ese artículo para señalar que el embarazo heterotópico es factible en pacientes con inseminación intrauterina en donde se implanta un embrión único, ya sea porque la gestación espontánea coincide con el tratamiento de reproduc-

ción asistida por la división del embrión que forma gemelos monocigotos." (Pág. 68, párr. 1 y 2). Pero, de nueva cuenta, "el tribunal colegiado nuevamente omitió el énfasis que hace la doctrina respecto de los embarazos heterotópicos que sufren las pacientes sometidas a técnicas de reproducción asistida [...]" (Pág. 68, párr. 3).

Finalmente, el tribunal colegiado citó un artículo de la *Revista de Ginecología y Obstetricia de México* para destacar lo complejo que es diagnosticar un embarazo heterotópico, así como que los cuadros clínicos manifestados pueden confundir al médico tratante; posteriormente, destacó que en las pacientes que han utilizado procedimientos de fertilización asistida, puede agregarse un cuadro de dolor abdominal secundario a hiperestimulación ovárica, lo que dificulta su diagnóstico oportuno [...].

Sin embargo, el tribunal colegiado otra vez transcribió parcialmente el texto de la doctrina especializada y desvirtuó lo establecido para el caso de las pacientes que se someten previamente a métodos de reproducción asistida; de hecho, el propio texto distingue entre el embarazo heterotópico espontáneo y "provocado" (derivado de las técnicas para tratar la infertilidad que se han comentado) y cómo a partir de ello cambian las probabilidades en el diagnóstico". Ignorando, además que "este artículo indica que hay mayor probabilidad de detectar el embarazo heterotópico a partir del ultrasonido, ya que las pacientes que se someten a un procedimiento de fecundación asistida, tienen seguimiento y vigilancia adecuados [...]" (Pág. 70, párrs. 1 y 2).

De las citas directas incluidas en el texto de la sentencia del tribunal, se advierte que el análisis de la doctrina especializada que se realizó para conocer si los médicos habían actuado conforme a la *lex artis*, claramente, estuvo sesgado. Esto "llevó a que el estudio no se realizara a partir de las buenas prácticas médicas; es decir, en realidad no se tomó en cuenta la *lex artis*, con lo que no se puede afirmar que la atención médica se realizó con base en el conocimiento científico, las bases empíricas, principios éticos y mucho menos confirmar que fue efectiva ni de calidad." (Pág. 72, párr. 1).

Así, la Sala determinó que las citas directas de la doctrina especializada le permitieron concluir al colegiado, de manera errónea, que la atención médica —prestada por los dos especialistas— "fue acorde con los principios éticos y científicos que orientan la práctica médica especializada en la materia, y por tanto de calidad; ello, en tanto que a partir de su interpretación sesgada, le bastó que la atención médica se centrara en el embarazo implantado en el útero y no consideró importante descartar un embarazo heterotópico, por la supuesta ausencia de síntomas —forzosamente consideró que debía presentarse la "triada clásica"—, aun cuando hubiera factores de riesgo concatenados con síntomas como el sangrado y dolor pélvico leves." (Pág. 72, párr. 2).

Por último, la Sala resaltó que el colegiado fue incongruente en tanto que, desde su perspectiva, se estableció que en las últimas consultas la afectada "no presentó datos clínicos

de urgencia obstétrica, cuando el mismo Dr. ***** mandó a hacer un ultrasonido urgente para confirmar el diagnóstico de "huevo muerto retenido", y si la actora no regresó con el ultrasonido, fue porque el médico lo solicitó el siete de julio de dos mil catorce y en la madrugada del ocho siguiente, tuvo un dolor intenso que la obligó a atenderse urgentemente." (Pág. 73, párr. 1).

"En ese sentido, es fundado el argumento de la parte quejosa respecto a que no es posible afirmar que la atención médica fue de calidad por lo que hace al diagnóstico de los médicos, ya que no se analizó a la luz de la *lex artis*, sino de una interpretación sesgada y parcial que definitivamente podría repercutir en el derecho a la salud de la quejosa; como no hay elementos que lo confirmen, posiblemente la atención médica no fue efectiva al no atender la doctrina especializada y en consecuencia, es probable que tampoco haya sido segura ni oportuna por los daños que se causaron." (Pág. 78, párr. 1).

3. La Primera Sala ordenó al tribunal colegiado analizar de nueva cuenta el caudal probatorio a partir de los criterios establecidos en esta sentencia a fin de que se analicen las pruebas a partir de la doctrina especializada y, así, se permita conocer si los médicos tratantes "dieron un correcto seguimiento y ordenaron oportunamente los exámenes correspondientes, en atención a los factores de riesgo (sometimiento a un procedimiento de fecundación *in vitro*, concatenados con síntomas como sangrado y dolor leves), para descartar el embarazo heterotópico, de conformidad con la *lex artis*." (Pág. 79, párr. 1).

Asimismo, la Sala aclaró que "no desconoce lo complicado que resulta diagnosticar un embarazo heterotópico, lo cual en todo caso podría atenuar la responsabilidad del personal médico, pero no puede considerarse como una excusa para dejar de actuar como lo indican las buenas prácticas médicas; se insiste que lo complicado, las probabilidades de diagnóstico y la atención del personal médico deben juzgarse, pero no como se hizo, sino con la doctrina especializada que corresponde a las pacientes que previamente fueron sometidas a técnicas de reproducción asistida. [...] Aunado, no pasa desapercibido que si bien el tribunal colegiado advirtió la complicación para diagnosticar un embarazo ectópico antes de las seis semanas de gestación; la doctrina especializada que citó, refirió que el diagnóstico era posible a partir de la quinta semana; de ahí que, se deban analizar las consultas que se tuvieron a partir de ese momento de la gestación, para corroborar si en el expediente clínico consta que se llevaron a cabo los estudios correspondientes y que efectivamente se haya descartado la presencia de un embarazo heterotópico." (Pág. 80, párrs. 1 y 2).

Por último, se especificó que la emisión de una nueva resolución se debería realizar "tomando en cuenta los lineamientos fijados por esta Primera Sala; esto es, deberá: 1) precisar la doctrina especializada correspondiente; 2) valorar nuevamente el caudal probatorio con base en la doctrina especializada; 3) determinar si los médicos llevaron a cabo los

actos correspondientes para descartar el diagnóstico de embarazo heterotópico; 4) sólo después de esto, determinar si la atención médica fue de calidad para conocer si se vulneró o no el derecho a la salud de la actora." (Pág. 81, párr. 1).

3.4.3 *Lex artis médica, grados de especialización y peritajes*

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 28/2015, 1 de marzo de 2017⁵⁹

Responsabilidad médica: peritaje general y grados de especialización

Hechos del caso

Una persona acudió al servicio de urgencias de un hospital particular con dolores abdominales intensos. Después de realizarle estudios que no fueron concluyentes respecto de ningún padecimiento en particular, el especialista le recomendó a la paciente hacerle una laparoscopia. Durante la misma, el médico encontró el apéndice perforado al abrir el abdomen de la paciente. Durante su estancia en el hospital —a decir de la paciente—, se le prescribieron y aplicaron múltiples tratamientos e intervenciones médicas, incluyendo una laparoscopia fallida. La paciente consideró que la atención médica recibida fue negligente y que, a consecuencia de la falta de pericia del especialista que la atendió y los demás integrantes del personal hospitalario, sufrió una serie de afectaciones físicas y morales indebidas, por lo cual demandó por la vía civil la responsabilidad por mala praxis médica del hospital y del médico tratante.

Durante el juicio civil se presentaron dictámenes periciales, tanto de las partes, como del perito nombrado por el juez, para describir cómo se llevó a cabo el tratamiento médico. La sala de apelación condenó a los demandados y el hospital promovió un juicio de amparo en contra de esta decisión. El caso fue atraído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación porque se estimó que podían definirse criterios trascendentes para precisar, entre otras cuestiones, el grado de conocimientos científicos y técnicos requeridos para emitir un dictamen médico y definir el alcance y valor probatorio que se le debe otorgar al dictamen emitido por un médico general que no se encuentre especializado en la materia.

En sus argumentos contra la sentencia dictada por la Sala Civil, el hospital demandado expuso que hubo una valoración incorrecta de las pruebas periciales, porque, entre otras cosas, el dictamen pericial presentado por la paciente fue elaborado por un médico general que no cuenta con una especialidad ni con los conocimientos necesarios para emitir una opinión en su caso.

⁵⁹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

La Sala Civil responsable confirmó que era correcto darles valor probatorio a los dictámenes presentados por la paciente, porque las respuestas del experto se fundamentaron en el método científico, en la normatividad aplicable y en fuentes bibliográficas. En esta opinión pericial se concluyó que la paciente debió ser operada de inmediato, pero con un diagnóstico correcto de por medio, lo cual no ocurrió en este caso, teniendo diversas complicaciones en consecuencia. El perito tercero en discordia encontró que no se había realizado una historia clínica completa de la paciente, pero opinó que no había encontrado elementos para concluir que hubo una mala praxis por parte del médico y el hospital demandados. En cambio, no se reconoció valor probatorio al dictamen presentado por el perito del hospital, porque no respondió claramente al cuestionario en el cual se le pedía demostrar si se había actuado diligentemente para determinar el diagnóstico correspondiente y actuar en consecuencia.

Entre las cuestiones que resolvió la Suprema Corte de Justicia se estudió si fue correcta la apreciación de la autoridad jurisdiccional de otorgarle mayor valor probatorio al peritaje elaborado por un médico general que al de los médicos especialistas. En la sentencia se concluyó que el tribunal había valorado indebidamente los dictámenes periciales presentados por las partes y resolvió conceder el amparo al hospital.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Debe existir una correspondencia entre el campo de especialización de un perito y la materia sobre la cual debe emitir un dictamen? ¿Cuáles son las implicaciones de una mayor o menor correspondencia entre estos factores en el proceso de valoración probatoria que realiza un juzgador?
2. ¿Cómo deben definirse el alcance y el valor probatorio de un dictamen emitido por un médico general que no se encuentra especializado en la materia en un juicio por posible responsabilidad civil derivada de una mala praxis, frente a las opiniones periciales de médicos con un mayor grado de especialización?

Criterios de la Suprema Corte

1. Debe existir una correspondencia entre el campo de especialización del perito y la materia del dictamen, pues entre mayor sea dicha correspondencia es claro que su valor demostrativo resulta mayor. Es válido afirmar *prima facie* que entre mayor sea el grado de especialización del perito sobre el tema a dictaminar, es mayor el grado convictivo en el juzgador, pues ello permite suponer un mayor acercamiento entre la capacidad científica del perito y la materia de la prueba. Cuando el campo de conocimientos de un perito se vincula con la materia sobre la cual debe elaborar una prueba pericial, es necesario que se den dos condiciones para que ésta pueda ayudar al juez a formar su convicción. Primero,

el grado de proximidad entre ambas materias. Segundo, deberá atenderse al contenido del dictamen pericial porque entre menor sea la proximidad entre la materia sobre la cual versa y el área de especialización del perito, el examen de razonabilidad deberá ser más escrupuloso.

2. El valor probatorio de los dictámenes periciales en materia médica no está determinado necesariamente por la profesionalización de los peritos, sino por la idoneidad que la información científica le acerca al juez para formar su convicción en el caso concreto. El solo hecho de que un perito carezca de una especialización médica en determinada materia no implica en automático que deba desestimarse su dictamen pericial, sino que en todo caso la valoración que de ella se realiza debe ser más cuidadosa a efecto de analizar su razonabilidad y en función de ello su valor convictivo a partir de la idoneidad de la información rendida.

Justificación de los criterios

1. La Corte explicó que el objeto de la prueba pericial es que un experto en determinada ciencia, técnica o arte, aporte al juzgador conocimientos propios en la materia de la que es experto y de los que el juzgador carece, porque escapan al cúmulo de conocimientos que posee una persona de nivel cultural promedio, los cuales resultan esenciales para dirimir una controversia (pág. 68, párr. 2). Así, la Primera Sala ha entendido que debe existir una correspondencia entre el campo de especialización del perito y la materia del dictamen, pues entre mayor sea dicha correspondencia es claro que mayor resulta su valor demostrativo (pág. 68, párr. 3).

Así, como un criterio aplicable a las pruebas periciales en general y la prueba médica en particular, la Primera Sala estableció también que cuando el campo de conocimientos de un perito se vincula con la materia sobre la cual debe elaborar una prueba pericial, es necesario que se den dos condiciones para que ésta pueda ayudar al juez a formar su convicción. Primero, el grado de proximidad entre ambas materias. En segundo lugar, deberá atenderse al contenido estricto del dictamen pericial, de suerte que "[...] **entre menor sea esta proximidad deberá realizarse un examen más escrupuloso de razonabilidad.**" (Énfasis en el original) (pág. 68, párr. 4).

La Primera Sala estableció en esta sentencia que, en principio, "entre mayor sea el grado de especialización del perito sobre el tema a dictaminar mayor es el grado convictivo en el juzgador, pues ello permite suponer un mayor acercamiento entre la capacidad científica del perito y la materia de la prueba." (Pág. 70, párr. 2). Con todo, la Corte aclaró que "si bien la especialización como cualidad de los peritos, en principio conlleva la aportación de conocimientos de mayor calidad científica sobre algún tema específico, **ello no significa de ninguna manera que el juzgador deberá otorgarle en automático pleno valor pro-**

batorio al dictamen rendido por un especialista frente al rendido por alguien que no lo sea, ni tampoco que deba negarle cualquier valor convictivo al rendido por éste último." (Énfasis en el original) (pág. 70, párr. 3).

En esta línea de pensamiento en la sentencia se estableció que "entre menor sea la proximidad entre las materias deberá realizarse un examen más escrupuloso de razonabilidad, lo cual significa que el mayor número de credenciales de un perito no determina de forma indefectible el valor probatorio de la prueba, pues es necesario que además se realice el análisis del contenido mismo del dictamen a efecto de que el juzgador determine su valor convictivo en cada caso dependiendo de los méritos de su contenido." (pág. 71, párr.1).

Adicionalmente, la Corte sentó que "la mayor especialización como condición de un perito, **no implica en automático que su peritaje tendrá mayor peso probatorio frente al que no lo sea**, sino simplemente que este último al suponer un menor grado de proximidad con la materia objeto de la prueba requiere de un examen más escrupuloso de razonabilidad a efecto de verificar que la información brindada resulte útil e idónea para la resolución del caso." (Énfasis en el original) (pág. 71, párr. 2).

Aunque es cierto que la especialización del perito es un elemento importante de la prueba pericial porque le aporta al juez elementos como una mayor sensibilidad, especificidad y fiabilidad de los conocimientos científicos que podrá utilizar para formar su criterio, "[...] también concurren ciertos elementos que pueden resultar negativos para la solución de un determinado caso, pues el grado de precisión y el enfoque particularizado de los conocimientos puede provocar insuficiencia ante la necesidad de un panorama general del problema planteado o bien pobreza comprensiva derivada del excesivo tecnicismo o la complejidad terminológica." (Pág. 72, párr. 1).

2. La Primera Sala estableció que, *prima facie*, entre mayor sea el grado de especialización de un perito sobre el tema a dictaminar, mayor es el grado de convicción que puede generar en el juez porque es posible suponer que habrá un mayor acercamiento entre la capacidad científica del experto y la materia de la prueba (pág. 70, párr. 2). Aun así, la Corte advirtió en la sentencia que el solo hecho de que un perito carezca de una especialización médica en determinada materia no implica en automático que deba desestimarse su dictamen pericial, "[...] sino que en todo caso la valoración que de ella se realiza debe ser más cuidadosa a efecto de analizar su razonabilidad y en función de ello su valor convictivo a partir de la idoneidad de la información rendida." (Pág. 81, párr. 1).

Por esta razón, la Corte estimó que en el caso concreto, la Sala Civil debió explicar en su decisión si el hecho de que el perito ofrecido por la paciente fuera un médico general implicaba una mayor lejanía entre sus conocimientos científicos y la materia sobre la cual trataba la prueba pericial y, de ser así, por qué su opinión debía tomarse en cuenta en esa circunstancia (pág. 81, párr. 2). También se tuvo en cuenta en la sentencia que los

dictámenes periciales del médico del hospital y el tercero en discordia fueron coincidentes y que fueron elaborados por médicos con una mayor especialización que el perito de la paciente (pág. 82, párrs. 1 y 2). Para explicar esta decisión, la Primera Sala expuso que "era necesario que la Sala responsable señalara explícitamente las razones de por qué le otorgaba mayor valor probatorio al rendido por éste a pesar de que en principio se puede suponer que existe una menor acercamiento entre sus conocimientos y la materia del dictamen pericial, por lo que al no haberse hecho ello constituye un motivo suficiente para conceder el amparo y protección de la justicia federal." (Pág. 84, párr. 1).

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 117/2012, 28 de noviembre de 2012⁶⁰

Hechos del caso

A causa de un dolor constante en la zona lumbar, la señora D. acudió a un hospital en donde el médico LMZL le recetó algunos medicamentos y le ordenó que se realizara diversos estudios, de los cuales se diagnosticó proctosigmoiditis y de úlceras infecciosas; y, además, una hernia hiatal tipo I, de esófago de Barrett de segmento corto; gastritis, y una úlcera prepilórica. Más tarde, el mismo médico y el cirujano AGP, sugirieron a la misma paciente la necesidad de practicarle una hemicolectomía por laparoscopia, que es un procedimiento quirúrgico de invasión mínima que consiste en la remoción de la mitad del colon.

Cuando la señora D. fue internada para que se le practicara la intervención quirúrgica, en su nota de ingreso se indicó que la cirugía se practicaría debido a su enfermedad diverticular y colon redundante. La intervención se llevó a cabo sin complicaciones, pero en el diagnóstico postoperatorio se indicó que la intervención fue por sigmoides redundante. No obstante, después de la cirugía se practicó un estudio histopatológico (del tejido del colon extraído), en el que se concluyó que la paciente padecía de enfermedad diverticular no complicada en colon sigmoide.

A pesar de haberse practicado la cirugía, los padecimientos de la señora D no desaparecieron, por lo que acudió a otro hospital, en el que un médico gastroenterólogo, EMP, observó que la paciente presentaba datos de peritonitis localizada en el hemiabdomen inferior y datos de sepsis. Su estado de salud era grave, por lo que fue hospitalizada durante 14 días, hasta que se encontró fuera de peligro.

Meses después, la señora D presentó una queja ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) en contra de los médicos LMZL y APG, por actos médicos que pudieran

⁶⁰ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

entrañar mala práctica médica. En el laudo de la CONAMED, se demostró que los médicos demandados incurrieron en mala práctica, por negligencia, al no sustentar debidamente la necesidad de la cirugía efectuada a una paciente, y se les condenó a pagar los gastos médicos reclamados.

Inconformes con el laudo arbitral, los dos médicos promovieron un juicio de amparo, el cual les fue concedido para que se repusiera el procedimiento del laudo. La CONAMED emitió un nuevo laudo en el que condenó nuevamente a los médicos, el cual se fundó en el resumen clínico, en la literatura especializada y en el estudio del acto médico reclamado. Entre otras cuestiones, el laudo estableció que la enfermedad diverticular no complicada y la enfermedad diverticular complicada deben tratarse de manera distinta: mientras que para la diverticulosis no complicada no está indicado el tratamiento quirúrgico, el tratamiento quirúrgico sólo está reservado para el manejo de la enfermedad diverticular complicada. La CONAMED concluyó que quedó demostrado que los médicos demandados incurrieron en mala práctica, por negligencia, al no sustentar debidamente la necesidad de la cirugía efectuada a la paciente. Inconformes, de nuevo, los médicos interpusieron una demanda de amparo.

El juez de distrito que conoció del caso negó el amparo a los médicos al considerar que toda práctica en los hospitales privados dirigida a privilegiar, directa o indirectamente, dolosa o imprudencialmente, el lucro empresarial o personal de los médicos, mediante cirugías innecesarias e injustificadas es contraria a los derechos humanos a la integridad personal y a la salud de los pacientes. Lo que actualiza mala praxis médica, así como la obligación de pago de daños y perjuicios e inclusive, en su caso, una conducta delictuosa.

En contra de la resolución, los médicos interpusieron un recurso de revisión. El cual atrajo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al reasumir su competencia originaria. La Primera Sala analizó el acto médico bajo el estándar de duda razonable sobre la mejor decisión posible a la luz de la *lex artis ad hoc*, para verificar si se probó una negligencia por parte de los médicos que actualizara una mala praxis médica. En su decisión, la Sala confirmó la sentencia reclamada en el sentido de que toda práctica en los centros de salud privados dirigida a privilegiar, directa o indirectamente, dolosa o imprudencialmente, el lucro empresarial o personal de los médicos mediante cirugías innecesarias e injustificadas es contraria a los derechos humanos, lo que actualizó mala praxis médica, así como la obligación del pago de daños y perjuicios.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Cómo debe de analizarse el acto médico en casos de mal praxis médica y bajo qué tipo de estándar probatorio?

1. ¿Cómo debe de analizarse el acto médico en casos de mal praxis médica y bajo qué tipo de estándar probatorio?

2. ¿Las y los juzgadores están obligados a sujetar sus decisiones en las controversias de mal praxis médica al contenido de las guías o protocolos de práctica clínica? En caso contrario, ¿las guías de práctica clínica pueden utilizarse para motivar una decisión judicial en la que se determine la actualización de mala praxis médica, junto con la obligación de pago de daños y perjuicios?

3. En atención al alcance de la protección de los derechos humanos, a la integridad personal y a la salud de los pacientes en centros de salud privados, ¿cómo debe probarse la negligencia por parte de los médicos para acreditar la mal praxis en el acto médico?

Criterios de la Suprema Corte

1. En la práctica médica, los médicos asumen la obligación de adecuar su actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica. Esta obligación se cumple cuando en el acto médico se desarrollan o despliegan el conjunto de curas y atenciones, en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal. Por esta razón y tomando en consideración que el acto médico no puede analizarse de manera separada, sino de manera sistemática o conjunta, la existencia de mal praxis médica está sujeta al análisis de la toma de decisiones en todas las etapas que forman el acto médico bajo el estándar de duda razonable sobre la mejor decisión posible. Por tanto, para acreditar la mal praxis médica, las y los juzgadores deben responder la siguiente pregunta: ¿dentro de toda la gama de posibilidades, dadas las circunstancias del caso y el estado de la ciencia médica, la decisión tomada fue la mejor posible?

2. En el curso del acto médico se efectúan una diversidad de elecciones alternativas, las guías de práctica clínica sirven precisamente para ayudar a los profesionales y a los pacientes en la toma de decisiones sobre la atención sanitaria más apropiada, seleccionando las opciones diagnósticas o terapéuticas más adecuadas en el abordaje de un problema de salud o una condición clínica específica, de acuerdo con el estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, como lo son la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas. Desde una perspectiva jurídica, los protocolos otorgan al médico cierto amparo a la hora de justificar su actuación especialmente ante las reclamaciones de que puede ser objeto, este apoyo será mayor cuando estén avalados por las sociedades científicas de su especialidad.

Los protocolos, como evidencia científica en el procedimiento judicial, ostentan un enorme valor orientativo para el juez, aun cuando no le vincula, ni le obliga a su aplicación forzosa. Los titulares de los órganos jurisdiccionales, al no ser expertos en las ciencias médicas, pueden válidamente utilizar las guías de práctica clínica como un criterio orientador para fundar y motivar una decisión judicial, porque ésta se considera como una forma de alle-

En la práctica médica, los médicos asumen la obligación de adecuar su actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica. Por tanto, para acreditar la mal praxis médica, las y los juzgadores deben responder la siguiente pregunta: ¿dentro de toda la gama de posibilidades, dadas las circunstancias del caso y el estado de la ciencia médica, la decisión tomada fue la mejor posible?

garse de los medios necesarios para emitir una resolución adecuada conforme al estado actual de la ciencia médica.

3. En el contexto de la protección de los derechos humanos a la integridad personal y a la salud de los pacientes, toda práctica en los centros de salud privados que esté dirigida a privilegiar el lucro empresarial o personal de los médicos mediante cirugías innecesarias e injustificadas actualiza la mala praxis médica, así como la obligación de pago de daños y perjuicios. La negligencia por parte de los médicos y, por consecuencia, la actualización de mala praxis en el acto médico puede probarse de tres formas.

En primer lugar, *por la puesta en riesgo de la integridad de la paciente por un diagnóstico equivocado*. La cual se puede probar cuando, en la emisión de un diagnóstico, el médico no se sirvió en el momento oportuno de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica de la medicina. Puesto que se deben realizar todos los estudios necesarios para determinar un diagnóstico de manera diligente y acorde con la *lex artis ad hoc*.

En segundo lugar, *por la puesta en riesgo de la vida de la paciente*. La cual puede acreditarse cuando se demuestra que el tratamiento no era el indicado para el caso en concreto. Como en este caso, en el que se probó a través del uso de literatura especializada y de las guías de práctica clínica correspondiente que los médicos no debieron haber practicado cirugía alguna a la paciente.

En tercer lugar, *la práctica de un procedimiento quirúrgico que por su negligencia hace perder la oportunidad de la paciente de evitar un daño*. La cual puede acreditarse por dos formas: i) una es por medio de una debida valoración entre el material probatorio y la guía de clínica práctica aplicable al caso concreto; y ii) otra (que es la que primordialmente actualiza la negligencia médica) es la puesta en riesgo de la vida de la paciente de manera injustificada, pues, el simple hecho de que los médicos expongan a sus pacientes a un riesgo innecesario, como lo es la práctica de cualquier procedimiento quirúrgico, debe considerarse como una pérdida de oportunidad de evitar un daño, lo cual es suficiente para determinar la mala praxis médica.

Justificación de los criterios

1. La Primera Sala estableció que en la práctica médica se asume "una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica". Esto es así porque los médicos no garantizan "la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas conforme a estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso". Por esta razón, sólo puede entenderse que los médicos cumplen con su obligación cuando desarrollan o despliegan "el conjunto de curas y atenciones, en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal." (pág. 36, párr. 1 y 2).

En relación con lo anterior, al considerar que "el **acto médico** se divide en distintas etapas o fases" —a saber la fase diagnóstica la fase terapéutica y la fase recuperatoria—, la Primera Sala estableció que "para determinar la existencia de mala práctica médica, el acto médico no debe ser analizado de manera separada, sino que debe hacerse de manera conjunta, pues cada una de las fases que lo componen se encuentran estrechamente vinculadas", en tanto que todas las etapas que forman el acto médico, como un conjunto inseparable, siguen una secuencia en el tiempo. Pues, "sin un diagnóstico no se puede determinar un tratamiento y sin la aplicación de un tratamiento no se puede hablar de una fase recuperatoria." (Pág. 36, párr. 3; párr. 37, párr. 1).

Ahora bien, en el entendido de que la práctica médica implica la adopción continua de "decisiones trascendentes para la vida humana. En el curso del acto médico deben efectuarse una serie de elecciones alternativas, desde el momento en que se precisa indicar las exploraciones necesarias para llegar a un diagnóstico hasta el de prescribir una concreta terapia, y todo ello en el ámbito de la duda razonable sobre **la mejor decisión posible**. [...] Por lo tanto, después de analizar de manera sistemática el acto médico, para determinar la existencia de mal praxis médica, la pregunta que debe formularse el juzgador es la siguiente: ¿dentro de toda la gama de posibilidades, dadas las circunstancias del caso y el estado de la ciencia médica, la decisión tomada fue la mejor posible?" (Pág. 37, párrs. 2 y 3).

Con base en este criterio, la Sala determinó que el acto médico no puede analizarse únicamente atendiendo a una de las fases que lo conforman y, por consecuencia, que no es posible afirmar que una decisión médica —en este caso, la consistente en practicar una cirugía— fue la mejor posible, si no se toman "en consideración las circunstancias especiales del caso y del acto médico analizado en conjunto" (pág. 37, párr. 4).

2. En este caso, el juez de distrito consideró que el laudo reclamado estaba debidamente fundado y motivado en la literatura especializada, a partir de las fuentes consultadas que se encontraban citadas en la bibliografía de la resolución. No obstante, el juzgador también "advirtió la existencia de una guía de práctica clínica aplicable al caso concreto, la cual es congruente con el laudo emitido por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico" (pág. 38, párr. 4). Sobre la calidad de las guías de práctica clínica, como una pieza de evidencia en el procedimiento judicial, la Sala concordó con el juez de distrito respecto a que "las guías de práctica clínica son "un conjunto de recomendaciones desarrolladas de forma sistemática para ayudar a los profesionales y a los pacientes en la toma de decisiones sobre la atención sanitaria más apropiada, seleccionando las opciones diagnósticas y/o terapéuticas más adecuadas en el abordaje de un problema de salud o una condición clínica específica". (Pág. 38, párr. 3).

Adicionalmente, la Sala consideró que las "guías o protocolos médicos responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia, sin que constituyan verdades absolutas, universales, únicas y obligatorias en su cumplimiento, pero permiten habitualmente definir lo que se considera, en ese estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, fijando por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, lo que equivale a *positivizar* o codificar la *lex artis*." (Pág. 38, párr. 5).

Si bien, **"estas guías o protocolos no limitan la libertad prescriptiva del médico en su toma de decisiones**, por cuanto un buen protocolo es flexible y dinámico, siendo susceptible de modificación", la Sala estableció que los médicos pueden válidamente apartarse de aquellos si consideran, "según su experiencia, que el resultado buscado exige otra terapia y su actuación se halle fundada científicamente, aunque en estos casos, ante una hipotética reclamación, la justificación del médico que se desvíe de su contenido deberá ser más rigurosa y exhaustiva." (Pág. 39, párr. 1).

La protocolización del diagnóstico y la terapéutica médicas deben entenderse como la materialización de "las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales con el fin de mejorar la calidad y eficacia de la actuación médica". Para la toma de decisiones en el ejercicio médico, las guías y protocolos médicos sirven en tanto que "[c]on los protocolos tal decisión ya fue tomada durante su elaboración, por lo que se transforma la opción en una certidumbre convenida". Pero, también "deben servir para reducir la variación innecesaria en las pautas de atención sanitaria, con lo que se facilita la toma de decisiones". La mayoría de los protocolos elaborados por sociedades científicas son **mínimos**, pues sólo tienen la finalidad de guiar –aunque sea de una forma básica– la actuación diaria del médico en cualquier ámbito o medio, que cuente con el material suficiente de medios personales y materiales (págs. 39, párr. 2 y 40, párr. 1).

Para la Suprema Corte, jurídicamente, los protocolos otorgan al médico cierto amparo a la hora de justificar su actuación, especialmente ante las reclamaciones de que puede ser objeto; en tal forma que una actuación médica ajustada a los protocolos propios de la especialidad constituye un elemento muy importante para su defensa. Por esta razón, como evidencia científica en el procedimiento judicial, ostentan un enorme valor orientativo para el juez, aun cuando no le vincula, ni le obliga a su aplicación forzosa.

A partir de lo anterior, la Sala estableció que jurídicamente **"los protocolos otorgan al médico cierto amparo a la hora de justificar su actuación, especialmente ante las reclamaciones de que puede ser objeto; en tal forma que una actuación médica ajustada a los protocolos propios de la especialidad constituye un elemento muy importante para su defensa"**, además cuando estén avalados por las sociedades científicas de su especialidad, este apoyo será mayor. Por esta razón, la Sala determinó que los protocolos, como evidencia científica en el procedimiento judicial, ostentan **"un enorme valor orientativo para el juez, aun cuando no le vincula, ni le obliga a su aplicación forzosa."** (Pág. 40, párr. 3).

Bajo estas deliberaciones, la Sala consideró que la decisión del juez de distrito fue correcta porque, como órgano jurisdiccional, "al no ser un experto en la materia, como si lo es la

Comisión Nacional de Arbitraje Médico, utilizó la guía referida como un criterio orientador y [...] solamente se allegó de los medios necesarios para emitir una resolución adecuada al estado actual de la ciencia médica." (Pág. 41, ár.. 1).

3. La Sala aclaró que en esta controversia lo que estaba sujeto a prueba era la negligencia por parte de los médicos y, consecuentemente, la actualización de mala praxis en el acto médico. Para la Sala, lo anterior quedó demostrado de tres formas: i) por la puesta en riesgo de la integridad de la paciente por diagnóstico equivocado; ii) por la puesta en riesgo de la vida de la paciente; y iii) por la práctica de un procedimiento quirúrgico que por su negligencia hace perder la oportunidad de la paciente de evitar un daño.

En primer lugar, la puesta en riesgo de la integridad de la paciente por diagnóstico equivocado quedó demostrada en este caso cuando por un lado "[e]n el expediente quedó establecida la existencia de una **multiplicidad de diagnósticos**"; y, por otro lado, cuando por la falta de consistencia de los médicos en la fase diagnóstica —"y que a pesar de lo anterior, sugirieron a la paciente que el tratamiento indicado para aliviar sus dolencias consistía en practicarle una cirugía"— y sin que éstos justificaran la necesidad de la intervención quirúrgica, "los médicos libremente le practicaron la cirugía." (Pág. 41, párr. 5).

Adicionalmente, para la exigencia de responsabilidad por un diagnóstico equivocado "ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica, para emitir el diagnóstico. La actividad diagnóstica comporta riesgos de error que pueden mantenerse en ciertos casos dentro de los límites de lo tolerable, sin embargo, existe responsabilidad si para la emisión del diagnóstico el médico no se sirvió, en el momento oportuno, de todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica de la medicina." (Pág. 42, párr. 1).

En este caso, ya que los médicos "no realizaron los estudios necesarios para determinar un diagnóstico de manera diligente y acorde con la *lex artis ad hoc*, por tanto, su actitud fue negligente y constituyó mal praxis médica". Sin embargo, aunque éstos alegaron "la existencia de un examen denominado *Colo-Tac*, el cual supuestamente constituye la prueba de que la cirugía estuvo plenamente justificada y sustentada, [...] como bien lo advirtió la sentencia del Juez de Distrito, dicho estudio no se anexó al expediente". Se debe de considerar que la falta estudios en la historia clínica de la paciente genera "una presunción en contra de quienes debieron realizarla, en este caso en contra de los médicos que trataron a la paciente, pues tal ausencia y omisión no puede sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica y no al paciente en atención a que la situación de inferioridad en que se encuentra frente al personal médico." (Pág. 42, párr. 2).

En segundo lugar, la puesta en riesgo de la vida de la paciente se acreditó en este caso cuando quedó demostrado que los médicos no debieron haber practicado cirugía alguna a la paciente. Para la Sala, la negligencia con la que actuaron los médicos quedó probada porque "la literatura especializada y la guía de práctica clínica son concluyentes al afirmar que la cirugía no era el tratamiento indicado para el caso concreto." (Pág. 43, párr. 1).

En tercer lugar, para la Sala, la práctica de un procedimiento quirúrgico que (por negligencia médica) hace perder la oportunidad de la paciente de evitar un daño se acreditó a través de una debida valoración del laudo reclamado y la guía de clínica práctica aplicable al caso concreto. Pues, mientras en el laudo y en la guía se señala que "la colitis crónica, padecimiento de la paciente, debía tratarse médicamente mediante dieta y medicamentos específicos y no mediante cirugía", los médicos determinaron que su condición ameritaba un procedimiento quirúrgico (pág. 43, párrs. 2 y 3). Sin embargo, lo que denota primordialmente la negligencia médica —además de que la cirugía no era el tratamiento indicado— es la puesta en riesgo de la vida de la paciente de manera injustificada. Esto es así porque la puesta en peligro de un bien como lo es la vida, evidentemente, no es cosa menor. De ahí que se "considera que el simple hecho de que los médicos hayan expuesto a la paciente y ahora tercer perjudicada (*sic*) a un riesgo innecesario, como lo es la práctica de cualquier procedimiento quirúrgico, haciéndole perder por su negligencia la oportunidad de evitar un daño, es suficiente para determinar la mal praxis médica." (Pág. 43, párr. 4).

A partir de estas consideraciones, al igual que el juez de distrito, la Primera Sala concluyó que —en atención a la obligación de respeto al derecho a la salud que tienen todos los hospitales privados y su personal médico— "toda práctica en los centros de salud privados que esté dirigida a privilegiar, directa o indirectamente, dolosa o imprudencialmente, el lucro empresarial o personal de los médicos mediante cirugías innecesarias e injustificadas es contraria a los derechos humanos a la integridad personal y a la salud de los pacientes, lo que actualiza mala praxis médica, así como la obligación de pago de daños y perjuicios." (Pág. 44, párr. 1).

SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 93/2011, 26 de octubre de 2011⁶¹

Responsabilidad médica: carga de la prueba, lex artis y aplicación de anestesia

Hechos del caso

La Suprema Corte de Justicia recibió una denuncia de contradicción de tesis entre los criterios emitidos por distintos tribunales colegiados en casos que involucraban determinar

⁶¹ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

el tipo de responsabilidad médica que se genera por los daños ocasionados a un paciente como consecuencia del uso de anestesia. Los casos que originaron los criterios en contradicción son los siguientes:

1) Dos personas demandaron la reparación del daño moral causado por la administración negligente de anestesia que le provocó la muerte a un menor derivada de la hipoxemia. En un juicio de amparo el Tribunal Colegiado responsable resolvió a favor del demandado al considerar que la anestesia empleada en una cirugía no justifica la aplicación de la teoría del riesgo creado porque es consecuencia del contrato celebrado entre las partes en el cual el paciente conoce y acepta los riesgos de la sustancia. Así, la anestesia no es en sí misma una sustancia peligrosa que dé origen a responsabilidad objetiva, sino contractual.

2) Los padres de una menor también demandaron la indemnización de los daños causados por el uso de anestesia que provocó el estado de incapacidad a su hija derivado de hipoxia. Al resolver el juicio de amparo, el Tribunal Colegiado en este caso determinó que la anestesia es peligrosa por el riesgo que origina su funcionamiento, por lo cual genera responsabilidad de tipo objetiva por el uso de una sustancia peligrosa.

Al resolver este caso la Suprema Corte determinó que los asuntos efectivamente presentaban una contradicción de criterios en torno a la siguiente pregunta: ¿cuál es el tipo de responsabilidad que generan los daños ocasionados por el uso negligente de anestesia?

La Primera Sala resolvió en los dos casos que originaron la contradicción de tesis que el daño ocasionado por el uso negligente de la anestesia genera una responsabilidad extracontractual, que es además de naturaleza subjetiva. Se estableció también que corresponde al médico anestesiólogo probar que actuó con la diligencia debida conforme a las normas y la *lex artis ad hoc* de la profesión.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. Habiendo precisado que la responsabilidad médica y la aplicación de la anestesia son de naturaleza extracontractual y subjetiva, ¿cuáles son los estándares que determinan el nivel de diligencia que debe adoptarse en el ejercicio de la profesión médica, en particular cuando se suministra anestesia en un procedimiento quirúrgico?

2. En el contexto de la responsabilidad extracontractual que se genera como consecuencia de los daños causados por una actuación negligente de los profesionales médico-sanitarios y tomando en cuenta los riesgos aparejados en la ciencia médica, en general, y la aplicación de la anestesia, en particular, ¿debe probarse un elemento de culpa o negligencia para que proceda una indemnización?

3. En atención al derecho de las víctimas a la indemnización y a los principios de facilidad y proximidad probatoria, ¿a quién corresponde la carga de la prueba para demostrar que sí existió una actuación negligente de los profesionistas médicos al llevar a cabo un suministro de anestesia?

Criterios de la Suprema Corte

1. La responsabilidad de los profesionales médico-sanitarios va más allá de los deberes contenidos o derivados de una relación contractual con el paciente, ya que éstos están obligados a actuar de acuerdo con los estándares de su profesión. Tales requerimientos pueden provenir tanto de las disposiciones reglamentarias aplicables (Normas Oficiales Mexicanas), como de la *lex artis ad hoc* o, simplemente, de la *lex artis* de su profesión. El tipo de responsabilidad que resulta de los daños causados por los profesionales médico-sanitarios depende del cumplimiento o incumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica en el momento del desempeño de sus actividades.

2. La responsabilidad médico-sanitaria es subjetiva y debe probarse un elemento de culpa o actuación negligente para que exista un deber de indemnización. Lo anterior debido a que la obligación de los profesionales médicos es de medios y no de resultados. Es decir, que los médicos deben hacer todo lo que esté a su alcance para lograr la recuperación de un paciente enfermo según las exigencias de la *lex artis*. La práctica de la ciencia médica trae aparejados ciertos riesgos que no siempre pueden evitarse y confluyen demasiados elementos aleatorios para que pueda establecerse una responsabilidad objetiva.

3. Aunque en el caso de la actuación negligente de los médicos en el suministro de anestesia es necesario probar el elemento subjetivo de la conducta —en atención al derecho de indemnización de las víctimas, así como a los principios de facilidad y proximidad probatoria—, la carga de la prueba recae en los médicos o las instituciones médicas para demostrar que en cada una de las etapas que comprende el procedimiento anestésico siguieron el deber de diligencia que exige la *lex artis*. La inversión de la carga de la prueba no obliga a los médicos a demostrar la relación de causalidad entre su conducta y el daño, sino únicamente entre el elemento subjetivo de la responsabilidad y el nivel de diligencia aplicado conforme a la *lex artis* de su profesión.

Justificación de los criterios

1. La Primera Sala de la Corte estableció que, independientemente de cómo se origine la relación entre un paciente, la responsabilidad médico-sanitaria no puede regirse solamente por las reglas aplicables al incumplimiento de los contratos tácitos o expresos que puedan existir entre las partes, sino que pueden coexistir responsabilidades de naturaleza contractual y extracontractual (pág. 17, párr. 2). En otras palabras, "[...] la responsabilidad de

los profesionales médico-sanitarios va más allá de los deberes contenidos o derivados de la relación contractual, ya que están obligados a actuar de acuerdo a los estándares de su profesión. Tales requerimientos pueden provenir tanto de disposiciones reglamentarias (Normas Oficiales Mexicanas), como de *la lex artis ad hoc* o, simplemente de la *lex artis* de su profesión." (Pág. 18, párr. 1). Por lo anterior, la determinación del tipo de responsabilidad que resulta de los daños causados por los profesionales médico-sanitarios depende del cumplimiento o incumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica en el momento del desempeño de sus actividades (pág.18, párr. 2).

Para proteger los derechos a la salud y la integridad física de los pacientes, como lo requieren la Ley General de Salud y la Norma Oficial Mexicana NOM-170-SSA1-1998, para la práctica de la anestesiología (en adelante la NOM-170), debe buscarse su consentimiento informado para decidir libremente sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos ofrecidos y asumir los riesgos que ello conlleva (pág. 21, párr. 1). Sin embargo, el consentimiento informado del paciente no excluye la responsabilidad médica cuando exista una actuación negligente de los médicos o instituciones de salud involucrados. Los daños que se causen a un paciente que decide someterse a un evento quirúrgico cuando no son derivados del riesgo inherente a los procedimientos médicos, sino causados por una actuación negligente de los profesionistas médicos, quedan fuera del ámbito contractual de la responsabilidad civil (pág. 24, párr. 1).

Como consecuencia, "[...] aun si el paciente acepta el uso de la anestesia, pero se determina que existió un suministro negligente de [anestesia] se actualiza una responsabilidad extracontractual, ya que dichos daños no pueden ser aceptados mediante un contrato de prestación de servicios entre el médico y el paciente, al tratarse de bienes jurídicos indisponibles, como la salud, integridad física o la vida misma" (pág. 24, párr. 2).

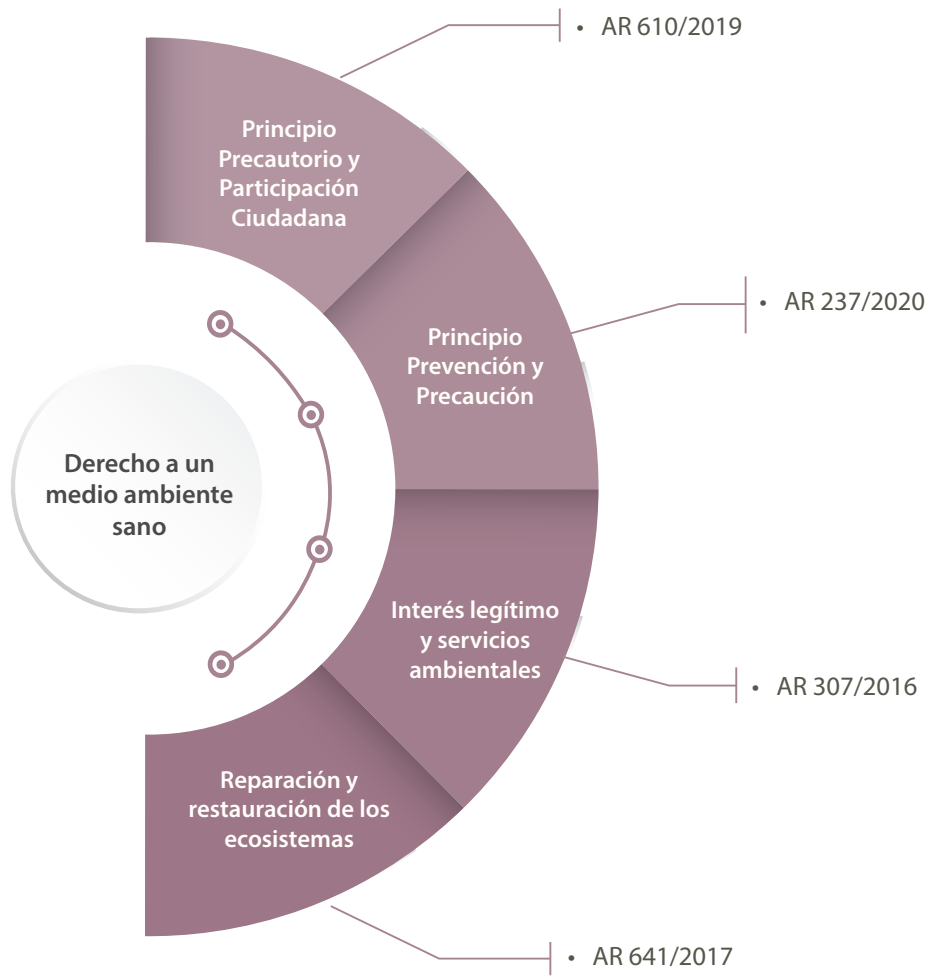
2. Después de precisar que los daños causados por una actuación negligente de los profesionales médico-sanitarios generan una responsabilidad extracontractual, la Corte abordó si debe probarse la culpa o negligencia, es decir, si es de carácter subjetivo. En la sentencia se explica que la doctrina especializada y varios tribunales en el derecho comparado se inclinan más a resolver que la responsabilidad médico-sanitaria es subjetiva y debe probarse un elemento de culpa o actuación negligente para que exista un deber de indemnización (pág. 27, párr. 1). También hay consenso en la idea de que la obligación de los profesionales médicos es de medios y no de resultados. Es decir que los médicos deben hacer todo lo que esté a su alcance para lograr la recuperación de un paciente enfermo según las exigencias de la *lex artis* (pág. 27, párr. 2). La Primera Sala razonó que la práctica de la ciencia médica trae aparejados ciertos riesgos que no siempre pueden evitarse (pág. 27, párr. 3) y confluyen demasiados elementos aleatorios para que pueda establecerse una responsabilidad objetiva (pág. 28, párr. 1).

Asimismo, al establecerse el aporte que representa la anestesia para la ciencia y el beneficio social, la Corte decidió que "[...] para responsabilizar a los profesionales médicos o a las instituciones que participan en el proceso anestésico, debe quedar acreditado que la administración de la anestesia fue realizada con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para los mismos —*lex artis ad hoc*—" (Pág. 29, párr. 2). En este contexto, el deber de indemnización del médico dependerá de dos factores. Por un lado, si la aplicación de la anestesia se realizó conforme a la NOM-170 y, por el otro, si se observó el deber de diligencia que exige la profesión médica (pág. 29, párr. 3).

3. La Corte determinó también que en atención al derecho de indemnización de las víctimas, la carga de la prueba para demostrar que en cada una de las etapas que comprende el procedimiento anestésico se siguió el deber de diligencia que exige la *lex artis*, recae en los médicos o las instituciones médicas (pág. 30, párr. 3). Esta determinación de la Primera Sala responde también a los principios de facilidad y proximidad probatoria, toda vez que la carga de la prueba corresponde a la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor coste para que pueda ser valorada por el juez (pág. 31, párr. 2). En palabras de la Corte: "[...] los profesionales médicos y/o las instituciones de salud pueden acceder con mayor facilidad a los medios de prueba para demostrar su actuar diligente. Por un lado, tienen los conocimientos necesarios para determinar qué información puede ser relevante en el proceso y, por otro, pueden acceder a dichos medios de prueba con mayor libertad que la persona afectada" (pág. 32, párr 1).

Finalmente, la sentencia explica que, en estos casos, la inversión de la carga de la prueba no obliga a los médicos a demostrar que su actuación al aplicar la anestesia no causó un daño. La inversión de la carga de la prueba "no abarca otros elementos de la responsabilidad como la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el daño, sino que exclusivamente se limita al elemento subjetivo de la responsabilidad." (Pág. 33, párr. 3).

4. Derecho a un medio ambiente sano



4. Derecho a un medio ambiente sano

4.1 Principio precautorio, participación ciudadana y modificación de normas oficiales mexicanas que regulan cuestiones relacionadas con el derecho humano a un medio ambiente sano

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 610/2019, 15 de enero de 2020⁶²

Desregulación del etanol en las gasolinas, principio precautorio y derecho a un medio ambiente sano

Hechos del caso

La Comisión Reguladora de Energía (CRE) expidió el "Acuerdo de la Comisión Reguladora de Energía que modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-016-CRE-2016, Especificaciones de calidad de los petrolíferos, con fundamento en el artículo 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización" (en adelante el Acuerdo),⁶³ a través del cual, entre otras cosas, se incrementó como parámetro permitido de oxígeno adicionado hasta 10% en volumen de etanol en las gasolinas Regular y Premium fuera de las zonas metropolitanas del Valle de México, Guadalajara y Monterrey.⁶⁴

Un habitante del Valle de México interpuso una demanda de amparo en contra del Acuerdo y el proceso mediante el cual se llevó a cabo la modificación de la NOM-016-CRE-2016.

⁶² Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

⁶³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de junio de 2017.

⁶⁴ Modificación a la observación cinco relativa a la tabla de especificaciones de presión de vapor y temperaturas de destilación, así como las observaciones cuatro y siete vinculadas con la tabla de especificaciones adicionales de gasolina por región.

El juicio se sobreseyó y el solicitante del amparo interpuso un recurso de revisión que resolvió la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia.

Los argumentos planteados en el recurso de revisión giraron alrededor de tres temas principales. Primero, la inconstitucionalidad del artículo 51, segundo párrafo, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (LFMN),⁶⁵ que al permitir la modificación de normas oficiales mexicanas unilateralmente por parte de las autoridades, viola el derecho humano a un medio ambiente sano, en relación con el derecho de participación ciudadana en materia ambiental.

En segundo lugar expresó que el procedimiento mediante el cual se llevó a cabo la modificación de la NOM-016-CRE fue inconstitucional, porque no hay una correlación entre las consideraciones de riesgos ambientales y sanitarios que motivaron la regulación original de las gasolinas y las razones económicas que se esgrimieron por la CRE para justificar su modificación, utilizando como fundamento la excepción del artículo 51 de la LFMN que permite omitir el proceso de participación pública. Finalmente, manifestó que el Acuerdo viola el 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, contraviene las obligaciones internacionales y legislativas del Estado mexicano para enfrentar el cambio climático.

La Suprema Corte negó el amparo al quejoso respecto de la inconstitucionalidad del artículo 51 de la LFMN, y lo otorgó en relación con el Acuerdo que modificó la NOM-016-CRE. La sentencia estableció que sus efectos deben concretarse más allá de la esfera jurídica del solicitante del amparo, como una consecuencia necesaria de la declaración de inconstitucionalidad general del Acuerdo referido.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Cómo debe interpretarse el principio de precaución para que proceda adoptar medidas en favor de la protección del medio ambiente y la salud pública y cuál es el estándar probatorio?

⁶⁵ **Artículo 51.-** Para la modificación de las normas oficiales mexicanas deberá cumplirse con el procedimiento para su elaboración.

Cuando no subsistan las causas que motivaron la expedición de una norma oficial mexicana, las dependencias competentes, a iniciativa propia o a solicitud de la Comisión Nacional de Normalización, de la Secretaría o de los miembros del comité consultivo nacional de normalización correspondiente, podrán modificar o cancelar la norma de que se trate sin seguir el procedimiento para su elaboración.

Criterio de la Suprema Corte

A la luz del principio de precaución reconocido en diversos instrumentos internacionales, para que proceda actuar en favor de la protección al medio ambiente y a la salud pública, basta con un principio de prueba. Este principio 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.

Justificación del criterio

Junto con el cambio de paradigma que implica el concepto de desarrollo sustentable (pág. 20, párr. 2) y con el fin de evitar de manera más oportuna y eficaz los daños ambientales, diversos tratados internacionales han reconocido el principio de precaución conforme al cual, para que proceda la protección al medio ambiente y a la salud pública, basta con un principio de prueba (pág. 21, párr. 2).

Después de analizar cómo se ha formulado este principio en instrumentos como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad en la Biotecnología, la Segunda Sala concluyó que **"ha experimentado una consolidación progresiva en el Derecho internacional del medio ambiente que lo ha convertido en un verdadero principio de derecho internacional de alcance general."** (Énfasis en el original) (pág. 22, párr. 3).

En cuanto a su aplicación empírica la Suprema Corte estableció además que "se ha erigido como un valioso principio jurídico 'para atender las amenazas de daños importantes o irreversibles, así como sus consecuencias adversas, en aquellos casos en que la ausencia de una absoluta certeza científica podría impedir la adopción de acciones o medidas protectoras al ambiente o la salud del ser humano.'" (Pág. 22, párr. 3). Esto es relevante porque existen pocos asuntos sociales que dependan tanto de la existencia de información y validación científica como los asuntos ambientales, por lo anterior, en esa 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." (Pág. 23, párr. 1).

4.2 Derecho a un medio ambiente sano y principios de prevención y precaución (construcción y operación de un relleno sanitario)

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 237/2020, 14 de abril de 2021⁶⁶

Hechos del caso

En agosto de 2006, el gobierno del Estado de México permitió al Ayuntamiento de Xonacatlán concesionar la construcción y operación de un sitio para la disposición final de residuos sólidos urbanos y de manejo especial por un plazo de 15 años. La licitación fue otorgada a la empresa GC S. A. de C. V. En julio de 2007 el secretario de Medio Ambiente del Estado de México emitió una resolución de impacto ambiental en la cual autorizó la construcción del relleno sanitario en las instalaciones de la mina Paulina, paraje Los Gavi-lanes, en la comunidad de San Miguel Mimiapan, municipio de Xonacatlán, Estado de México.

Un grupo de personas de la comunidad vecina representadas por la señora CLE presentaron una demanda de amparo en contra de ese acto de autoridad. El juicio se sobreesió al considerarse que los solicitantes no tenían un interés legítimo. CLE y las demás personas promovieron entonces un recurso de revisión. El tribunal colegiado que conoció el recurso revocó el sobreesimiento y ordenó la reposición del procedimiento porque el juez de distrito no había tomado en consideración que los solicitantes del amparo pertenecían a la comunidad otomí y no fueron asistidos por un defensor intérprete que conociera su lengua y cultura. El juez de distrito se declaró impedido para resolver y turnó el asunto a otro juzgador federal, quien otorgó el amparo a CLE, al estimar que se habían vulnerado sus derechos a un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, así como al disfrute de la biodiversidad. Esto porque se permitió que se estableciera un relleno sanitario en el poblado de San Miguel Mimiapan, municipio de Xonacatlán, Estado de México, el cual colinda con un arroyo natural y con las casas habitación que se encuentran en el barrio denominado Mesones, sin que mediara una distancia de 500 metros, como lo requiere la normatividad aplicable.

El secretario de Medio Ambiente del Estado de México y la empresa GC interpusieron una demanda de amparo directo insistiendo en que CLE y las demás personas no tenían un interés jurídico o legítimo para acudir al amparo, ya que no habían demostrado ser pertenecientes a una comunidad indígena. Sostuvieron también que no se aplicaban a este caso las disposiciones de la Norma Oficial Mexicana NOM-083-SEMARNAT-2003 que regula

⁶⁶ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek.

las especificaciones para la construcción y operación de los sitios para la disposición final de residuos sólidos y de manejo especial, porque las casas habitación que existían alrededor del relleno sanitario —donde viven CLE y sus representados— son asentamientos irregulares y porque el río Zolotepec es un cuerpo de aguas residuales, contaminado desde hace mucho.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia ejerció su facultad de atracción para conocer este caso y resolvió que la autorización en materia de impacto ambiental había transgredido las disposiciones técnicas relativas a la disposición final de residuos sólidos urbanos y de manejo especial, porque el relleno sanitario operaba a una distancia indebida de la localidad en donde viven las personas solicitantes del amparo, así como del río Zolotepec, por lo cual se afectaron los derechos a un medio ambiente sano y a la salud de las personas de la comunidad. En la sentencia se ordenó la realización de diversas acciones para regularizar o cerrar el relleno sanitario.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Cuál es el marco jurídico convencional y constitucional que debe utilizarse para estudiar si la autorización para la construcción y operación de un sitio para la disposición final de residuos sólidos y de manejo especial viola el derecho a un medio ambiente sano de las personas de la comunidad vecina, y cuáles son los principios del derecho ambiental que deben aplicarse para realizar esa valoración judicial?

2. En el caso concreto, ¿se vulneró el derecho a un medio ambiente sano de las personas solicitantes del amparo como consecuencia de la construcción y operación de un relleno sanitario a una distancia menor que la dispuesta por las normas sobre la construcción y operación de un relleno sanitario, aun si la localidad donde habitan fuera un asentamiento irregular y no acrediten el daño ambiental causado?

Criterios de la Corte

1. El derecho humano a un medio ambiente sano reconocido por los artículos 1, 4, quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 11 del Protocolo de San Salvador es un derecho autónomo que 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. El objetivo de la NOM-083-SEMARNAT-2003 es garantizar la protección del ambiente, la preservación del equilibrio ecológico y de los recursos naturales, la minimización de los efectos contaminantes provocados por la inadecuada disposición de los residuos y la protección de la salud pública en general, esto es, tutelar los derechos a un medio ambiente sano y a la salud; derechos que descansan en el principio de universalidad conforme al cual los

derechos humanos corresponden a todas las personas por igual, sin discriminación alguna. Así, la construcción y operación de un sitio de disposición final de residuos es una actividad riesgosa para el medio ambiente y la salud de las personas, por lo cual las decisiones sobre su ubicación deben basarse en los principios de prevención y precaución en materia ambiental y no es necesario que se demuestre la causación de un daño ambiental como consecuencia de la operación del relleno sanitario, sino sólo que se compruebe que se ha contravenido la normatividad sobre el manejo adecuado de los residuos.

Cuando se verifica un incumplimiento en la adopción de las medidas de carácter preventivo, resulta irrelevante que exista o no alguna prueba científica que demuestre que el relleno sanitario ocasionó una afectación al medio ambiente.

2. El objetivo de la NOM-083-SEMARNAT-2003 es garantizar la protección del ambiente, la preservación del equilibrio ecológico y de los recursos naturales, la minimización de los efectos contaminantes provocados por la inadecuada disposición de los residuos y la protección de la salud pública en general, esto es, tutelar los derechos a un medio ambiente sano y a la salud, que descansan en el principio de universalidad conforme al cual los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual, sin discriminación alguna, aun si viven en asentamientos humanos que puedan calificarse como irregulares. Cuando se verifique el incumplimiento de la adopción de medidas anticipadas para evitar el deterioro del medio ambiente, resulta irrelevante que exista o no alguna prueba científica que demuestre que el relleno sanitario ocasionó una afectación al medio ambiente, pues este caso sólo se limita a analizar si se cumplen las restricciones para la ubicación del sitio de disposición final de residuos, las cuales tienen como objetivo evitar anticipadamente que por la indebida selección del lugar para la instalación del relleno sanitario puedan ocasionarse daños al medio ambiente y a la salud de la población. En este caso se demostró que el relleno sanitario se construyó y operaba en contravención a las disposiciones de la normatividad sobre la distancia que debe observarse de la localidad donde residen los solicitantes del amparo, que estaba en la traza urbana, y el plan de desarrollo urbano y también la distancia que debía tener con el río, causando no sólo una violación del derecho a un medio ambiente sano por parte de las autoridades responsables, sino también de su obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, prevista en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Justificación de los criterios

1. En este caso el juez de distrito otorgó el amparo a CLE y sus correpresentados porque en su opinión los actos que reclamaron y que llevaron a la instalación del relleno sanitario junto a su comunidad violaron su derecho a un medio ambiente sano, porque no se cumplió la NOM-083-SEMARNAT-2003 en sus artículos 6.1.3 y 6.1.6, que regulan las especificaciones de protección ambiental para la selección del sitio, diseño, construcción, operación, monitoreo, clausura y obras complementarias de un sitio de disposición final de residuos sólidos urbanos y de manejo especial. Lo anterior, pues se permitió que se

estableciera un relleno sanitario en el poblado de San Miguel Mimiapan, municipio de Xonacatlán, Estado de México, el cual colinda con un arroyo natural y con las casas habitación que se encuentran en el barrio denominado Mesones, sin que mediara una distancia de 500 metros, como lo apunta la norma oficial citada.

Los agravios que presentaron las autoridades del Estado de México y la empresa GC en contra de esa decisión se enfocaron sobre todo en la idea de que no hubo una violación al derecho al medio ambiente de CLE y las demás personas, porque las casas habitación ubicadas alrededor del relleno sanitario son asentamientos irregulares y el río Zolotepec es un cuerpo de aguas residuales, de modo que no se actualizan las hipótesis previstas en los citados preceptos de la Norma Oficial Mexicana en cuestión.

Para estudiar estos argumentos la Corte recordó lo que disponen los artículos 1, 4o., quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, en los cuales se reconoce el derecho a un medio ambiente sano y los principios que enmarcan a los derechos humanos en México (pág. 51, párr. 3).

De un recorrido por diversos precedentes de la Suprema Corte de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema, la Segunda Sala estableció que el derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho autónomo que 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 (pág. 55, párr. 3). Así, "el derecho humano a un medio ambiente sano posee una doble dimensión: una primera denominada objetiva o ecologista, que protege al medio ambiente como un bien jurídico fundamental en sí mismo, que atiende a la defensa y restauración de la naturaleza y sus recursos con independencia de sus repercusiones en el ser humano; y la subjetiva o antropocéntrica, conforme a la cual la protección de este derecho constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos reconocidos en favor de la persona.

Derivado de que el reconocimiento de que la salvaguarda efectiva de la naturaleza no sólo descansa en la utilidad que ésta representa para el ser humano, sino en la convicción de que el medio ambiente exige una protección per se, debe concluirse que la vulneración a cualquiera de estas dos dimensiones constituye una violación al derecho humano a un medio ambiente sano". (Pág. 56, párrs. 2 y 3).

En ese contexto, el 20 de octubre de 2004 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la NOM-083-SEMARNAT-2003, entre cuyos objetivos está garantizar la protección del ambiente, la preservación del equilibrio ecológico y de los recursos naturales, la minimización de los efectos contaminantes provocados por la inadecuada disposición de los

El derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho autónomo que 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.

La vulneración a cualquiera de las dos dimensiones –objetiva o ecologista y subjetiva o antropocéntrica– del derecho a un medio ambiente sano constituye una violación al derecho humano a un medio ambiente sano.

residuos sólidos urbanos y de manejo especial y la protección de la salud pública en general.

Entre otras especificaciones, la NOM-083-SEMARNAT-2003 prevé que la selección del sitio para la disposición final de los residuos está sujeta a ciertas restricciones, "las cuales deben interpretarse en función del objetivo que persigue la norma, a saber, la protección del ambiente, la preservación del equilibrio ecológico y de los recursos naturales, la minimización de los efectos contaminantes y la protección de la salud pública en general" (pág. 58, párr. 2). La Corte notó que "En efecto, todas las restricciones para la ubicación del sitio están relacionadas, principalmente, con la protección del medio ambiente y de la salud pública, como se observa del bien jurídico que buscan tutelar, esto es, áreas naturales protegidas, los habitantes del lugar, marismas, manglares, esteros, pantanos, humedales, estuarios, planicies aluviales, fluviales, recarga de acuíferos, arqueológicas, cavernas, fracturas o fallas geológicas, cuerpos de agua, lagos, lagunas y pozos de extracción de agua". (Pág. 58, párr. 3).

Entre los daños que se identificaron en la sentencia pueden resultar de la gestión inadecuada de los residuos la contaminación de los suelos, el agua y el aire, que afectan la calidad y productividad de los ecosistemas y que a su vez ponen en riesgo la salud humana y la biodiversidad, así como las fuentes de abastecimiento de agua para uso y consumo humano (pág. 60, párrs. 1 y 2). Por ejemplo, la contaminación de las fuentes de agua superficiales y subterráneas como consecuencia de los lixiviados que se generan en los rellenos sanitarios o la generación de gases de efecto invernadero por la liberación de metano a la atmósfera proveniente de la descomposición de los residuos, contribuyendo al problema del calentamiento global (pág. 61 párrs. 1, 2 y 3). Aquí, la Segunda Sala señaló que "En razón de lo anterior, el acatamiento de las normas relativas a las restricciones para la ubicación del sitio de disposición final de residuos, cumple un papel fundamental para la protección del medio ambiente y la salud humana pues, además de la importancia de los bienes jurídicos que busca tutelar, tiene una finalidad preventiva en la medida en que al tenerse la certeza de que la construcción y operación de un sitio de disposición final de residuos es una actividad riesgosa para el medio ambiente, se toman anticipadamente las medidas necesarias para evitar un daño ambiental". (Pág. 62, párr. 1).

El acatamiento de las normas relativas a las restricciones para la ubicación del sitio de disposición final de residuos tiene una finalidad preventiva, ya que se toman anticipadamente las medidas necesarias para evitar un daño ambiental.

2. En su análisis puntual de las circunstancias del caso la Segunda Sala resaltó que las disposiciones relevantes de la NOM-083-SEMARNAT-2003 (especificaciones 6.1.3 y 6.1.6) establecen los límites que deberán existir entre localidades donde haya población y rellenos sanitarios, y que lo mismo ocurre entre las distancias de esas instalaciones para el manejo de residuos y los cuerpos de agua superficiales con caudal continuo, lagos y lagunas. Se vio además que la localidad de Mimiapan, donde se autorizó la construcción del relleno sanitario, no sólo es una traza urbana existente, sino que estaba contemplada en el plan de desarrollo urbano respectivo.

La Segunda Sala dijo también, en relación con la opinión de la empresa GC y las autoridades estatales, que las casas habitación alrededor del relleno sanitario se tratan de asentamientos irregulares, que, en primer lugar, la normatividad no distinguía entre asentamientos irregulares o regulares, sino únicamente que las localidades tuvieran una traza urbana o estuvieran incluidas en el plan de desarrollo urbano (pág. 70, párrs. 1 y 2). Pero, además, no debe perderse de vista que "el objetivo de la Norma Oficial Mexicana es garantizar la protección del ambiente, la preservación del equilibrio ecológico y de los recursos naturales, la minimización de los efectos contaminantes provocados por la inadecuada disposición de los residuos y la protección de la salud pública en general, esto es, tutelar el derecho a un medio ambiente sano y la salud; derechos que descansan en el principio de universalidad conforme al cual los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual, sin discriminación alguna.

Realizar una interpretación como la que pretenden las recurrentes, además de ir en contra del texto expreso de la norma, implicaría mermar su objetivo y finalidad de proteger el derecho al medio ambiente y la salud, pues sólo se protegerían tales derechos tratándose de asentamientos regulares y se desconocería el de aquellos que no lo fueran, lo cual sería contrario al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte" (pág. 70, párrs. 3 y 4).

Luego la Segunda Sala notó que el juez de distrito ordenó una inspección judicial para poder determinar si el límite del sitio de disposición final de residuos se encuentra a una distancia menor de 500 metros contados a partir del límite de la traza urbana existente o contemplada en el plan de desarrollo urbano (pág. 71, párr. 1). De esa prueba resultó que muy cerca del límite del relleno sanitario sitio existen casas habitación por todos sus perímetros, la más cercana, a 10 metros, y las demás a 20 o 25 metros aproximadamente, así como un centro educativo y un kínder a una distancia aproximada de 30 metros (pág. 72, párr. 2). Así se concluyó que el relleno sanitario contraviene las disposiciones normativas sobre la distancia a la cual debería estar respecto de la localidad donde viven las personas que solicitaron el amparo (pág. 79, párr. 4). Se vio además que la localidad de Mimiapan no sólo es una traza urbana existente, sino que está contemplada en el plan de desarrollo urbano respectivo.

Enseguida, la Segunda Sala estudió si además se contravenía la NOM-083-SEMARNAT-2003 en cuanto a la distancia de ubicación del relleno sanitario con respecto a cuerpos de agua superficiales con caudal continuo, lagos y lagunas, debe ser de 500 metros como mínimo, en este caso, al río Zolotepec. De esa y otras pruebas en el expediente la Suprema Corte confirmó que el río Zolotepec se localiza a una distancia aproximada de 200 metros del relleno sanitario, lo cual contravenía la NOM-083-SEMARNAT-2003 (pág. 81, párr. 1).

Aquí también la Corte desestimó los argumentos de la empresa GC y las autoridades estatales en cuanto a que el río ha dejado de ser un flujo natural y se ha convertido en un cuerpo receptor de aguas residuales, como se reconoce desde 2004 en el Plan Municipal de Desarrollo Urbano de Xonacatlán, Estado de México. Este hecho, dijo la Segunda Sala, no implica que pueda incumplirse la distancia mínima requerida para la instalación del relleno sanitario prevista en la NOM-083-SEMARNAT-2003, porque sería un contrasentido pensar que si el cuerpo de agua está contaminado no debe aplicarse una norma que tiene por objeto precisamente lograr su conservación y restauración. Sobre todo, pensando que la norma para la adecuada gestión de los residuos busca tutelar el derecho a un medio ambiente sano, el cual, como se dijo antes, 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 (pág. 86, párrs. 2,3 y 4).

Para la Corte, las decisiones sobre la ubicación del sitio de disposición final de residuos deben basarse en el principio de prevención en materia ambiental, debido a que "la construcción y operación de un sitio de disposición final de residuos es una actividad riesgosa para el medio ambiente y la salud de las personas, se toman anticipadamente las medidas necesarias para evitar un daño ambiental y a la salud, en el caso, el daño a los habitantes de la zona de instalación y operación del relleno sanitario y el daño a cuerpos de agua superficiales con caudal continuo, lagos y lagunas; de ahí la exigencia de la distancia mínima prevista respecto de tales elementos del ecosistema".

Al respecto, la Sala aclaró que cuando se verifique el incumplimiento de la adopción de medidas anticipadas para evitar el deterioro del medio ambiente es irrelevante que exista o no alguna prueba científica que demuestre que el relleno sanitario ocasionó una afectación al medio ambiente, pues este caso sólo se limita a analizar si se cumplen las restricciones para la ubicación del sitio de disposición final de residuos, las cuales tienen como objetivo evitar anticipadamente que por la indebida selección del lugar para la instalación del relleno sanitario se puedan ocasionar daños al medio ambiente y a la salud de la población (pág. 90, párr. 2; pág. 91, párr. 4).

Lo anterior se reforzó en la sentencia con la aplicación del principio de precaución, previsto en el artículo 15 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río), conforme al cual, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. De ahí que no sea necesario demostrar que el relleno sanitario efectivamente ocasionó una afectación al medio ambiente (pág. 92, párr. 2).

Derivado de lo anterior, la Sala determinó que el hecho de que no existiera en el expediente alguna prueba científica que demostrara que el relleno sanitario de residuos sólidos ubi-

cado en las instalaciones de la mina Paulina, en el paraje Los Gavilanes, de la comunidad de San Miguel Mimiapan, municipio de Xonacatlán, Estado de México, ocasionó efectivamente una afectación al medio ambiente no era un impedimento para concluir que el relleno sanitario de residuos sólidos incumplía con los artículos 6.1.3 y 6.1.6 de la NOM-083-SEMARNAT-2003 y, en consecuencia, se vulneró lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, la Sala precisó que el incumplimiento de estas normas conlleva, en consecuencia, "no solo a una violación del derecho a un medio ambiente sano por parte de las autoridades responsables, sino también de su obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, prevista en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". (Pág. 97, párr.1).

En estas circunstancias, la Segunda Sala reiteró que la operación del relleno sanitario del municipio de Xonacatlán, Estado de México, en franca contravención de la NOM-083-SEMARNAT-2003, así como la insuficiencia en las medidas de vigilancia y la consecuente imposición de medidas sancionatorias por parte de las autoridades responsables, constituyen vulneraciones directas al derecho humano a un medio ambiente sano en perjuicio de CLE y las demás personas solicitantes del amparo, debido a que el acatamiento de las normas relativas a las restricciones para la ubicación del sitio de disposición final de residuos cumple un papel fundamental para la protección del medio ambiente y la salud humana pues, además de la importancia de los bienes jurídicos que busca tutelar, tiene una finalidad preventiva en la medida en que al tenerse la certeza de que la construcción y operación de un sitio de disposición final de residuos es una actividad riesgosa para el medio ambiente se toman anticipadamente las medidas necesarias para evitar un daño ambiental (pág. 97, párr. 2).

4.3 Interés legítimo y servicios ambientales de los ecosistemas que se intentan defender a través del juicio de amparo

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016, 14 de noviembre de 2018⁶⁷

Manglares en la Laguna del Carpintero y derecho a un medio ambiente sano

Hechos del caso

El Ayuntamiento de Tampico, Tamaulipas, aprobó en una sesión de cabildo el proyecto denominado Parque Temático Ecológico Centenario, para cuya construcción se afectaron

⁶⁷ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

aproximadamente 16 hectáreas de manglares colindantes al humedal de la Laguna del Carpintero. El proyecto fue aprobado por el cabildo municipal, la Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Estado de Tamaulipas emitió una autorización en materia de impacto ambiental.

Dos mujeres residentes de la ciudad de Tampico, Tamaulipas, interpusieron una demanda de amparo en la cual reclamaron una violación a su derecho a un medio ambiente sano, como consecuencia del daño a los manglares causado durante la construcción del Parque Temático Ecológico Centenario. El juicio se sobreseyó al considerarse que las solicitantes del amparo no tenían un interés legítimo para interponer un amparo, pues no demostraron que el daño a los ecosistemas hubiera causado una afectación directa a su derecho humano al medio ambiente o su salud.

Inconformes con esa decisión, las solicitantes del amparo presentaron un recurso de revisión en el cual argumentaron que sí tenían un interés legítimo como vecinas de la Laguna del Carpintero, porque el daño al manglar causado por la construcción del Parque Temático Ecológico Centenario las priva de los servicios ambientales que ese ecosistema proporciona, de los cuales depende su derecho a un medio ambiente sano. También expresaron que el desarrollo del proyecto afectó sus garantías de legalidad y seguridad jurídica porque se llevó a cabo en contravención al sistema jurídico internacional y nacional que protege los humedales y los manglares, y sin contar con una autorización federal en materia de impacto ambiental.

La Primera Sala otorgó el amparo a una de las quejas e instruyó la realización de diversas acciones para la reparación de los daños causados al ambiente, solicitando además la colaboración de la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad y la Comisión Nacional Forestal para intervenir como coadyuvantes de la Corte en la definición del programa de restauración de daños al ambiente.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Cuál es el contenido y el alcance del Principio Precautorio previsto por el Principio 15 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río) en los juicios de amparo que versen sobre el derecho humano a un medio ambiente sano y cuáles son sus implicaciones respecto de las reglas de valoración probatoria en estos casos?
2. ¿Cómo debe aplicarse el principio precautorio para llevar a cabo la valoración del interés legítimo que tiene una persona que acude al juicio de amparo en defensa del derecho humano a un medio ambiente sano, cuando reclama que se verá afectada por la pérdida de los servicios ambientales que proporciona un ecosistema que está en riesgo?

Principio 15. 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.

3. Conforme al principio precautorio, ¿cuál es el papel del juez en el juicio de amparo ambiental?

Criterios de la Suprema Corte

1. Conforme al Principio 15 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, frente a la evidencia empírica de que una actividad presenta un riesgo para el medio ambiente, deben adoptarse todas las medidas necesarias para evitarlo o mitigarlo, incluso si no existe certidumbre sobre el daño ambiental. El principio precautorio es una herramienta fundamental para auxiliar a los operadores jurisdiccionales a cumplir con el objetivo constitucional y convencional de salvaguardar el medio ambiente. Conforme al principio de precaución 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. A la luz del principio de precaución puede revertirse la carga de la prueba a cargo del agente potencialmente responsable, así este principio es una herramienta mediante la cual el juzgador puede obtener todos los medios de prueba necesarios para identificar el riesgo o daño ambiental.

2. En el juicio de amparo, cuando se reclaman violaciones al derecho a un medio ambiente sano causadas por la afectación de los recursos naturales, uno de los criterios que pueden utilizarse para determinar quién tiene interés legítimo, es la identificación de las personas que son beneficiarias o usuarias de los servicios ambientales de un ecosistema porque habitan o utilizan el entorno adyacente o las áreas de influencia. 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 en una determinada persona o comunidad.

3. El juez debe llevar a cabo una valoración preliminar sobre la existencia de cualquier riesgo que pueda afectar al ecosistema que se trata de proteger, o de un daño al medio ambiente; atendiendo a un criterio de razonabilidad en el marco de los principios de precaución e *in dubio pro natura*. Si el resultado de esta evaluación judicial es que hay un riesgo de daño ambiental, el juez podrá determinar la reversión de la carga probatoria conforme al principio de precaución. En segundo lugar, deberá asumir un papel mayormente activo que le permita buscar oficiosamente las pruebas que estime pertinentes para comprender con mayor precisión el riesgo de daño ambiental, así como sus causas y posibles efectos sobre el ecosistema que pueda ser afectado.

Justificación de los criterios

1. La Primera Sala enfatizó en la sentencia el reto que plantea el derecho ambiental al demandar que se tomen decisiones jurídicas ante escenarios de incertidumbre científica,

estableciendo que el principio de precaución es una herramienta fundamental para auxiliar a los operadores jurisdiccionales a cumplir con el objetivo constitucional y convencional de salvaguardar el medio ambiente (pág. 48, párr. 2). El reconocimiento del principio precautorio en la Declaración de Río⁶⁸ requiere, frente a la evidencia empírica de que una actividad presenta un riesgo para el medio ambiente, que se adopten todas las medidas necesarias para evitarlo o mitigarlo, incluso si no existe certidumbre sobre el daño ambiental (pág. 49, párr. 1).

En cuanto a los diferentes alcances del principio precautorio la Primera Sala estableció que "opera como pauta interpretativa ante las limitaciones de la ciencia para establecer con absoluta certeza los riesgos a los que se enfrenta la naturaleza. Además, en relación con la *administración pública* implica el deber de advertir, regular, controlar, vigilar o restringir ciertas actividades que son riesgosas para el medio ambiente, en este sentido, este principio puede fungir como motivación para aquellas decisiones que, de otra manera, serían contrarias al principio de legalidad o seguridad jurídica [...]; finalmente, para el *operador jurídico* la precaución exige incorporar el carácter incierto del conocimiento científico a sus decisiones." (Énfasis en el original) (pág. 49, párr. 2).

La sentencia aborda también el tema del riesgo y daño ambiental conforme al principio de precaución. Se explica que el Derecho Ambiental es un derecho de gestión de riesgos (pág. 50, párr. 1). En este contexto, una evaluación en materia de impacto ambiental como la prevista por la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente parte de la premisa precautoria de que la autoridad competente debe determinar si existen riesgos para el medio ambiente y cuáles medidas se instrumentarán para evitar los daños antes del desarrollo de un proyecto.

Así, conforme al principio de precaución, "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." (Pág. 50, párr. 3). Las evaluaciones de riesgos y daños ambientales son inciertas o están sujetas a controversia científica, por lo cual, los operadores jurídicos deberán tomar decisiones sin tener una precisión, bajo un enfoque precautorio (pág. 51, párr. 1).

En la sentencia se expone también que el daño ambiental, por sus características que lo distinguen de otro tipo de daños, como el civil, presenta dificultades considerables en su aspecto probatorio (pág. 51, párr. 2). En general, en la identificación del daño ambiental opera un factor de incertidumbre, que hace necesario adoptar una interpretación amplia, a la luz del principio de precaución (pág. 52, párr. 1), e incluso replantear las reglas tradicionales de valoración probatoria (pág. 52, párr. 2).

⁶⁸ Principio 15 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

A la luz del principio de precaución puede revertirse la carga de la prueba a cargo del agente potencialmente responsable. Así, este principio es una herramienta mediante la cual el juzgador puede obtener todos los medios de prueba necesarios para identificar el riesgo o daño ambiental (pág. 52, párr. 3). Lo anterior ha sido reconocido en el artículo 8.3 del Acuerdo de Escazú,⁶⁹ en el cual se establece que los Estados deben facilitar la producción de pruebas sobre daños al ambiente, a través de mecanismos como la reversión de la prueba y la carga dinámica de la prueba (pág. 53, párr. 1).

Finalmente, la Primera Sala estableció que, en atención 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.*" (Énfasis en el original) (pág. 53, párr. 2).

2. La Primera Sala estableció que en el juicio de amparo cuando se reclaman violaciones al derecho a un medio ambiente sano, causadas por la afectación de los recursos naturales, uno de los criterios que pueden utilizarse para determinar quién tiene interés legítimo, es la identificación de las personas que son beneficiarias o usuarias de los servicios ambientales de un ecosistema porque habitan o utilizan el entorno adyacente o las áreas de influencia (pág. 77, párr. 2).⁷⁰

Para aplicar este criterio también debe tenerse en cuenta el principio de precaución porque la exigencia de evidencias unívocas sobre la afectación a un servicio ambiental, es contraria a la protección del derecho humano a un medio ambiente sano, toda vez que su medición depende de pruebas científicas que no son exactas (pág. 62, párr. 2).

Por lo tanto, "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 repercuta a una determinada persona o comunidad." (Énfasis en el original) (pág. 63, párr. 3).

3. En los juicios de amparo relacionados con el derecho humano a un medio ambiente sano se parte de una situación de desigualdad por factores de poder político, técnico o

Acuerdo de Escazú

Artículo 8.3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: [...]

e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;

⁶⁹ "8.3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: [...]"

e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba [...]"

⁷⁰ La sentencia explica que el concepto de 'entorno adyacente' no se limita a un concepto de vecindad inmediata con el ecosistema, sino que incluye las 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." (Pág. 77, párr. 3).

económico, con la autoridad responsable (pág. 103, párr. 2). Para que la protección del medio ambiente sea una realidad y el principio de participación ciudadana en materia ambiental también se tome en cuenta, los jueces deben adoptar medidas para corregir esa asimetría entre las partes (pág. 103, párr. 3).

Una vez resuelta la legitimación activa de quien demanda, el juez debe llevar a cabo una valoración preliminar sobre la existencia de cualquier riesgo que pueda afectar al ecosistema que se trata de proteger, o de un daño al medio ambiente; atendiendo a un criterio de razonabilidad en el marco de los principios de precaución *e in dubio pro natura* (pág. 103, párr. 4). Si el resultado de esta evaluación judicial es que hay un riesgo de daño ambiental, el juez podrá utilizar dos herramientas procesales que le proporcionarán mayores elementos probatorios para determinar si existe una afectación al medio ambiente (pág. 104, párr. 1).

Primero, la reversión de la carga probatoria conforme al principio de precaución. Las autoridades responsables deberán acreditar que el riesgo de daño ambiental encontrado por el juez durante su valoración preliminar no existe en la realidad. La Primera Sala estableció que esta medida procesal deberá implementarse en términos del artículo 8.3 del Acuerdo de Escazú (pág. 104, párr. 2).

En segundo lugar, el juez deberá asumir un papel mayormente activo que le permita buscar oficiosamente las pruebas que estime pertinentes para comprender con mayor precisión el riesgo de daño ambiental, así como sus causas y posibles efectos sobre el ecosistema que pueda ser afectado. Esta facultad del juez está prevista por el artículo 34 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (pág. 105, párr. 1).⁷¹

4.4 Reparación de las violaciones al derecho a un medio ambiente sano y restauración de los ecosistemas

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 641/2017, 18 de octubre de 2017⁷²

Hechos del caso

Un grupo de habitantes de Mixquic, Ciudad de México, presentó una demanda de amparo para reclamar la omisión de autoridades federales, de la Ciudad de México y delegacionales

⁷¹ "Artículo 34. El órgano jurisdiccional podrá allegarse oficiosamente de los medios de prueba que considere necesarios, sin más limitación que las establecidas en la ley."

El Juez requerirá a la Secretaría y a la Procuraduría para que aporten todos los elementos periciales, testimoniales, documentales y demás indicios y elementos de prueba con los que cuenten. Los servidores públicos estarán obligados a cumplir con dicha obligación.

⁷² Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

de adoptar todas las medidas a su alcance para restaurar y sanear los canales del Barrio de San Miguel. Argumentaron que el daño ambiental causado, principalmente, por el vertimiento de aguas residuales del Río Amecameca se traduce en una violación a su derecho de vivir en un medio ambiente sano; a gozar de los más altos niveles posibles de salud; así como su derecho humano al agua.

En el juicio se dictó una sentencia que amparó a los habitantes de Mixquic y se ordenó la realización de las siguientes acciones para evaluar y reparar el daño ambiental en los canales

Secretaría del Medio Ambiente de la Ciudad de México:

i. Realizar una evaluación estratégica para la solución integral de la problemática ambiental que se presenta en la zona chinampera de San Andrés Mixquic.

ii. Establecer los sistemas de monitoreo de la calidad del agua en la zona chinampera de San Andrés Mixquic.

iii. Acreditar que se ha fomentado en los habitantes de San Andrés Mixquic las mejores prácticas en el uso de productos agroquímicos.

iv. Coordinar y vigilar el registro de descargas de aguas residuales en San Andrés Mixquic.

v. Realizar las acciones necesarias para convenir con el gobierno federal a través de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales y con las autoridades del Estado de México de las acciones de protección ambiental, específicamente por lo que hace al vertimiento de aguas residuales del Río Amecameca que afectan a San Andrés Mixquic.

vi. Iniciar o continuar los procedimientos administrativos correspondientes con el objeto de detener los asentamientos humanos irregulares en San Andrés Mixquic y el relleno ilícito de sus canales, chinampas y otros cuerpos de agua, imponiendo las medidas de seguridad necesarias y las sanciones correspondientes.

vii. Aplicar los programas de restauración de los elementos naturales afectados en el suelo de conservación del pueblo de San Andrés Mixquic, con el propósito de recuperar y restablecer las condiciones que propicien la evolución y continuidad de los procesos naturales que en ellos se desarrollan.

Al Jefe de Gobierno de la Ciudad de México:

viii. Evaluar la política ambiental en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), conforme al Plan Nacional de Desarrollo, el Programa General de Desarrollo del Distrito Federal, y los programas sectoriales correspondientes en San Andrés Mixquic.

ix. Realizar los trámites necesarios a fin de celebrar convenios o acuerdos de coordinación y colaboración administrativa con el Estado de México, con el propósito de atender y resolver problemas ambientales comunes de San Andrés Mixquic respecto al Río Amecameca.

Las autoridades responsables presentaron un recurso de revisión que atrajo y resolvió la Suprema Corte de Justicia. En sus agravios con relación a los efectos de la sentencia, expresaron que el juez rebasó sus facultades de control constitucional, porque que no podía decidir si las acciones que han realizado para restaurar los canales de Mixquic son suficientes, ni ordenar que se instrumentaran políticas públicas y se llevaran a cabo estrategias de coordinación con autoridades de otras jurisdicciones como el Estado de México.

La Segunda Sala amparó a los habitantes de Mixquic en contra de las omisiones de autoridades de la Ciudad de México y la delegación Tláhuac, confirmando las medidas ordenadas para la restauración y el saneamiento de los canales del Barrio San Miguel.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿El alcance de la sentencia de amparo que ordena a las autoridades de la Ciudad de México llevar a cabo acciones de coordinación con las instituciones necesarias en el Estado de México, para atender la problemática conjunta de las descargas de aguas residuales y la contaminación del Río Amecameca y los canales de Mixquic, rebasa las facultades de control de un juez de amparo y transgrede los principios de división de poderes y legalidad?

2. ¿El alcance de la sentencia de amparo que ordena a las autoridades de la Ciudad de México a realizar una evaluación de impacto ambiental estratégica, el monitoreo de la calidad del agua y diversas acciones puntuales para la restauración y el saneamiento de los canales de Mixquic rebasa las facultades de control de un juez de amparo y viola los principios de división de poderes y legalidad?

Criterios de la Suprema Corte

1. Las autoridades de la Ciudad de México y la delegación Tláhuac tienen la obligación de garantizar el derecho a un medio ambiente sano de los habitantes del Barrio San Miguel, la cual contravinieron porque no adoptaron todas las medidas posibles a su alcance y hasta el máximo de los recursos disponibles para evitar y controlar los procesos de degradación de las aguas en los canales del Barrio San Miguel. Las medidas ordenadas por el juez de amparo para reparar la violación constitucional causada por su omisión, que requiere el saneamiento y la restauración de los canales de Mixquic, no rebasan su ámbito de control constitucional, ni transgreden la división de poderes o el principio de legalidad porque los jueces deben examinar las medidas elegidas por las autoridades responsables

para lograr esa la protección del derecho humano a un medio ambiente sano y en este caso, dado el estado de degradación y contaminación de las aguas, es claro que han sido insuficientes.

2. La sentencia de amparo, al ordenar la coordinación entre las autoridades de la Ciudad de México y del Estado de México, no viola la soberanía local, porque la legislación aplicable establece que las autoridades pueden emprender los mecanismos de coordinación, inducción y concertación que resulten necesarios para atender a las problemáticas ambientales comunes, como en este caso la restauración y el saneamiento de los canales de Mixquic. Las facultades discrecionales de las autoridades para decidir en qué casos es oportuno celebrar convenios con autoridades de diversas entidades federativas, se ve rebasada por la necesidad de restituir el pleno goce del derecho humano a un medio ambiente sano en Mixquic.

Justificación de los criterios

1. La sentencia estudió el marco de competencias constitucionales y legales de las autoridades que se mencionaron como responsables en el juicio de amparo, resolviendo que conforme al artículo 73, fracción XXIX-G constitucional, la materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico se regula de manera concurrente por los tres niveles de gobierno (pág. 26, párr. 4).⁷³

Del análisis de las leyes generales y locales que regulan las competencias de las autoridades responsables,⁷⁴ se concluyó que distintas autoridades de la Ciudad de México tienen una obligación constitucional de actuar coordinada y concurrentemente para tutelar los derechos a un medio ambiente sano y de acceso a agua segura, suficiente y asequible de las personas solicitantes del amparo, instrumentando las medidas necesarias para proteger, preservar y restaurar el equilibrio ecológico en los canales del Barrio de San Andrés.

La regulación del derecho humano a un medio ambiente sano en el artículo 4o. constitucional implica la obligación del Estado de garantizar el pleno ejercicio de ese derecho y su tutela jurisdiccional; y la responsabilidad, aunque diferenciada, del Estado y la ciudadanía para su preservación y restauración (pág. 50, párr. 1). Las obligaciones de los Estados incluyen la adopción y aplicación de marcos jurídicos para proteger contra daños ambientales, incluyendo la regulación de los agentes privados que puedan causarlos (pág. 51, párr. 1).

⁷³ El análisis del marco jurídico que establece las competencias de las autoridades señaladas como responsables, en materia de protección del medio ambiente, puede consultarse en las páginas 26 a 47 de la sentencia.

⁷⁴ La sentencia analiza la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; la Ley de Aguas Nacionales; la Ley Ambiental de Protección a la Tierra del Distrito Federal; y la Ley de Aguas de la Ciudad de México. En cuanto a las autoridades que se encontraron responsables de los actos reclamados en el amparo están el jefe de gobierno; la Secretaría de Medio Ambiente y el Sistema de Aguas de la Ciudad de México; así como la delegación (hoy alcaldía) de Tláhuac.

En este caso, el marco jurídico aplicable, que establece las atribuciones de las autoridades responsables, faculta al jefe de gobierno de la Ciudad de México a suscribir convenios de coordinación con otras entidades federativas para atender y resolver problemas ambientales comunes (pág. 80, párr. 2).⁷⁵ En este contexto normativo, tomando en cuenta que se ha demostrado que los canales del pueblo de San Andrés Mixquic presentan un problema de contaminación severo de las aguas –el cual requiere para su reparación, entre otras medidas, de la participación de las autoridades del Estado de México para controlar la degradación ecológica, causada entre otros factores por las descargas de aguas residuales del Río Amecameca que presumiblemente se encuentran contaminadas–, la medida ordenada por el juez federal es adecuada; esto es, resulta plenamente apegada a derecho (pág. 81, párr. 4).

Aunque las autoridades locales cuentan con un margen de libertad para decidir en qué casos es oportuno celebrar convenios con autoridades de diversas entidades federativas para atender a problemas comunes relacionados con la prevención y protección del equilibrio ecológico, "ese espectro de discrecionalidad se ve rebasado por la necesidad de restituir el pleno goce del derecho humano a un medio ambiente sano en la citada zona, lo cual conlleva a que se tomen una serie de medidas de coordinación, inducción y concertación con las autoridades del Estado de México, a fin de encontrar una solución integral al problema de alta contaminación que presentan los canales del pueblo de San Andrés Mixquic." (Pág. 82, párr. 2).

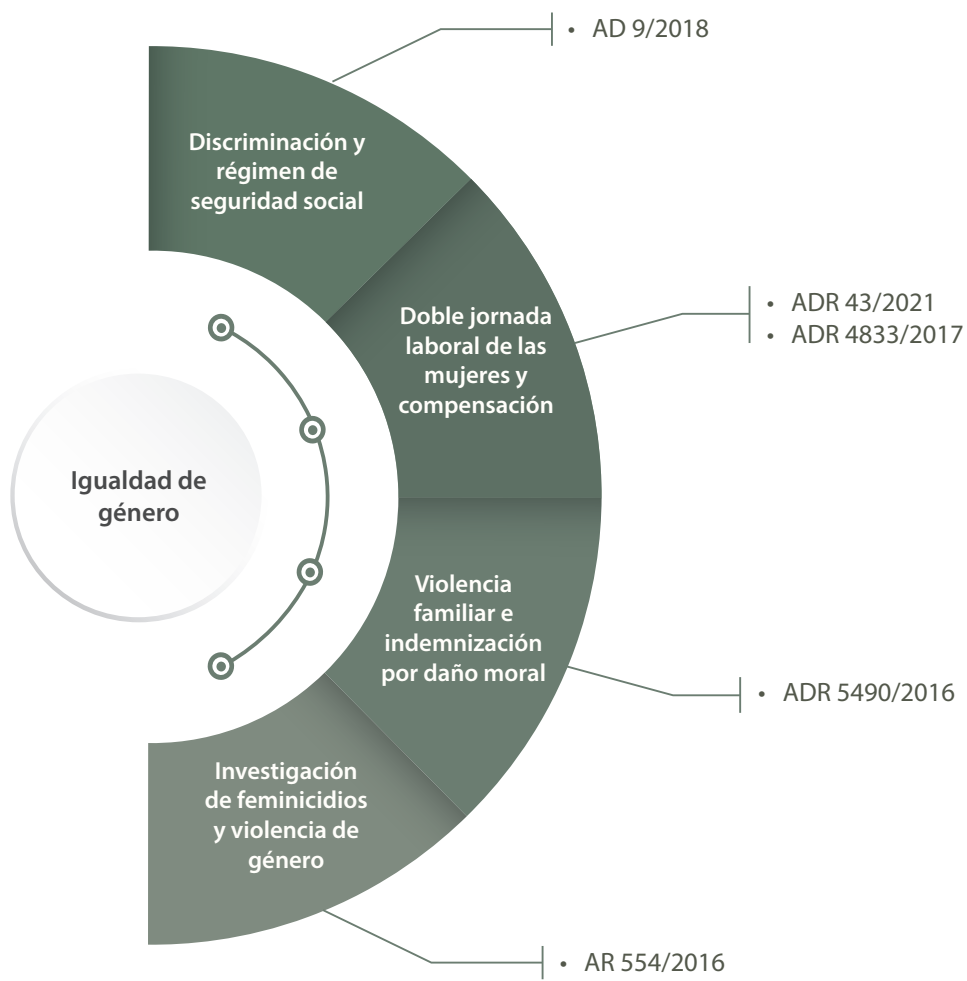
2. La Suprema Corte reconoció que las obligaciones en materia ambiental generan un sistema de responsabilidades estatales que implica grandes esfuerzos institucionales y costos considerables para el erario público (pág. 75, párr. 3). Sin embargo, "sería más costoso aún para el desarrollo de la sociedad, 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 pondría 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–." (Pág. 77, párr. 1). Por lo expuesto, es preciso reparar la violación causada al derecho humano de los habitantes del Barrio San Andrés Mixquic (pág. 78, párr. 2).

Finalmente, la Segunda Sala resolvió que no se viola el principio de legalidad con los efectos de la sentencia, porque los jueces, para hacer justiciables los derechos sociales,

⁷⁵ Artículos 8, fracción VII, de la Ley Ambiental de Protección a la Tierra de la Ciudad de México y 13 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

como el derecho a un medio ambiente sano, "no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción de dicho derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción o la ausencia de ellas; y precisamente, en el caso concreto, se advierte que las políticas que han adoptado las autoridades de la Ciudad de México han sido del todo insuficientes para atender la problemática ambiental que es materia del presente juicio de amparo." (Pág. 82, párr. 3).

5. Igualdad de género



5. Igualdad de género

5.1 Discriminación y régimen de seguridad social de las trabajadoras domésticas

SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018⁷⁶

Trabajadoras domésticas, discriminación y seguridad social

Hechos del caso

Una mujer que trabajó durante más de cincuenta años como empleada doméstica, al concluir la prestación de sus servicios, interpuso una demanda solicitando diversas prestaciones laborales de sus patronas, incluyendo el pago de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad y del tiempo extraordinario; así como la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). Según su dicho, fue contratada para prestar sus servicios en 1959 y, posteriormente, se quedó trabajando con una de las hijas de la demandada. Durante un turno continuo realizaba labores de limpieza desde las 8:00 a las 17:00 horas, de lunes a sábado de cada semana, sin hora de comida ni descanso.

La Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México que conoció el caso emitió un laudo en el cual absolvió a las demandadas del pago de la indemnización constitucional y salarios caídos, porque consideró acreditada la renuncia voluntaria de la trabajadora doméstica, pero ordenó el pago de las vacaciones, prima vacacional y aguinaldo, sólo respecto al año anterior a la presentación de la demanda. Asimismo, condenó

⁷⁶ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

a las demandadas al pago de horas extras, al estimar que la trabajadora laboraba un total de 54 horas, esto es, seis horas extras más de la jornada máxima legal de 48 horas. Además, la Junta consideró que si las demandadas no desvirtuaron con algún elemento de prueba la jornada laboral que la actora señaló en la demanda, entonces, se tuvo por cierta, condenándolas al pago de las seis horas extras laboradas semanalmente y no pagadas, por el tiempo que duró la relación laboral. Por otra parte, consideró que las demandadas opusieron la excepción de prescripción respecto del pago del tiempo extraordinario reclamado por la actora y sólo se les condenó al pago de éste por un periodo aproximado de un año. También se resolvió que las demandadas no tenían la obligación de inscribir a la trabajadora doméstica en el IMSS.⁷⁷

La trabajadora doméstica interpuso un juicio de amparo directo para inconformarse con ese laudo, en el cual argumentó, entre otras cosas, se violó su derecho a la no discriminación por razón de género, profesión o desempeño laboral, al señalar que el patrón no está obligado a inscribir a los trabajadores domésticos ante el IMSS, lo que también contraviene el derecho constitucional a la seguridad social. El Tribunal Colegiado que los recibió, solicitó a la Suprema Corte ejercer su facultad de atracción para resolverlos.

La Suprema Corte aceptó conocer el caso y estableció, entre otros puntos, que una las preguntas centrales a responderse es si el hecho de que los patrones carezcan de la obligación jurídica de inscribir a los trabajadores domésticos ante el IMSS, constituye un trato discriminatorio, proscrito por el artículo 1o. constitucional, así como una violación al derecho humano a la seguridad social tutelado por el artículo 123, Apartado A, de la Constitución Federal.

La trabajadora doméstica que interpuso el juicio de amparo expresó que el laudo laboral viola su derecho a la no discriminación por razón de género, profesión o desempeño laboral, al señalar que el patrón no está obligado a inscribir a los trabajadores domésticos ante el IMSS, lo que también contraviene el derecho humano a la seguridad social reconocido por el artículo 123, Apartado A. También dijo que algunas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo (artículos 146 y 338, fracción II) discriminan por razón de género a las trabajadoras domésticas al disponer que no tienen derecho al Seguro Social, lo que implica el nulo acceso a los servicios de seguridad social y a ser inscritas ante el IMSS.

⁷⁷ En la sentencia se refiere que esta interpretación se basó en el artículo 338, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, en el cual se establece que es obligación del patrón proporcionar a los trabajadores domésticos, en caso de enfermedad que no sea de trabajo y no sea crónica, asistencia médica en tanto se logra su curación; lo que descarta que la parte patronal esté obligada a efectuar la inscripción de tales trabajadores al Instituto Mexicano del Seguro Social. Se estimó que esa decisión también se respalda por el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, que dispone que voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio los trabajadores domésticos; por lo que, el patrón no tiene la obligación de hacer la inscripción ante el referido Instituto de dichos empleados.

La Segunda Sala encontró, con base en el estudio de información estadística y empírica, que las normas reclamadas, al excluir a las trabajadoras del hogar de la protección del régimen obligatorio del Seguro Social, se traducen en una discriminación indirecta prosrita por el principio de igualdad y equidad, pues esa distinción no supera el escrutinio constitucional, respecto a su finalidad imperiosa, idoneidad y proporcionalidad. Se concedió el amparo solicitado por la trabajadora doméstica y, entre otros efectos, se ordenó poner a conocimiento del IMSS esa situación discriminatoria, para que en un plazo prudente se realice un "programa piloto" para establecer un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Cómo puede probarse si el régimen laboral que se aplica en México a las trabajadoras domésticas es discriminatorio en cuanto a su exclusión del sistema obligatorio de seguridad social?

Criterio de la Suprema Corte

En la determinación del impacto discriminatorio de las leyes la utilización de datos estadísticos y demás información empírica puede ser significativa y fiable para acreditar, *prima facie*, la existencia de una discriminación indirecta contra ciertos grupos o clases. En el caso concreto, la evidencia empírica disponible demuestra estadísticamente que, el trabajo doméstico es realizado en su mayoría por mujeres —nueve de cada diez trabajadores del hogar son mujeres—; de ahí que los efectos de la legislación aplicable tenga un impacto negativo que afecta preponderantemente a las trabajadoras y, por ende, genera un indicio de un trato discriminatorio contra la mujer. En este caso debe aplicarse un escrutinio estricto respecto de la diferenciación laboral que se reclamó porque, aun cuando la exclusión normativa de las trabajadoras domésticas fue formulada por el legislador en "términos neutrales", fácticamente conduce a una asimetría jurídica que afecta preponderante y desproporcionalmente a uno de los grupos o categorías a que se refiere la cláusula de no discriminación contenida en el artículo 1o. constitucional: a saber, la discriminación motivada por el género.

Justificación del criterio

Al analizar los problemas que existen para la cobertura de seguridad social de la labor doméstica, la Segunda Sala encontró que la vulnerabilidad y los problemas laborales y de seguridad social que enfrentan los empleados domésticos afecta de manera preponderante a las mujeres. Se consultó información empírica como la proporcionada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁷⁸ en la cual se demuestra que en 2013

La vulnerabilidad y los problemas laborales y de seguridad social que enfrentan los empleados domésticos afecta de manera preponderantemente a las mujeres. Se consultó información empírica como la proporcionada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la cual se demuestra que en el 2013 el 80% de las personas en el sector de trabajo doméstico eran mujeres. En el caso de México, de acuerdo con la información INEGI en 2008 se estimó que 2.3 millones de personas se dedican al trabajo doméstico y 9 de cada 10 son mujeres.

⁷⁸ OIT. Documentos de política de protección social. Documento 16: "Protección social del trabajo doméstico. Tendencias y estadísticas". Ginebra, 2016. Pág. 1.

el 80% de las personas en el sector de trabajo doméstico eran mujeres (pág. 23, párr. 1). En el caso de México, de acuerdo con la información del INEGI en 2008 se estimó que 2.3 millones de personas se dedican al trabajo doméstico y 9 de cada 10 son mujeres (pág. 23, párr. 2).

De estos datos, la Corte estableció que "al subyacer una cuestión de género en la problemática de las trabajadoras del hogar respecto a sus condiciones laborales y de protección social, es menester que el análisis del tratamiento diferenciado que es reclamado en la especie por la parte quejosa, atienda no sólo al carácter o naturaleza del trabajo que se desempeña, sino a la afectación desproporcional que la distinción normativa reclamada produce en las mujeres, lo que, desde luego, involucra una posible discriminación interseccional que potencializa la vulnerabilidad de tales personas." (Énfasis en el original) (pág. 23, párr. 3).

La Corte explicó, haciendo referencia también a una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que "en la determinación del impacto discriminatorio de las leyes, este Tribunal Constitucional considera que la utilización de datos estadísticos y demás información empírica pueden ser significativas y fiables para acreditar, *prima facie*, la existencia de una discriminación indirecta contra ciertos grupos o clases [...]; como lo es en la especie, **la afectación generalizada que resienten las mujeres con motivo de la exclusión normativa de la cobertura social obligatoria del trabajo doméstico, y por ende, el impacto discriminatorio que genera en las mujeres trabajadoras esa medida.**" (Énfasis en el original) (pág. 34, párr. 2).

En la sentencia se aborda extensivamente el estudio de los problemas que existen respecto a la cobertura de seguridad social de la labor doméstica. Se da cuenta de que la OIT ha expresado que el trabajo doméstico "**ha sido tradicionalmente objeto de condiciones de trabajo inadecuadas, extensas jornadas, bajos salarios, trabajo forzoso y una escasa o nula protección social; es decir, expuesto a condiciones que están lejos del concepto de trabajo decente.**" (Énfasis en el original) (pág. 19, párr. 2). Según estimaciones de la misma Organización, en 2013 había 67.1 millones de personas dedicadas al trabajo doméstico, las cuales, pese a su indudable contribución al bienestar económico y social, son un grupo con un alto nivel de discriminación en diversas formas, como lo demuestra el hecho de que muchas veces están excluidas de los sistemas de seguridad social, lo que las convierte en una población altamente vulnerable (pág. 19, párr. 2).

Entre otros datos que recoge la sentencia de un documento sobre tendencias y estadísticas del trabajo doméstico elaborado por la OIT⁷⁹ se presentan los siguientes (pág. 19, párr. 3):

⁷⁹ OIT, Documentos de política de protección social, Documento 16: "Protección social del trabajo doméstico. Tendencias y estadísticas", Ginebra, 2016, p. 1.

- A. **Exclusión salarial.** El trabajo doméstico se encuentra entre las ocupaciones con remuneraciones más bajas en el mercado laboral, con salarios que representan menos de la mitad del promedio del mercado y, en algunos casos, el salario del sector no supera el 20% del salario promedio.
- B. **Exclusión jurídica.** En cuanto a la inclusión del trabajo doméstico en las legislaciones laborales, en el 2010, únicamente el 10% del trabajo doméstico a nivel mundial (aproximadamente 6.7 millones de hombres y mujeres, según datos de 2013) está cubierto por leyes laborales generales que dan cobertura en las mismas condiciones que las demás trabajadoras asalariadas.

Al analizar las diferencias que existen en la configuración de los regímenes de seguridad social para el trabajo doméstico, la Corte notó que los temas más relevantes incluyen el tipo de régimen destinado a cubrir a las trabajadoras, el esquema de afiliación —obligatorio o voluntario—, la cantidad de contingencias o ramas de la seguridad social sujetas a cobertura, el financiamiento, la disponibilidad de provisiones de cobertura para el trabajo doméstico migrante, y la cobertura efectiva de los regímenes (pág. 21, párr. 2). La experiencia internacional indica que la afiliación obligatoria es la alternativa más conveniente para proteger los derechos de las personas dedicadas al trabajo doméstico (pág. 21, párr. 2), aunque su afiliación a los sistemas de seguridad social puede ser una tarea compleja por el carácter atípico de esta ocupación, como su realización en un hogar privado, el establecimiento de la relación laboral sin un contrato, la variabilidad de horas de trabajo o la práctica de pagar los salarios en especie, a través de alimentación o vivienda (pág. 22, párr. 1).

La Segunda Sala enfatizó también en la sentencia que la vulnerabilidad y los problemas laborales y de seguridad social que enfrentan los empleados domésticos afecta de manera preponderante a las mujeres. La OIT ha indicado, por ejemplo, que en el 2013 el 80% de las personas en el sector de trabajo doméstico eran mujeres (pág. 23, párr. 1). En el caso de México, de acuerdo con la información INEGI, en el 2008 se estimó que 2.3 millones de personas se dedicaba al trabajo doméstico y 9 de cada 10 eran mujeres (pág. 23, párr. 2).

La Corte examinó también si es discriminatorio que los patrones no estén obligados a inscribir a sus empleadas domésticas ante el IMSS (pág. 26, párr. 4). La Segunda Sala concluyó que **"el hecho de que las empleadas domésticas no se encuentren contempladas dentro del régimen obligatorio del Seguro Social —dirigido a los trabajadores en general—, no atiende a una diferenciación objetiva y razonable, desde la perspectiva constitucional."** (Énfasis en el original) (pág. 31, párr. 2).

Debe así aplicarse *un escrutinio estricto* respecto de la diferenciación laboral que se reclamó en este caso porque **"si bien es cierto que la exclusión normativa de las tra-**

Debe aplicarse un escrutinio estricto para analizar la diferenciación laboral en el régimen de seguridad social aplicable al trabajo doméstico. La exclusión normativa de las trabajadoras domésticas conlleva en los hechos a una asimetría jurídica que afecta preponderante y desproporcionalmente a uno de los grupos o categorías a que se refiere la cláusula de no discriminación contenida en el precepto 1 constitucional: a saber, la discriminación motivada por el género.

bajadoras domésticas fue formulada por el legislador en ‘términos neutrales’, lo cierto es que fácticamente conlleva a una asimetría jurídica que **afecta preponderante y desproporcionalmente a uno de los grupos o categorías a que se refiere la cláusula de no discriminación contenida en el precepto 1 constitucional: a saber, la discriminación motivada por "el género:"** (Énfasis en el original) (pág. 32, párr. 1).

Esta conclusión se sustenta en la sentencia al establecerse que "estadísticamente la labor del hogar es realizada preponderantemente por mujeres —nueve de cada diez empleadas del hogar son mujeres—; *de ahí que los efectos de las normas reclamadas tienen un impacto negativo que afecta preponderantemente a las mujeres trabajadoras y, por ende, genera un indicio de un trato discriminatorio contra la mujer.*" (Énfasis en el original) (pág. 34, párr. 1).

Sobre esa base se resolvió que las normas reclamadas, al excluir a las trabajadoras del hogar de la protección del régimen obligatorio del Seguro Social, se traducen en una discriminación indirecta proscrita por el principio de igualdad y equidad, pues esa diferenciación no supera el escrutinio constitucional, respecto a su finalidad imperiosa, idoneidad y proporcionalidad (pág. 34, párr. 3).

5.2 Doble jornada laboral de las mujeres y compensación

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 43/2021, 10 de noviembre de 2021⁸⁰

Hechos del caso

AJG y AOS contrajeron matrimonio en 1997 bajo el régimen de separación de bienes, conforme a la legislación del estado de Guanajuato. En 2018, AJG promovió un juicio de divorcio y depositó una cantidad de dinero para la pensión alimenticia, pero únicamente en beneficio de sus hijos. En su contestación a la demanda, AOS reclamó entre otras cuestiones el pago de una pensión alimenticia compensatoria a su favor, pues durante el matrimonio se dedicó preponderantemente al hogar y a labores de cuidado de sus hijos. La jueza que conoció del asunto declaró improcedente la solicitud de compensación indemnizatoria, al considerar que AOS no demostró que al dedicarse durante el matrimonio preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, se hubiere generado un desequilibrio económico, pues ella contaba con los medios necesarios para cubrir sus necesidades.

⁸⁰ Por unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

La señora AOS interpuso un recurso de reclamación y el tribunal que conoció del asunto consideró procedente el pago de una compensación indemnizatoria del 30% del patrimonio de AJG en favor de AOS. En contra de esta resolución, AJG promovió un juicio de amparo directo. El tribunal colegiado amparó a AJG, al considerar que AOS no había probado los elementos básicos para solicitar una compensación indemnizatoria. En desacuerdo con el fallo del tribunal, AOS interpuso un recurso revisión que resolvió la Suprema Corte de Justicia.

La Primera Sala estableció la obligación de juzgar con perspectiva de género en casos en los que se soliciten mecanismos compensatorios, y cómo es que este análisis impacta en la distribución de cargas probatorias y en la determinación de los hechos y elementos jurídicos relevantes de las pretensiones. Se revocó la sentencia del tribunal colegiado porque estimó que no consideró el posible contexto de desigualdad estructural entre las partes, ni identificó si existen situaciones de poder o desequilibrio, omitiendo impartir justicia bajo una perspectiva de género.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Qué es la perspectiva de género y cuál es el objetivo de la obligación oficiosa de las autoridades jurisdiccionales de juzgar con perspectiva de género?
2. ¿Debe tomarse en cuenta el género al valorar la procedencia, los requisitos, elementos fácticos y el cálculo de los mecanismos compensatorios en las controversias del orden familiar?
3. ¿El rol de género histórico de la mujer como principal cuidadora del hogar implica que a su favor se defina una presunción de su dedicación a esas actividades, así como la inversión de la carga de la prueba?
4. ¿Qué relevancia juega la perspectiva de género en la determinación de los elementos jurídicos y fácticos relevantes para la procedencia de los mecanismos compensatorios?

¿Qué relevancia juega la perspectiva de género en la determinación de los elementos jurídicos y fácticos relevantes para la procedencia de los mecanismos compensatorios?

Criterios de la Suprema Corte

1. La perspectiva de género es un método de análisis que se basa en las diferencias que se asignan a grupos poblacionales –mujeres, hombres, etc.– mediante la construcción del género. Se trata pues de una herramienta metodológica que sirve para analizar los roles que se desempeñan o que son esperados que desempeñen hombres, mujeres, etc. en contextos tanto políticos, como sociales y culturales, teniendo como objetivo identificar y corregir la discriminación que la estereotipación genera, especialmente en normas, políticas y prácticas institucionales. El derecho y su correlativa obligación de juzgar con perspectiva de género tiene como objetivo identificar el impacto discriminatorio del

género en las interacciones, oportunidades y roles de las personas en la sociedad, así como eliminar o mitigar dicho impacto con el fin de garantizar el establecimiento de condiciones de igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Las figuras compensatorias en el ámbito familiar surgen como una medida de igualdad ante la existencia y permanencia de diversos roles de género en los hogares. En el ámbito familiar, existe una disparidad de género histórica en lo que se refiere a las labores domésticas y el trabajo de cuidado, pues han sido las mujeres las que han estado encargadas de llevar a cabo el cuidado y crianza de los hijos, así como el desempeño de las labores domésticas no remuneradas. Esta distribución desigual de tareas proviene de un estereotipo a través del cual se asigna a las mujeres el rol de amas de casa y madres, por el sólo hecho de ser mujeres. Por esta razón, el género se debe tomar en cuenta al valorar la procedencia, los requisitos, elementos fácticos y el cálculo de los mecanismos compensatorios.

3. Aun cuando se reconoce que históricamente el rol de cuidadora del hogar y de los dependientes ha recaído en la mujer, de esa situación no se puede desprender la necesidad de invertir la carga probatoria o la existencia de una presunción en sentido estricto, porque sería imposible valorar las especificidades, duración y el grado de dedicación al trabajo del hogar, los cuales son elementos esenciales para la modulación de los instrumentos compensatorios y para determinar el monto de la eventual compensación. Con todo, ante la duda de cómo se distribuyeron las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, el o la juez/a debe asumir un rol activo en el proceso y utilizar las herramientas que el ordenamiento le brinda para que la sentencia sea conforme con un acceso a la justicia igualitaria.

4. Los jueces deben identificar si existen situaciones de poder, contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que, por cuestiones de género, den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia. Deben estudiarse así las modalidades objetiva y subjetiva del contexto. Para identificar el **contexto objetivo**, se pueden tomar en cuenta datos como el lugar y el momento en los que sucedieron los hechos del caso, recopilar datos y estadísticas de instituciones gubernamentales, organismos internacionales o fuentes similares en relación con los planteamientos del caso y el tipo de impacto de género que se observa e identificar si la controversia tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales, además de las que tienen que ver propiamente con cuestiones de género. En casos de mecanismos compensatorios este contexto se remonta a la división de trabajo doméstico, a la doble jornada, a la brecha salarial o incluso a la dependencia económica. En cuanto al contexto subjetivo los operadores jurídicos pueden tener en cuenta otros factores particulares, como el nivel educativo, las condiciones laborales, el estado de salud, el nivel socioeconómico; identificar el tipo de relación que tenían las partes –en este caso, cónyuges– y si la relación existente tiene un carácter asimétrico de supra-subordinación o dependencia (emocional, económica, etcétera). También debe

tomarse en cuenta si de los hechos relatados y/o de las pruebas se advierte alguna conducta que puede constituir violencia o el ejercicio de mayor poder y determinar si esto impacta en el caso concreto; si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género.

Justificación de los criterios

1. El tribunal colegiado sostuvo que en una acción civil para solicitar una pensión o una indemnización compensatoria derivada del divorcio o de la escisión de un vínculo jurídicamente reconocido, quien solicita la compensación tiene la carga de probar el elemento básico de ambas pretensiones (esto es, que se dedicó en cierta medida a las labores del hogar y al cuidado de los hijos y, por tanto, tiene un costo de oportunidad en el mercado laboral convencional).

La señora AOS alegó que el tribunal colegiado no consideró la situación de vulnerabilidad histórica de la mujer mexicana en el ámbito doméstico y el rol que le ha sido impuesto y propuso que debería existir una presunción de que la mujer efectivamente realizó esas tareas en mayor medida que el cónyuge varón y, por tanto, revertirse la carga de la prueba. La Corte tomó también en cuenta el argumento de que, al estudiar las figuras compensatorias y sus elementos, el tribunal colegiado no dio cuenta del posible contexto de desigualdad estructural entre las partes, ni identificó si existen situaciones de poder o desequilibrio, por lo que omitió impartir justicia bajo una perspectiva de género. Para AOS con ello se violó su derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad y se incurrió en discriminación y violencia por motivos de género.

Impartición de justicia con perspectiva de género

Conforme al artículo 1o. de la Constitución está prohibida la discriminación por motivos de género y hay una protección especial a los derechos humanos de las mujeres, "al tratarse de un grupo poblacional que ha sido histórica y estructuralmente colocado en situación de desventaja y vulnerabilidad" (pág. 28, párr. 3). La protección constitucional a las mujeres está reforzada en diversos instrumentos convencionales, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 3), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2 y 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1 y 24), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como *Convención Belém do Pará*.

Cabe señalar que "la protección especial a los derechos humanos de las mujeres surge como respuesta ante la amplia evidencia de un orden social en el que el género condiciona

La protección especial a los derechos humanos de las mujeres surge como respuesta ante la amplia evidencia de un orden social en el que el género condiciona estructuralmente a las mujeres a permanecer en una posición de subordinación frente a los hombres y, en tal medida, a ver limitado el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

estructuralmente a las mujeres a permanecer en una posición de subordinación frente a los hombres y, en tal medida, a ver limitado el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Es decir, esta situación de vulnerabilidad social que viven las mujeres, niñas y adolescentes por motivos de género es la razón que da origen al establecimiento de una especial protección en el orden jurídico mexicano, con el fin de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas y así lograr la igualdad de género en todos los ámbitos de la sociedad, públicos y/o privados." (Pág. 29, párr. 3).

La Suprema Corte ha definido la obligación oficiosa a cargo de todas las autoridades jurisdiccionales de llevar a cabo un juicio con perspectiva de género, siempre que se denuncien o se adviertan posibles situaciones de desventajas o contextos de desigualdad, violencia o discriminación basadas en el género que puedan impedir el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Este derecho y su correlativa obligación de juzgar con perspectiva de género "tiene como objetivo identificar el impacto discriminatorio del género en las interacciones, oportunidades y roles de las personas en la sociedad, así como eliminar o mitigar dicho impacto con el fin de garantizar el establecimiento de condiciones de igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales" (pág. 31, párr. 1).

La perspectiva de género "es un método de análisis que se basa en las diferencias que se asignan a grupos poblacionales –mujeres, hombres, etc.– mediante la construcción del género. Se trata pues de una herramienta metodológica que sirve para analizar los roles que se desempeñan o que son esperados que desempeñen hombres, mujeres, etc. en contextos tanto políticos, como sociales y culturales, teniendo como objetivo identificar y corregir la discriminación que la estereotipación genera, especialmente en normas, políticas y prácticas institucionales." (Pág. 31, párr. 2).

"El método de análisis formulado por la Suprema Corte para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad está conformado por seis elementos (pág. 32, párr. 2):

- i. Identificar si existen situaciones de poder, contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que, por cuestiones de género, den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia.
- ii. Identificar si el material probatorio es suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por cuestiones de género o, por el contrario, es necesario recabar más pruebas con el fin de visibilizar dichas situaciones y dilucidar si se está ante un contexto como los descritos en el inciso anterior.
- iii. Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja ocasionadas por cuestiones de

género. Al respecto, es necesario analizar las premisas fácticas con sensibilidad sobre las múltiples consecuencias que tiene el género en la vida de las personas.

iv. De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo con el contexto identificado de desigualdad por cuestiones de género.

v. Para tal efecto, es necesario aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de niñas, niños y adolescentes.

vi. De igual forma se debe considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.

Esos elementos no son pasos secuenciales, sino cuestiones mínimas a tener en cuenta para identificar los impactos diferenciados que puede producir la categoría del género en el litigio y tienen relevancia en diferentes momentos del análisis de una controversia (pág. 33, párr. 1).

2. Explicado lo anterior, la sentencia abordó cómo es que los elementos a tomar en cuenta para juzgar con perspectiva de género juegan un papel en el análisis de las controversias indemnizatorias. Para la Primera Sala, "las figuras compensatorias en el ámbito familiar surgen como una medida de igualdad ante la existencia y permanencia de diversos roles de género en los hogares; una respuesta que busca reconocer, resarcir, asistir y aliviar el desequilibrio económico, laboral y/o profesional que resulta de un reparto desigual de las labores domésticas y de cuidado, así como de una invisibilización del trabajo doméstico no remunerado." (Pág. 34, párr. 2).

La Corte ha notado antes que, en el ámbito familiar, "existe una disparidad de género histórica en lo que se refiere a las labores domésticas y el trabajo de cuidado, pues han sido las mujeres las que han estado encargadas de llevar a cabo el cuidado y crianza de los hijos, así como el desempeño de las labores domésticas no remuneradas" (pág. 34, párr. 4). Esta distribución desigual de tareas proviene de un estereotipo a través del cual se asigna a las mujeres el rol de amas de casa y madres, por el sólo hecho de ser mujeres, esperándose que contribuyan a las labores domésticas en mayor medida que su cónyuge, independientemente de si desempeñan un empleo o profesión fuera del hogar (pág. 35, párr. 1). Por esta razón, el género se debe tomar en cuenta al valorar la procedencia, los requisitos, elementos fácticos y el cálculo de los mecanismos compensatorios (pág. 35, párr. 2).

En el ámbito familiar, existe una disparidad de género histórica en lo que se refiere a las labores domésticas y el trabajo de cuidado, pues han sido las mujeres las que han estado encargadas de llevar a cabo el cuidado y crianza de los hijos, así como el desempeño de las labores domésticas no remuneradas.

3. Aun cuando la Primera Sala reconoce que históricamente, el rol de cuidadora del hogar y de los dependientes ha recaído en la mujer, "de esa situación no se puede desprender la necesidad de invertir la carga probatoria o la existencia de una presunción en sentido estricto." (Pág. 36, párr. 2). **Esto, porque**, "de presumirse la dedicación plena y exclusiva al hogar con la mera afirmación de uno de los cónyuges sería imposible valorar las especificidades, duración y el grado de dedicación al trabajo del hogar, los cuales son elementos esenciales para la modulación de los instrumentos compensatorios y para determinar el monto de la eventual compensación." (Pág. 38, párr. 1).

Sin embargo, **"ante la duda de cómo se distribuyeron las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, el o la jueza debe asumir un rol activo en el proceso y utilizar las herramientas que el ordenamiento le brinda para que la sentencia sea conforme con un acceso a la justicia igualitaria."** (Pág. 38, párr. 2). En este sentido, "las facultades probatorias de los y las juezas y las medidas para mejor proveer pueden complementar la actividad probatoria de las partes a fin de esclarecer la verdad de algún hecho controvertido." (Pág. 38, párr. 3).

Para dar **continuidad y actualización a esta línea jurisprudencial**, en la sentencia se dieron razones adicionales que justifican la distribución de las cargas probatorias y que dan sustento a que no sea necesario que, a favor de la mujer, opere una presunción sobre su dedicación al trabajo doméstico no remunerado en mayor medida que el otro cónyuge. Se concluyó que "en la labor de resolver acciones compensatorias en el ámbito doméstico, las y los operadores jurídicos deben alcanzar un adecuado balance entre reconocer una deuda histórica, así como una realidad social que permanece desigual mientras se evita perpetuar desde el derecho –su interpretación y aplicación– estereotipos de género que promueven una repartición inequitativa de los trabajos domésticos y de cuidado. De ahí que la presunción o la reversión de la carga probatoria no sea el mecanismo adecuado para lograrlo."

"Ante la dificultad o imposibilidad de acudir a una prueba directa o idónea sobre la distribución de las labores del hogar, existen mecanismos derivados del juicio con perspectiva de género que, si bien no constituyen presunciones en sentido estricto, en esencia, permiten reconocer a través de datos, estudios y estadísticas que, como contexto objetivo, las mujeres históricamente han cumplido con un rol de género determinado. Al hacerlo, también toma relevancia el contexto específico del caso concreto, lo cual, en todo caso, se podrá acreditar a través de medios indirectos de prueba, presunciones humanas o incluso la recolección de oficio de medios de prueba". (Pág. 42, párrs. 2 y 3).

Por estas razones se decidió que la señora AOS no tenía razón al afirmar que debía operar a su favor la presunción de que se dedicó en mayor medida a las labores de cuidado; ni

que era necesario revertir la carga de la prueba para que sea el cónyuge varón el que deba acreditar que la mujer no llevó a cabo esas actividades.

3. La Primera Sala dio la razón a la señora AOS en sus argumentos de que, al estudiar las figuras compensatorias y sus elementos, el tribunal colegiado no consideró el posible contexto de desigualdad estructural entre las partes, ni identificó si existen situaciones de poder o desequilibrio, omitiendo impartir justicia bajo una perspectiva de género. Primero, la Corte estableció que "el juzgador o juzgadora debe identificar si existen situaciones de poder, contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que, por cuestiones de género, den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia" (pág. 44, párr. 1). Deben estudiarse así las modalidades objetiva y subjetiva del contexto.

Para identificar el **contexto objetivo**, "se pueden tomar en cuenta el lugar y el momento en los que sucedieron los hechos del caso, recopilar datos y estadísticas de instituciones gubernamentales, organismos internacionales o fuentes similares en relación con los planteamientos del caso y el tipo de impacto de género que se observa e identificar si la controversia tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales, además de las que tienen que ver propiamente con cuestiones de género. En casos de mecanismos compensatorios este contexto se remonta a la división de trabajo doméstico, a la doble jornada, a la brecha salarial o incluso a la dependencia económica." (Pág. 45, párr. 1).

Varios precedentes de la Corte han descrito el contexto objetivo que define, en la mayoría de los casos que las tareas domésticas y de cuidado recaen sobre todo en las mujeres y niñas, debido a los estereotipos de género que pesan sobre ellas (pág. 45, párr. 2). Se presentaron los siguientes datos estadísticos en la sentencia para dar cuenta del caso mexicano: "Las mujeres realizan gran parte de las tareas en el hogar, aun cuando los hombres están en posibilidad de participar conjuntamente en la realización de esas labores. Conforme a datos del INEGI, el 68.6% de las mujeres realizan actividades o quehaceres domésticos como cocinar, lavar, planchar y limpiar la casa. El 46.7% realiza trámites y compras para el hogar (involucrando el pago de servicios), y el 38.3% se encarga de cuidar a las niñas y los niños que habitan en el hogar. En contraste, los hombres se ocupan de estas actividades sólo en un 0.7%, 11.5% y 1%, respectivamente. La única actividad que se realiza mayoritariamente por hombres consiste en las reparaciones al hogar, muebles o aparatos con un 46.3% de participación de varones y un 8% de mujeres."

"Para 2018, el valor económico total del trabajo no remunerado del hogar fue 25.2% del Producto Interno Bruto (PIB). Las mujeres llevaron a cabo el 75.1% de las actividades del hogar y de cuidados en términos de valor económico. Asimismo, ellas dedicaron el 76.4% de las horas destinadas a realizar aquellas labores en el hogar." (Pág. 46, párrs. 1 y 2).

Se reafirmó también, como en otros precedentes, que la doble jornada tiene múltiples efectos perjudiciales en el proyecto de vida de las mujeres, además de perpetuar el esquema de desigualdad estructural que subsiste en nuestro país (pág. 46, párr. 3).

En cuanto al contexto subjetivo, la sentencia estableció que "los operadores jurídicos pueden tener en cuenta las condiciones de identidad de las partes involucradas en el caso; otros factores particulares, como el nivel educativo, las condiciones laborales, el estado de salud, el nivel socioeconómico; identificar el tipo de relación que tenían las partes –en este caso, cónyuges– y si la relación existente tiene un carácter asimétrico de supra-subordinación o dependencia (emocional, económica, etcétera) –siendo especialmente relevante para fines compensatorios la dependencia económica– o, adicionalmente, el mecanismo de participación en la toma de decisiones que afectan a las partes –por ejemplo, para adquirir bienes, hacerse de patrimonio o cubrir las necesidades físicas y emocionales de los hijos."

"De igual forma se debe reconocer si de los hechos relatados y/o de las pruebas se advierte alguna conducta que puede constituir violencia o el ejercicio de mayor poder y determinar si esto impacta en el caso concreto. Adicionalmente, se debe evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas –siendo de especial relevancia los roles en la división de trabajo doméstico–; así como contrastar la información del contexto objetivo con los hechos del caso concreto para reconocer si se está ante una situación de desigualdad estructural que afecta a un grupo determinado." (Pág. 47, párrs. 1 y 2).

Si las pruebas son insuficientes, los jueces deben allegarse de oficio las evidencias necesarias para comprobar si está presente alguna de las circunstancias descritas (pág. 47, párr. 3).

Se proporcionaron también ejemplos de cómo los estereotipos de género afectan los derechos de las mujeres en relación con las figuras compensatorias, como el desconocimiento de la doble jornada o la brecha salarial; cuestiones que deben ser consideradas al determinar la procedencia de las acciones de compensación (pág. 49, párr. 1).

Así, reiteró la Primera Sala, "De esta manera, puede accederse al mecanismo compensatorio cuando el cónyuge solicitante acredite que se dedicó al trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. Lo anterior aun cuando haya dedicado alguna proporción de su tiempo al trabajo remunerado fuera de casa. En efecto, el solicitante sólo tiene que probar que durante algún tiempo se dedicó a las tareas domésticas y que esto le generó algún costo de oportunidad (que ello le generó la imposibilidad de adquirir un patrimonio propio o bien que este es notoriamente inferior al de su cónyuge), con independencia de que haya realizado otro tipo de labores fuera del hogar." (Pág. 51, párr. 1).

Para fijar el monto de la indemnización compensatoria, el juez deberá entonces: "considerar qué parte del tiempo disponible del solicitante es empleado para las labores domésticas y de cuidado –en todo su rango–: (a) dedicación plena y exclusiva; (b) dedicación mayoritaria al trabajo del hogar pero compatibilizada con una actividad secundaria fuera de éste; (c) dedicación minoritaria, con otra actividad principal, pero más relevante que la contribución del otro cónyuge; y (d) el supuesto de que ambos cónyuges comparten el trabajo del hogar y contribuyen de forma equitativa a las tareas domésticas. [...] Adicional a lo anterior, resulta conveniente basar la valoración en "el nivel socioeconómico de la familia desde la celebración del matrimonio hasta su disolución, pues este criterio, puede reflejar en buena medida, tanto la forma en que el cónyuge que se desarrolló en el mercado laboral logró acumular sus bienes, como la forma en que ello le fue posible gracias a que el otro cónyuge se ocupó en el trabajo del hogar y, en su caso, en el cuidado de los hijos, y dejó de dedicarse con igual tiempo, intensidad y diligencia a otra actividad en el mercado de trabajo remunerado". (Págs. 52, párr. 3; pág. 53, párr. 1). (Énfasis en el original).

Asimismo, por lo que hace a la pensión alimenticia compensatoria: "el juzgador debe: a) verificar si alguno de los cónyuges acredita la necesidad de recibir alimentos, considerando la capacidad económica del otro consorte, y b) evaluar las circunstancias y características particulares del caso concreto, así como las circunstancias propias de cada relación familiar. En dicho asunto, la Sala resolvió que el principio de proporcionalidad en los alimentos implica además de un estudio de la capacidad económica del deudor frente a la necesidad de alimentos del acreedor, sino además, el análisis de otras circunstancias concretas de cada caso, con objeto de verificar que la carga alimentaria impuesta no resulte desproporcionada ni en su cuantificación ni en su duración". (Pág. 54, párr. 1).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4883/2017, 28 de febrero de 2018⁸¹

Doble jornada laboral de las mujeres

Hechos del caso

Un señor demandó a su esposa para obtener un divorcio sin causa, divorcio que se declaró procedente. Como no llegaron a un acuerdo de compensación, se abrió un incidente en el cual la mujer solicitó de su exesposo el pago de 50% del valor comercial de dos bienes inmuebles. Para justificar esta solicitud, la mujer explicó que durante los 40 años que duró su matrimonio ella se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado de sus tres hijas. En la primera instancia, la juez que conoció el caso negó la compensación y en una apelación se confirmó esa sentencia, pues se consideró que la mujer no probó

⁸¹ Cuatro votos a favor. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

los hechos que expuso en su demanda y que sus argumentos estaban dirigidos a causar una parcialidad por cuestión de género para obtener una ventaja de su excónyuge. La Sala del Tribunal opinó que el género no era una cuestión a considerar porque se afectaría la equidad entre las partes durante el juicio.

La mujer promovió un juicio de amparo contra esta sentencia y entonces interpuso un recurso de revisión. Aquí argumentó, entre otras cosas, que la legislación que se aplicó a su caso —la fracción VI del artículo 267 del Código Civil de la Ciudad de México, vigente hasta antes de las reformas de junio de 2011— resultaba desproporcional y discriminatoria porque exigía requisitos incongruentes con el objetivo que busca la figura de compensación. La reforma al artículo que reclamó, que no se estaba aplicando a su caso, ya no exige acreditar "de manera exclusiva" dedicarse al hogar y cuidado de los hijos, sino únicamente, mostrar que dicha actividad se desarrolló preponderantemente, lo que ella hizo durante su matrimonio. Para la mujer solicitante del amparo, la interpretación que se había dado en los primeros juicios sobre su caso violó su derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Colegiado que conoció el caso le negó el amparo a la mujer y, además, resolvió que la norma que estaba reclamando del Código Civil de la Ciudad de México no era discriminatoria ni desproporcional.

La mujer interpuso un recurso de revisión que fue admitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación por estimarse que el caso planteaba un tema de constitucionalidad que no fue resuelto por el Tribunal Colegiado y que había una cuestión de importancia y trascendencia, porque se podrían establecer criterios relevantes respecto a cómo opera el principio de equidad contenido en la institución de compensación respecto de aquellos cónyuges que, además de los cuidados del hogar y los hijos realizaron una actividad remunerada (doble jornada).

La Primera Sala formuló, como pregunta constitucional para resolver este asunto, si la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado de la fracción VI del artículo 267 del Código Civil de la Ciudad de México,⁸² vigente hasta junio de 2011, es acorde con el principio de equidad que rige a la institución de compensación. Se resolvió que la interpretación del Tribunal Colegiado fue inconstitucional y contraria a los principios de igualdad y equi-

⁸² **ARTÍCULO 267.** El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos: [...]

VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, **se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.** El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

dad, porque el objetivo de la compensación es mitigar la inequidad que soportó alguno de los cónyuges por haberse dedicado al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos. Por lo tanto, opinó la Corte, la doble jornada que implica asumir las cargas familiares y adicionalmente un empleo remunerado no puede argumentarse como un obstáculo para acceder a la compensación.

La Primera Sala revocó la sentencia del Tribunal Colegiado y ordenó emitir otra, en la cual, atendiendo a la doctrina constitucional establecida sobre la institución de compensación y el reconocimiento de la doble jornada laboral, se determinara si la mujer solicitante del amparo se dedicó preponderantemente al hogar, aunque hubiera realizado otras labores profesionales. En este caso, si el haberse dedicado en mayor proporción que su excónyuge a las actividades domésticas le generó algún costo de oportunidad y, conforme a esas valoraciones, determinar el porcentaje de compensación correspondiente.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Cómo incide la doble jornada laboral en la calidad de vida de las mujeres y sobre sus posibilidades, en relación con los hombres, para generar nuevos ingresos económicos, insertarse en el mercado laboral y poder acceder a empleos de calidad y cómo debe tenerse en cuenta esta situación para decidir si procede la compensación cuando una mujer haya desempeñado una doble jornada laboral durante su matrimonio?

Criterio de la Suprema Corte

La evidencia empírica y los datos demuestran que las mujeres dedican al hogar un tiempo mucho mayor que los hombres. El trabajo doméstico no remunerado es una carga desproporcionada y un costo de oportunidad para las mujeres, que limita su tiempo disponible para el desarrollo de actividades que generen ingresos y afecta negativamente su empleabilidad y el acceso a empleos de calidad. La doble jornada que realizan las mujeres no puede constituir un obstáculo al momento de solicitar la compensación de su masa patrimonial.

El trabajo doméstico no remunerado es una carga desproporcionada y un costo de oportunidad para las mujeres, que limita su tiempo disponible para el desarrollo de actividades que generen ingresos y afecta negativamente su empleabilidad y el acceso a empleos de calidad.

Justificación del criterio

La Corte ha establecido una doctrina reiterada que reconoce a la institución de compensación⁸³ como una institución que tiene como finalidad "[...] colocar en *igualdad de derechos* aquel cónyuge, que al asumir las cargas domésticas y familiares, no logró desarrollarse en el mercado de trabajo convencional con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge [...]" (Pág. 12, párr. 1).

⁸³ Véase el cuaderno *Compensación económica* de la serie Derecho y Familia, de esta misma Colección *Cuadernos de Jurisprudencia*.

La Primera Sala ha sostenido también que por lo general la doble jornada —es decir, el trabajo que realizan algunas mujeres que además de tener un empleo o profesión, llevan a cabo actividades laborales no remuneradas dentro del hogar y de cuidado de los hijos— es un costo de oportunidad y una carga desproporcionada que dificulta además la inserción de las mujeres en el mercado, a diferencia de lo que ocurre con los hombres (pág. 13, párr. 3). Por lo anterior, la Corte afirmó que es evidente que la doble jornada laboral de las mujeres no puede ser un obstáculo para obtener una compensación.

Para explicar mejor lo que es la doble jornada laboral, la sentencia retomó otros precedentes de la Corte en los cuales se ha establecido que el tiempo en el hogar por parte de las mujeres es mucho mayor al que dedican los hombres (pág. 15, párr. 1). En ese sentido, la Primera Sala de la Corte hizo referencia al estudio *Balancing Paid Work, Unpaid Work and Leisure* realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 2009 y citado en el Amparo Directo en Revisión 1754/2015, haciendo notar que: "el tiempo en el hogar por parte de las mujeres es mucho mayor respecto al tiempo dedicado por los hombres", y observó que "el trabajo doméstico no remunerado constituye una carga desproporcionada para las mujeres y en la práctica es un subsidio invisible al sistema económico, que perpetúa su subordinación y explotación." (Pág. 15, párr. 1).

Asimismo, la Corte observó que en el Consenso de Brasilia, un foro internacional en el que participaron expertos y los gobiernos de los países participantes en la undécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, se sostuvo que "las mujeres soportan una sobrecarga de trabajo y demandas exigentes sobre su tiempo en la medida que continúa su rol tradicional, a lo que se suma el papel que desempeñan en la vida laboral. Sobrecarga que limita el tiempo disponible de las mujeres para el desarrollo de actividades que generen ingresos y afecta negativamente su empleabilidad y el acceso a empleos de calidad. Por lo tanto, el desarrollo de las mujeres es obstaculizado por una distribución inequitativa del trabajo del hogar y una inserción desigual al mercado laboral." (Pág. 15, párr. 2).

En la nota al pie 29 de la sentencia se hace notar que de acuerdo con el estudio de la OCDE citado, "las mujeres mexicanas utilizan 53 minutos al día para realizar trabajo de cuidado en el hogar contra 15 minutos de los hombres; y las mujeres invierten 280 minutos al día para realizar tareas domésticas contra 75 minutos por parte de los hombres" y que "los hombres dedican 86 minutos al día a ver la televisión o escuchar el radio, 15 minutos al deporte y 496 minutos a dormir al día. Las mujeres por su parte, dedican 71 minutos a la T.V y la radio, 8 minutos a realizar deportes y 488 minutos a dormir" (n. 29 y 30, pág. 15).

Con esta evidencia de base empírica, la Corte concluyó que: "*la doble jornada* que realizan las mujeres no puede constituir un obstáculo al momento de solicitar la compensación de su masa patrimonial. En efecto, el hecho de que en alguna medida hayan tenido un empleo o adquirido bienes propios, no subsana el costo de oportunidad que estas mujeres

De acuerdo con la OCDE las mujeres mexicanas utilizan 53 minutos al día para realizar trabajo de cuidado en el hogar contra 15 minutos de los hombres e invierten 280 minutos al día para realizar tareas domésticas contra 75 minutos por parte de los hombres.

asumieron al dedicar gran parte de su tiempo al cuidado de sus hijos y del hogar." (pág. 15, párr. 3).

En este contexto, la Primera Sala determinó que el artículo reclamado del Código Civil de la Ciudad de México no es inconstitucional si se interpreta de forma que no se entienda como un requisito para acceder a la compensación, que quien la solicita se haya dedicado exclusivamente al trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. Una interpretación así "[...] desvirtuaría, por una parte, la naturaleza del mecanismo de compensación y, por otra, el reconocimiento de la doble jornada laboral." (Pág. 17, párr. 1).

Así, un cónyuge que haya realizado una doble jornada laboral como la definió la Corte, puede acceder a la compensación y "[...] sólo tiene que probar que durante algún tiempo se dedicó a las tareas domésticas y que esto le generó algún costo de oportunidad (que ello le generó la imposibilidad de adquirir un patrimonio propio o bien que éste es notoriamente inferior al de su cónyuge), con independencia de que haya realizado otro tipo de labores fuera del hogar." (Énfasis en el original) (pág. 17, párr. 2).

Por su parte, para evaluar que el cónyuge que solicita la compensación no pudo adquirir un patrimonio propio o lo hizo, pero en mucho menor medida que su pareja, el juez debe evaluar "tanto la *modalidad del trabajo del hogar* —la ejecución material de las tareas o a través de diversas funciones de dirección y gestión— como el *periodo de tiempo empleado* para estas tareas —dedicación exclusiva, doble jornada o ambos cónyuges comparten el trabajo doméstico en la misma intensidad—." (Énfasis en el original) (pág. 17, párr. 3).

Este razonamiento llevó a la Primera Sala a declarar que la interpretación del Tribunal Colegiado en el caso concreto fue inconstitucional y contraria a los fines que persigue la institución de la compensación, puesto que ésta intenta "colocar en igualdad de derechos a aquel cónyuge que, al asumir las cargas domésticas y familiares, no logró desarrollarse en el mercado de laboral con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge provocando un detrimento en su patrimonio, el supuesto: *desempeñarse en el trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos, debe entenderse aplicable* en aquellos casos en que **persista una situación de inequidad entre los cónyuges que tenga que mitigarse a través del mecanismo compensatorio**, ya sea porque el cónyuge solicitante se dedicó de forma exclusiva al hogar, o bien, porque realizó *doble jornada*." (Énfasis en el original) (pág. 18, párr. 3).

Por eso, el Tribunal Colegiado "debió evaluar si la solicitante se dedicó en mayor proporción que su ex cónyuge al cuidado de los hijos y del hogar, —tanto durante los primeros veinticinco años, como en los posteriores quince años—, no obstante hubiera dedicado alguna parte de su tiempo a sus actividades profesionales, y si ello le generó algún costo de oportunidad. Es decir, si no adquirió bienes propios o los que adquirió son notoriamente inferiores a los de su ex pareja [*sic*]." (pág. 18, párr. 4).

5.3 Violencia familiar e indemnización patrimonial por daño moral

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018⁸⁴

Hechos del caso

La señora L interpuso una demanda de divorcio con la que solicitó una compensación e indemnización de su esposo J, argumentando que durante el matrimonio ella y su hijo C sufrieron violencia familiar por parte de J. La jueza civil que conoció el caso decretó el divorcio, fijó una compensación y condenó a J al pago de una indemnización por daño moral, causado por la violencia que ejerció contra L y C.

Las dos partes apelaron la sentencia y luego interpusieron una demanda de amparo directo en contra de la resolución de la Sala del tribunal. El tribunal colegiado resolvió, entre otras cosas, en relación con la demanda de J, que aun cuando se habían probado los actos de violencia familiar, no era viable condenarlo a una indemnización por daño moral. También se modificó el monto de la compensación que se había determinado antes para L, reconociendo la doble jornada laboral que desempeñó durante su matrimonio. La señora L presentó un recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia en contra de esa decisión, también en representación de su hijo C, basado en dos argumentos principales: compensación a la luz del derecho a la igualdad, e indemnización económica por daño moral, derivada de la violencia intrafamiliar.

La Primera Sala amparó a L y C porque se encontró que el tribunal colegiado no observó la doctrina de la Suprema Corte sobre el derecho a una justa indemnización y a una vida libre de violencia. Se resolvió que las afectaciones patrimoniales y morales de las víctimas de violencia sí deben ser reparadas económicamente de forma justa y proporcional a los daños sufridos.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. De acuerdo con la literatura especializada, ¿puede afirmarse que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación? ¿Cómo deben actuar los órganos jurisdiccionales en casos de violencia contra la mujer?
2. ¿La violencia intrafamiliar constituye un hecho ilícito susceptible de demandarse en los juicios de responsabilidad civil extracontractual? ¿Cómo se actualiza el daño moral en los casos de violencia familiar?

⁸⁴ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

3. ¿Los daños morales derivados de la violencia doméstica son indemnizables? ¿Cuáles elementos deben tomarse en cuenta para fijar la indemnización económica?

Criterios de la Suprema Corte

1. La violencia contra la mujer tiene raíces en la desigualdad histórica de las relaciones de poder entre el hombre y la mujer y la discriminación generalizada contra la mujer en los sectores tanto público como privado. En los casos que se advierta una situación de violencia o vulnerabilidad por cuestiones de género, los órganos judiciales deben aplicar la herramienta de perspectiva de género.

En los casos que se advierta una situación de violencia o vulnerabilidad por cuestiones de género, los órganos judiciales deben aplicar la herramienta de perspectiva de género.

2. La violencia intrafamiliar constituye un hecho ilícito, cuyas consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales deben ser reparadas de manera justa y acorde a la entidad de la afectación. En los casos de violencia familiar, el daño moral se actualiza por la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido o continúe padeciendo el afectado a consecuencia de los actos u omisiones llevadas a cabo por el generador de violencia.

3. Los daños morales derivados de la violencia doméstica son indemnizables. Para fijar la indemnización económica por daño moral debe analizarse: (i) el tipo de derecho o interés lesionado, (ii) el nivel de gravedad del daño, (iii) los gastos devengados o por devengar derivados del daño moral, (iv) el grado de responsabilidad del responsable, y (v) la capacidad económica de este último.

Justificación de los criterios

1. La Primera Sala estableció al inicio del estudio del caso, de acuerdo con literatura especializada consultada que "La violencia contra la mujer es una forma de discriminación y constituye una violación a los derechos humanos. Una de las manifestaciones de violencia en contra de las mujeres se encuentra en el seno familiar, cuyas consecuencias comprometen las libertades fundamentales de quienes son sus víctimas, como los derechos a la vida y la seguridad personal, al más alto nivel posible de salud física y mental, a la educación, al trabajo y a la vivienda. Las raíces de la violencia contra la mujer se encuentran en la desigualdad histórica de las relaciones de poder entre el hombre y la mujer y la discriminación generalizada contra la mujer en los sectores tanto público como privado". (Pág. 12, párr. 1).

En ese contexto, la Suprema Corte ha determinado que "en aquellas controversias donde se plantee una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria, los órganos judiciales deben verificar, aplicando la herramienta de perspectiva de género, si existen posibles desventajas por dicha condición" (pág. 12, párr. 3). En este caso se determinó que es procedente realizar

un análisis con base en perspectiva de género porque se acreditó en toda la secuela procesal que L y C sufrieron violencia familiar, causada directamente por su excónyuge, lo que da cuenta de las posibles desventajas por condición de género (pág. 13, párr. 4).

2. La señora L argumentó en su recurso de revisión que el tribunal colegiado interpretó incorrectamente el derecho a recibir una justa indemnización por los daños que sufrió derivados de la violencia doméstica de la que fueron víctimas tanto ella como su hijo. La Primera Sala consideró fundado ese agravio, principalmente considerando que la doctrina constitucional ha establecido que la "justa indemnización", un derecho humano que forma parte del derecho a obtener una reparación integral, y que rige en las relaciones entre particulares y no sólo como responsabilidad del Estado (pág. 17, párr. 2).

La doctrina de la Suprema Corte ha establecido que la "justa indemnización", un derecho humano que forma parte del derecho a obtener una reparación integral, y que rige en las relaciones entre particulares y no solo como responsabilidad del Estado.

Para la Corte, en esa línea, se indicó que una "justa indemnización" o "indemnización integral" "implica volver las cosas al estado en que se encontraban, el restablecimiento de la situación anterior y de no ser esto posible, establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados al surgir el deber de reparar" (pág. 23, párr. 2). A partir de este concepto, la Primera Sala "ha determinado **la inconstitucionalidad de las normas que establezcan fórmulas fijas para establecer el monto de la indemnización que no atiendan a los criterios de justicia y razonabilidad.**" (Pág. 24, párr. 3). (Énfasis en el original).

También se han definido en la jurisprudencia constitucional los parámetros para determinar una reparación justa de los daños. Conforme a estos criterios, "una indemnización por daño moral debe individualizarse atendiendo a: (i) la naturaleza y extensión de los daños causados, es decir, si son físicos, mentales o psicoemocionales; (ii) la posibilidad de rehabilitación de la persona afectada; (iii) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; (iv) los daños materiales, incluidos los ingresos y el lucro cesante; (v) los perjuicios inmateriales; (vi) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales; (vii) el nivel o grado de responsabilidad de las partes; (viii) su situación económica; y (ix) demás características particulares". (Pág. 26, párr. 1).

Se reiteró en la sentencia que sí es posible demandar la reparación de la violación a los derechos humanos en la vía civil, y la indemnización que se establezca debe observar los criterios de la Suprema Corte sobre el derecho a una justa indemnización (pág. 32, párr. 3).

Luego se analizó en la sentencia si la violencia intrafamiliar puede demandarse como un caso de responsabilidad civil extracontractual regido por el derecho a una justa indemnización. Para la Primera Sala, la violencia intrafamiliar "constituye un hecho ilícito, que tiene cabida en las relaciones entre particulares, cuyas consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales deben ser reparadas de manera justa y acorde a la entidad de la afectación"

La violencia intrafamiliar "constituye un hecho ilícito, que tiene cabida en las relaciones entre particulares, cuyas consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales deben ser reparadas de manera justa y acorde a la entidad de la afectación".

(pág. 33, párr. 1). Así, cuando se demande la reparación del daño patrimonial o moral que ha resentido una víctima de violencia intrafamiliar, deberán mostrarse los elementos que integran la responsabilidad civil (pág. 33, párr. 1).

Hecho ilícito. El primer elemento de la responsabilidad civil es el hecho ilícito. La conducta de una persona será ilícita cuando contravenga alguna obligación legal a su cargo, o cuando sea negligente (pág. 33, párrs. 2 y 3).

La Primera Sala ha reconocido que el derecho a vivir en un entorno familiar libre de violencia es un derecho humano derivado de los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad de las personas, a la igualdad y al establecimiento de condiciones para el desarrollo personal, reconocidos en los artículos 1o., 4o. y 29 de la Constitución General, así como en tratados internacionales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (págs. 33, párr. 5 y 36, párr. 1). El Código Civil Federal también regula la violencia familiar (pág. 36, párr. 2), y lo mismo, la Ley para Prevenir, Atender y Erradicar la Violencia en el Estado de Guanajuato, en la cual se define a la violencia familiar como "cualquier acto u omisión que se dirige a afectar o dañar psicológica, física, patrimonial, económica o sexualmente a cualquier integrante de la familia (pág. 36, párrs. 1 y 2).

De este análisis, la Corte concluyó que "los actos u omisiones que comportan una conducta dañosa en la esfera física, emocional o psíquica de algún miembro de la familia constituyen un hecho ilícito, pues su realización transgrede normas de orden público, establecidas incluso a nivel constitucional e internacional." (Pág. 36, párr.1). (Énfasis en el original).

Daño. Sobre el segundo, el elemento de la responsabilidad civil se explicó en la sentencia que "Un hecho ilícito puede generar tanto afectaciones patrimoniales como extrapatrimoniales. **Ambos daños deben ser indemnizados**" (pág. 37, párr. 1). **En cuando al daño moral, calificado como una afectación que se basa en intereses no patrimoniales o espirituales, se explicó que** "las angustias, las aflicciones, las humillaciones, el padecimiento o el dolor constituyen daños a la moral en tanto son afectaciones a intereses no patrimoniales" (pág. 38, párr. 1). (Énfasis en el original).

Cuando existe violencia familiar, "el daño moral se actualiza por la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido o continúe padeciendo el afectado a consecuencia de los actos u omisiones llevadas a cabo por el generador de violencia. Mientras que el daño patrimonial se genera por todos aquellos costos económicos que tuvo asumir el afectado derivado del actuar o negligencia del agresor". (Pág. 39, párr. 1).

En esta parte de la sentencia se afirmó, con base en la literatura especializada consultada que:

La violencia de doméstica tiene consecuencias que comprometen las libertades fundamentales de quienes son sus víctimas, como los derechos a la vida y la seguridad personal, al más alto nivel posible de salud física y mental, a la educación, al trabajo y a la vivienda, así como a la participación en la vida pública.

Las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar tienen diversos problemas que afectan su capacidad para ganarse la vida y participar en la vida pública; y sus hijos corren un riesgo significativamente mayor de tener problemas de salud, bajo rendimiento escolar y trastornos del comportamiento.

- La violencia de doméstica tiene consecuencias que comprometen las libertades fundamentales de quienes son sus víctimas, como los derechos a la vida y la seguridad personal, al más alto nivel posible de salud física y mental, a la educación, al trabajo y a la vivienda, así como a la participación en la vida pública (pág. 39, párr.2).

- Las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar tienen diversos problemas de salud física y emocional, repercutiendo en su capacidad para ganarse la vida y participar en la vida pública (pág. 39, párr. 3).

- Los hijos de las mujeres víctimas de violencia doméstica corren un riesgo significativamente mayor de tener problemas de salud, bajo rendimiento escolar y trastornos del comportamiento (pág. 39, párr. 3).

- En cuanto a las consecuencias psicológicas de la violencia contra la mujer, estas pueden ser tan devastadoras como los efectos físicos: depresión, ansiedad, angustia, confusión, comportamiento disociativo, ideas o intentos de suicidio, incomunicación, aislamiento, bajas laborales, consumo de psicofármacos, abuso de alcohol o drogas. Las mujeres que han sufrido violencia de pareja tienen casi el doble de probabilidades de padecer depresión y problemas con la bebida (pág. 40, párr. 1).

- Cuanto más grave es el maltrato, mayores son sus repercusiones sobre la salud física y mental de las mujeres. Además, las consecuencias negativas para la salud pueden persistir mucho tiempo después de que haya cesado el maltrato (pág. 40, párr. 2)

En resumen, **"la violencia familiar, dependiendo de su naturaleza, puede afectar derechos o intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, en el segundo caso estaremos ante un daño moral. Dichos daños tienen consecuencias que a su vez, pueden ser presentes o futuras."** (Pág. 40, párr. 3). (Énfasis en el original).

Nexo causal. Por último, para acreditar la responsabilidad civil que se demande es necesario demostrar el nexo causal entre la conducta del agresor y el daño causado a la víctima. En los casos de violencia intrafamiliar "debe mostrarse que los daños psicológicos que resintió o resentirá la víctima, y los costos económicos que asumió o asumirá en el futuro, derivan precisamente de la violencia doméstica que realizó el agresor." (Pág. 41, párr. 4).

1. Los daños morales derivados de la violencia doméstica son indemnizables (pág. 43, párr. 2), aunque su cuantificación es compleja. Para fijar la indemnización económica por daño moral debe analizarse: (i) el tipo de derecho o interés lesionado, (ii) el nivel de gravedad del daño, (iii) los gastos devengados o por devengar derivados del daño moral, (iv) el grado de responsabilidad del responsable, y (v) la capacidad económica de este último (pág. 43, párr. 4)

Los daños morales derivados de la violencia doméstica son indemnizables. Para fijar la indemnización económica por daño moral debe analizarse: (i) el tipo de derecho o interés lesionado, (ii) el nivel de gravedad del daño, (iii) los gastos devengados o por devengar derivados del daño moral, (iv) el grado de responsabilidad del responsable, y (v) la capacidad económica de este último.

En el caso se acreditó como hecho ilícito generador de responsabilidad civil, la violencia psicológica y emocional que padecieron L y C, que fue probada en cada instancia del caso, a partir de elementos como una prueba pericial en psicología; una carpeta de investigación por la denuncia de violencia intrafamiliar presentada por L y C; y una plática sostenida con el niño (pág. 44, párrs. 1 y 2). De aquí la Primera Sala concluyó que hubo una conducta dañosa en la esfera emocional o psíquica de L y C, que es un hecho ilícito porque contra- viene normas nacionales e internacionales (pág. 46, párr. 2).

Se probó también la existencia de un daño, toda vez que L presentaba una afectación psicológica por violencia intrafamiliar, y C fue diagnosticado con depresión leve y afectación psicológica. Se acreditó que esas afectaciones fueron causadas por la violencia psicológica y emocional que generó J (pág. 47, párr. 1). Con todo, la Corte notó que no se estableció el nivel de afectación (leve, medio o severo) causado a L y C, lo cual es necesario para fijar el monto de indemnización que les corresponde. Se consideró que debían reca- barse mayores elementos probatorios, para que, aplicando los lineamientos para deter- minar el quantum indemnizatorio, pudiera establecerse el monto de la indemnización en el caso concreto (pág. 47, párrs. 2, 3 y 4).

5.4 Investigación de los feminicidios y violencia de género

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 554/2016, 25 de marzo de 2015⁸⁵

Hechos del caso

El 29 de junio de 2010, MLB fue encontrada muerta en su casa. Su esposo, un policía, acudió a la Procuraduría del Estado de México para reportar el aparente suicidio de MLB, manifestando haberla encontrado colgada de una armella. En el dictamen forense se concluyó que MLB había muerto por asfixia. Sin abrirse otras líneas de investigación po- sibles, el Ministerio Público concluyó que se había suicidado y decidió no ejercer acción penal. La madre de MLB, la señora IB, acompañada por el Observatorio Nacional contra el Feminicidio (ONCF), interpuso un recurso de revisión para que se reconsiderara el no ejercicio de la acción penal. Al no recibir respuesta, interpuso un juicio de amparo.

El 17 de diciembre de 2012, un juez de distrito concedió el amparo a la IB por la violación de su derecho de acceso a la justicia rápida y expedita, y ordenó una serie de medidas de protección y reparación. En contra de esta resolución, IB presentó un recurso de revisión, en el cual reclamó entre otras cuestiones, el incumplimiento de la obligación de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, y a la violación por parte de estas autoridades de la garantía de acceso a mecanismos judi-

⁸⁵ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro: Alfredo Gutierrez Ortiz Mena.

ciales y administrativos adecuados y efectivos para combatir las violaciones a derechos humanos de las mujeres que se actualizaron con los actos reclamados, así como la de investigar con la debida diligencia la muerte de su hija, con apego al "Protocolo de investigación del delito de homicidio desde la perspectiva del feminicidio" del Estado de México. La Suprema Corte atrajo el caso y amparó a IB, encontrando que en el caso existieron serias irregularidades en la investigación criminal, omitiéndose además la aplicación de una perspectiva de género.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. Tomando en consideración los estándares nacionales e internacionales para la investigación de muertes violentas de mujeres, ¿las autoridades responsables cumplieron con su obligación de aplicar el protocolo de investigación que debió haberse observado, en relación con la muerte de MLB, con una perspectiva de género?
2. De conformidad con las exigencias técnicas requeridas para la investigación efectiva de femicidios establecidas en el Protocolo, ¿el órgano investigador cumplió con su obligación de proteger mínimamente la escena del crimen?
3. De acuerdo con las técnicas de investigación criminal, ¿se realizó un seguimiento y protección adecuada de la cadena de custodia de los elementos recabados en la escena del crimen que deben de examinarse y verificarse específicamente cuando se está ante posibles hechos de ahorcamiento?
4. En atención a las exigencias metodológicas y a los elementos de análisis que establece la literatura especializada de la ciencia forense para la investigación de casos de suicidio por asfixia, ¿se puede considerar que los dictámenes periciales realizados para investigar este caso cumplen con los elementos metodológicos y analíticos esenciales para analizar las circunstancias que rodean la muerte de MLB, desde un enfoque de muerte violenta, así como para determinar si fue víctima de violencia física o sexual?
5. En la investigación de personas que podrían estar vinculadas a la muerte de MLB, ¿las autoridades responsables debieron de abrir una línea de investigación respecto de su esposo en atención a los elementos existentes en el caso que podrían ser compatibles con la violencia de género?

Criterios de la Suprema Corte

1. En la investigación de la muerte de MLB, las autoridades responsables incumplieron con su obligación de aplicar los protocolos de investigación correspondientes para investigar los hechos con una perspectiva de género. Entre otras cuestiones, no se tomaron en cuenta que las circunstancias de su muerte eran consistentes el patrón registrado en los

protocolos de actuación, sumado al hecho de que existían imputaciones sobre una su-
puesta relación de violencia doméstica. Tampoco se consideró de acuerdo con los dife-
rentes protocolos para investigar las muertes violentas de mujeres, si bien tienen múltiples
expresiones y contextos, gran parte de ellas son cometidas en el hogar, a manos de per-
sonas conocidas y una de las formas comunes de dicha muerte es la asfixia y los
traumatismos.

2. Durante la investigación, las autoridades responsables no cumplieron con su obligación
de proteger mínimamente la escena del crimen de conformidad con los estándares inter-
nacionales. Sus actos y omisiones demuestran una serie de deficiencias e irregularidades,
entre las que destacan las siguientes: no hubo una correcta protección de la escena del
crimen para determinar la forma en que se encontró a MLB; no se sabe con certeza cuáles
peritos estuvieron presentes; la inspección no sólo no se realizó con el cuidado requerido
para la realización de estas diligencias; y se incurrió en irregularidades graves como permitir
a la persona que debió haber sido objeto de investigación por posible feminicidio estar
presente y mover elementos de la escena del crimen.

3. Según el contenido del expediente, el equipo investigador no recabó ninguna prueba
de la escena del crimen: ni el objeto constrictor, ni los puntos de apoyo; no se ubicaron
los nudos ni posición del cuerpo, tampoco se tomaron huellas. De igual modo, tampoco
se protegió el celular que se encontró en la cama al lado del cuerpo de la víctima. No existe
registro alguno sobre la toma y resguardo de huellas, pruebas hemáticas, de saliva o de
fluidos en general. En suma, no se protegió ni recabó ninguna prueba física el día de los
hechos, lo cual se considera de suma gravedad y una violación a la debida diligencia, así
como un incumplimiento de los elementos que de acuerdo con las técnicas de investiga-
ción criminal deben de examinarse y verificarse específicamente cuando se esté ante
posibles hechos de ahorcamiento.

4. De acuerdo con el contenido del expediente, no existe información que permita deter-
minar la forma en que los peritos médicos forenses levantaron, protegieron y trasladaron
el cuerpo a las instalaciones de la Procuraduría. Lo cual constituye una violación a las di-
rectrices que establece el Protocolo de actuación estatal para el estudio del cadáver durante
el proceso de protección y de la diligencia del levantamiento del cadáver.

5. Los dictámenes periciales realizados para investigar las circunstancias de la muerte de
MLB, como un aparente suicidio por asfixia, no cumplen con los elementos metodológicos
y analíticos esenciales para investigar un caso de muerte violenta que establece la literatura
especializada. Inclusive, éstos son inexplicablemente contradictorios entre sí y omisos en
realizar otras pruebas que tuvieran la finalidad de determinar si la mujer fue víctima de
violencia física o sexual. Esto porque no se realizó prueba alguna ni un peritaje en medicina
forense para analizar si la víctima tenía el síndrome de mujer maltratada o de indefensión

aprendida. Ello conlleva a que considere que en la investigación de la muerte de MLB como un suicidio por asfixia, se tenía la intención de ocultar hechos, vulnerado el derecho a la debida diligencia y el acceso a la justicia, y por tanto éstos se consideran inválidos.

6. En la investigación de personas que podrían estar vinculadas a la muerte de MLB se debió de abrir una línea de investigación respecto de su esposo con los elementos existentes en el caso que podrían ser compatibles con la violencia de género y avanzar la investigación sin descartar esa hipótesis para localizar e integrar el resto de los elementos probatorios. Para lo cual, se debieron de tomar datos, fotos, exploraciones físicas, así como hacer interrogatorios y peritajes especializados de conformidad con los estándares mínimos que deben indicarse en relación con los probables responsables, que establece el Protocolo de actuación estatal.

Justificación de los criterios

1. *Protocolos de investigación.* En la investigación de la muerte de MLB, las autoridades responsables incumplieron con su obligación de aplicar los protocolos de investigación para investigar los hechos relacionados con su muerte con una perspectiva de género. Pues, de conformidad con los estándares del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, "las autoridades estatales no sólo deben condenar toda forma de discriminación basada en el género, sino también están obligadas a tomar medidas concretas para lograrlo, tales como consagrar la igualdad de género y de sexo en sus normas, y abolir todas aquellas leyes, costumbres y prácticas que redunden en acciones discriminatorias contra las mujeres. [...] Para lograr lo anterior, las autoridades deben adoptar, en todas sus políticas y actos, una herramienta como método para detectar y eliminar las barreras u obstáculos que discriminan a las personas por condición de género, a la cual se le denomina perspectiva de género, que surge como resultado de una teoría multidisciplinaria". (Pág. 56, párrs. 1 y 2).

El derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y de violencia se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de género, lo cual pretende combatir argumentos estereotipados e indiferentes para el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad.

En concreto, "el derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y de violencia se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de género, lo cual pretende combatir argumentos estereotipados e indiferentes para el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad." (Pág. 57, párr. 1). En este sentido, en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia "se obliga a la Procuraduría General de la República, a las entidades federativas y al Distrito Federal, en el ámbito de sus competencias, a elaborar y aplicar protocolos especializados con perspectiva de género en la búsqueda inmediata de mujeres y niñas desaparecidas, para la investigación de los delitos de discriminación, feminicidio, trata de personas, así como contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. En consecuencia, se han implementado distintos protocolos de investigación para desarrollar las exigencias técnicas requeridas para la investigación efectiva de la violencia de género, particularmente el feminicidio." (Pág. 58, párr. 2).

A nivel internacional, el "Protocolo de actuación para la investigación del feminicidio", elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, detalla las diligencias y técnicas criminalísticas para la investigación del delito de feminicidio. Lo mismo ocurre con la "Propuesta de protocolo de actuación en la investigación del delito de homicidio desde la perspectiva del feminicidio", elaborada por el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM, parte de ONU Mujeres), la cual pretende ser una contribución al proceso de estandarización ordenado por la Corte Interamericana en el marco de la sentencia del *caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, , atendiendo a la necesidad de estandarizar los protocolos, los criterios ministeriales de investigación los servicios periciales y la investigación de justicia". (Pág. 59, párr. 1).

Además de los anteriores, resulta relevante para este caso "el Protocolo de actuación para la investigación del homicidio desde la perspectiva del feminicidio del Estado de México (en adelante 'el Protocolo de actuación estatal') [...] elaborado como consecuencia de lo ordenado por la Corte Interamericana [...]. En éste "se establece que "todo homicidio contra una mujer debe ser investigado con visión de género, es decir, como un posible feminicidio." (Pág. 61, párr. 1).

La Primera Sala consideró importante destacar que, de conformidad con los diferentes protocolos para investigar las muertes violentas de mujeres, si bien estas muertes tienen múltiples expresiones y contextos, gran parte de ellas son cometidas en el hogar de la mujer, a manos de personas conocidas –como parejas o familiares–, y una de las formas comunes de dicha muerte es la asfixia y los traumatismos. Por esta razón, se resolvió que la muerte de MLB encajaba en el patrón registrado en los protocolos de actuación, tanto por ser mujer, como por su aparente causa de muerte (asfixia), el lugar donde se encontró su cuerpo (su casa), y la persona que alegadamente encontró el cuerpo (su esposo). Todo ello aunado a que existían imputaciones sobre violencia doméstica de la pareja (pág. 63, párrs. 1 y 2).

Sin embargo, "en la investigación de los hechos no se protegió la escena del crimen ni la cadena de custodia, no se recogió ninguna evidencia de la escena del crimen, no se realizaron las diligencias mínimas de investigación, y los peritajes realizados no dan cuenta de la complejidad de los hechos, son imprecisos e incluso omisos, no fueron realizados con perspectiva de género e, inclusive, algunos de los peritos han manifestado recientemente que sus primeros peritajes omitieron datos importantes como el hecho que la escena del crimen fue contaminada, de lo cual nunca se dio cuenta en la investigación." (Pág. 63, párr. 3).

Lo anterior constituye un incumplimiento de la obligación de que todo caso de muertes de mujeres, incluidas aquellas que *prima facie* parecerían haber sido causadas por motivos

La Primera Sala estableció que todo caso de muertes de mujeres, incluidas aquellas que *prima facie* parecerían haber sido causadas por motivos criminales, suicidio y algunos accidentes, deben de analizarse con perspectiva de género, para poder determinar si hubo o no razones de género en la causa de la muerte y para poder confirmar o descartar el motivo de la muerte.

criminales, suicidio y algunos accidentes, deben de analizarse con perspectiva de género. Esto es así por la importancia que tiene el debido cuidado en la realización de todas las diligencias para determinación eficiente de la verdad. Por ello, "la valoración de la oportunidad y la oficiosidad de la investigación debe hacerse tanto de los actos urgentes, como del desarrollo de un plan o programa metodológico de la investigación." (Pág. 64, párrs. 1 y 2).

Con base en todo lo anterior, la Sala determinó que "En términos generales, las autoridades que investigan una muerte violenta deben intentar como mínimo: i) identificar a la víctima; ii) proteger la escena del crimen; iii) recuperar y preservar el material probatorio; iv) investigar exhaustivamente la escena del crimen; v) identificar posibles testigos y obtener declaraciones; vi) realizar autopsias por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados; vii) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, y cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte. En el caso de muertes de mujeres se deben identificar las conductas que causaron la muerte y verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originan o explican la muerte violenta. Además, en dichas muertes se deben preservar evidencias específicas para determinar si hubo violencia sexual y se deben hacer las periciales pertinentes para determinar si la víctima estaba inmersa en un contexto de violencia. Además, las investigaciones policiales y ministeriales por presuntos feminicidios deben analizar la conexión que existe entre la violencia contra la mujer y la violación de otros derechos humanos, así como plantear posibles hipótesis del caso, basadas en los hallazgos preliminares que identifiquen la discriminación o las razones de género como los posibles móviles que explican dichas muertes. En ese sentido, se debe investigar, de oficio, las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer cuando dicho acto se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer que se da en una región determinada."

"Aunado a lo anterior, corresponde destacar que el Protocolo de actuación estatal contiene el marco normativo y una guía de los elementos y diligencias necesarias para la integración de la averiguación previa para la investigación del homicidio de mujeres con perspectiva de género. Además, en él se desarrollan las técnicas criminalísticas aplicadas en la investigación de homicidios de mujeres, incluyendo una metodología propia para la investigación de feminicidios, la forma en la que se debe actuar en el lugar de la investigación y las técnicas a adoptar durante las mismas, así como los criterios criminalísticos necesarios para evaluar a la víctima y al victimario. Al respecto, esta Primera Sala destaca que la eficacia de la investigación, en el caso de muertes violentas de mujeres, depende de manera directa y en gran medida, de la prueba técnica realizada por los peritos." (Pág. 65, párr. 1; pág. 66, párr. 1).

2. *Protección de la escena del crimen.* Durante la investigación de la escena, las autoridades responsables no cumplieron con su obligación de proteger mínimamente la escena del crimen, sus actos y omisiones son prueba de las deficiencias y las irregularidades en dicha diligencia. La protección de la escena del crimen o de una escena vinculada con el mismo respecto de cualquier hecho en el que haya perdido la vida una persona, es de vital importancia. Por tanto, "es indispensable que quienes interactúan con las mismas actúen conforme a ciertos estándares que garanticen que los resultados de la investigación sean completos, objetivos e imparciales, teniendo en cuenta que ésta debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y ser orientada a la determinación de la verdad. La intención final es que el estudio de dichas escenas pueda arrojar elementos útiles y válidos para ser valorados por un juzgador, lo cual requiere de un trabajo óptimo en el lugar sometido a análisis, empleando conocimientos técnicos y procedimientos criminales para cada tipo de prueba." (Pág. 66, párr. 2).

Una vez que se les permite el acceso a los peritos auxiliares a la escena para su estudio, "se recomienda que los peritos realicen una búsqueda profunda, metódica, completa, minuciosa y sistemática de indicios, tanto en la propia escena, así como en zonas aledañas, recopilando cualquier dato que pueda ser útil para la investigación. Dichos datos proporcionan bases científicas o técnicas para orientar la investigación criminal, reforzando hipótesis y permitiendo llegar a conclusiones con un mayor grado de fiabilidad. El rastreo debe procurarse realizar bajo las mejores condiciones, es decir, utilizando los instrumentos adecuados, para proceder a describir la escena, para lo cual el uso de la fotografía y la planimetría son fundamentales." (Pág. 67, párr. 2).

"La falta de preparación de quienes intervienen en el estudio de las escenas de crimen, así como la falta de protocolos adecuados en las respectivas instituciones públicas, puede provocar que se cometan errores en la cadena de custodia, los cuales comprometan la investigación que se está llevando a cabo. Entre tales errores se encuentran: la falta de organización del equipo, la débil protección de la escena, la falla de aseguramiento de la escena para evitar que entren personas no autorizadas, la falla en la toma de anotaciones adecuadas, el tomar pocas o ninguna fotografía, el utilizar técnicas incorrectas, y el manipular, recolectar y empaquetar de forma inadecuada la evidencia." (Pág. 67, párr. 3).

"Ahora bien, en específico para los casos de la muerte de una mujer, el protocolo de actuación –en sentido similar a diferentes protocolos estatales y propuestas de protocolos– establece una lista de control sobre las acciones que se deben llevar para la investigación en el lugar de los hechos, que contiene esencialmente lo siguiente:

- Traslado al lugar de la investigación con el equipo multidisciplinario (Ministerio Público, Policía Judicial y Peritos), preservación y conservación del lugar de la investigación, bús-

queda, localización, fijación y levantamiento de indicios, rastreo hemático, envío de indicios a los Laboratorios de Criminalística y levantamiento de cadáver y traslado del cadáver.

- Fijación (descriptiva, croquis, fotográfica, videograbación y moldes)
- Levantamiento de indicios (cadáver, armas de fuego, elementos balísticos, objetos vulnerantes).
- Agentes utilizados para inmovilizar (para oclusión de boca y nariz, constrictores, cuerdas, lazos, cintas, artefactos de carácter erótico sexual)
- Levantamiento de huellas (digitales, palmares, plantares, labiales, calzado, neumáticos, entre otras)
- Elementos pilosos naturales o artificiales (cabellos, pelos, fibras u otros de morfología semejante)
- Sustancias biológicas (semen, sangre, orina, heces fecales, sudor, saliva, contenido gástrico, sangrado menstrual)
- Ropas (descripción, talla, color, marcas, manchas, desgarraduras, desabotonaduras)
- Posibles sustancias tóxicas (psicotrópicos, fármacos, venenos)
- Aceleradores de combustión (gasolina, petróleo, otros)
- Documentos (mensajes escritos, mensajes grabados, mensajes videograbados, documentos de identificación, objetos personales de la víctima, objetos relacionados, celulares, equipo de cómputo, localización de vehículos)" (Pág. 68, párrs. 1 y 2).

A pesar de lo anterior y de acuerdo con los datos del expediente, al menos que en esta etapa de la averiguación, "esta Primera Sala concluye que no hubo una correcta protección de la escena del crimen para determinar la forma en que se encontró a Mariana Lima Buendía y las evidencias que habrían servido para la investigación de su muerte; no se sabe con certeza qué peritos estuvieron presentes; la inspección no sólo no se realizó con la acuciosidad requerida, sino que omitió diligencias básicas e incurrió en irregularidades graves como permitir que una persona respecto de quien se debió abrir una línea de investigación –por ser quien, por su propio dicho, había encontrado y movido el cuerpo de su esposa minutos antes– estuviera presente y moviera –en presencia del equipo investigador– elementos de la escena del crimen." (Pág. 71, párr. 1).

"De conformidad con el estándar previamente descrito por esta Sala y la lista específica del Protocolo estatal con que, además, contaba el órgano investigador para proteger la escena del crimen, salvo el traslado al lugar de la investigación con un equipo multidiscipli-

plinario –del cual no se sabe su composición ni *expertise*–, no surge del expediente que se haya cumplido con proteger mínimamente la escena del crimen y, por el contrario, son evidentes las deficiencias y las irregularidades en dicha diligencia." (Pág. 72, párr. 2).

1. *Cadena de custodia*. El seguimiento y la protección de la cadena de custodia de los elementos recabados en una escena del crimen tiene la intención de que "los indicios obtenidos generen el mayor grado de convicción en el juzgador, [para lo cual] es necesario respetar la llamada cadena de custodia, que se refiere al registro de los movimientos de la prueba desde que es descubierta hasta que ya se necesita." (Pág. 72, párr. 3).

2. No obstante, según el contenido del expediente, "**el equipo investigador no recabó ninguna prueba** de la escena del crimen. En ese sentido, no se recabó el objeto constrictor, ni los puntos de apoyo; no se ubicaron los nudos ni posición del cuerpo, tampoco se tomaron huellas" (pág. 74, párr. 1). De igual modo, "tampoco se protegió el celular que se encontró en la cama al lado del cuerpo", asimismo, no existe registro alguno sobre la toma y resguardo de huellas, pruebas hemáticas, de saliva o de fluidos en general (pág. 74, párr. 1). Por lo cual, "esta Primera Sala concluye que, salvo por algunas fotografías que no contemplan la totalidad de la escena del crimen, **no se protegió ni recabó ninguna prueba física** el día de los hechos, ni siquiera los elementos con los que Mariana Lima Buendía habría muerto –el cordón y la armella–, el celular que se encontraba a su lado o que se hubiera buscado la alegada nota suicida. [...] Esta Primera Sala considera que dichas falencias no se limitan a simples omisiones u acciones negligentes de parte del equipo multidisciplinario, sino que podrían responder a acciones deliberadas por no recabar la información mínima necesaria para esclarecer los hechos, lo cual se considera de suma gravedad y una violación a la debida diligencia." (Pág. 74, párr. 3).

3. *Proceso de protección del cadáver*. De acuerdo con el contenido del expediente, no existe información que permita determinar la forma en que el cuerpo fue levantado, protegido y trasladado a las instalaciones de la Procuraduría. Lo cual constituye una violación a las directrices que establece el Protocolo de actuación estatal para el estudio del cadáver durante el proceso de protección y de la diligencia del levantamiento del cadáver. El proceso de protección del cadáver se desarrolla en dos etapas: "durante el levantamiento y en el laboratorio en la autopsia médica-legal. Ambas operaciones deben ser realizadas por el perito médico forense." (Pág. 76, párr. 1). "No existe en el expediente información que permita determinar la forma en que el cuerpo fue levantado, protegido y trasladado a dichas instalaciones." (Pág. 80, párr. 1).

4. *Análisis forense de la muerte aparente por asfixia*. Los dictámenes periciales realizados para investigar las circunstancias de la muerte de MLB, no cumplen con los elementos metodológicos y analíticos esenciales para investigar un caso de muerte violenta e, incluso, son inexplicablemente contradictorios entre sí y omisos en realizar periciales que atendieran a determinar si la mujer fue víctima de violencia física o sexual: no se realizó prueba

alguna ni un peritaje en medicina forense para analizar si tenía el síndrome de mujer maltratada o de indefensión aprendida. Ello conlleva a que considere que se tenía la intención de ocultar hechos, vulnerado el derecho a la debida diligencia y el acceso a la justicia, y por consecuencia se consideran inválidos. La Primera Sala apuntó que "En las ciencias forenses se define la asfixia como la detención de la función respiratoria que puede producirse por alteración en distintos niveles de su dinámica. La muerte por asfixia se puede dar, entre otros, por ahorcadura y estrangulación las cuales tienen diferencias entre sí. Las primeras se definen como la muerte producida por la constricción del cuello provocada por un lazo sujeto a un punto fijo, sobre el cual ejerce tracción el propio peso del cuerpo. Las segundas se definen como la constricción del cuello mediante la aplicación de una fuerza activa que actúa por medio de un lazo, las manos, el antebrazo o cualquier otra estructura rígida. El origen de estas últimas es habitualmente criminal." (Pág. 81, párr. 1).

"Como se ha destacado, cuando se esté ante posibles hechos de ahorcamiento se deben localizar, examinar y verificar, entre otros, la ropa y objetos circundantes, lo cual ayudará a determinar si la muerte fue intencional o accidental. En los ahorcamientos homicidas el golpe de anestesia –referido como el golpe previo en la cabeza con pérdida de conocimiento– es común en los cuales incluso en ocasiones no se manifiestan otras lesiones físicas, ni signos de violencia, ni evidencias materiales, debido a que el o los autores hubieran preparado el escenario para simular ahorcamiento suicida y enmascara la escena. Al respecto se debe considerar, en estos supuestos, que previo a la suspensión podría existir pérdida de conciencia por contusiones, ingestión de sustancias tóxicas, alcohol, drogas, etcétera. En virtud de ello, se recomienda hacer exámenes toxicológicos en sangre, papilla alimentaria, orina, *pool* de vísceras, para poder identificar algún agente externo usado en apoyo o directamente para causar la muerte." (Pág. 82, párr. 1 y ss.).

Con base en la metodología y temas básicos de los dictámenes en una muerte violenta –en este caso por asfixia–, la Primera Sala observó que los dictámenes no cumplen con los elementos esenciales e, incluso, son inexplicablemente omisos. Puesto que, por una parte, la muerte violenta de MLB "se debieron realizar periciales destinadas a determinar si el cuerpo tenía alguna otra muestra de violencia e, incluso, se debieron preservar evidencias para, en su caso, realizar una pericial de violencia sexual. No obstante, no se hizo prueba alguna." (Pág. 84, párr. 1). Adicionalmente, no se realizó "un peritaje en medicina forense, con el propósito de determinar si la occisa presentaba signos o indicios criminales de maltrato crónico anterior a su muerte; es decir, no se analizó si tenía el síndrome de mujer maltratada o el síndrome de indefensión aprendida." (Pág. 85, párr. 1).

Inclusive, respecto a las declaraciones de la madre, hermana y la mejor amiga de MLB en cuanto a la violencia sufrida por parte de su esposo, "no se realizó un peritaje en psicología que estudiara la necropsia psicológica y determinara, en forma retrospectiva, el tipo de personalidad de la víctima, su comportamiento y entorno, para identificar si la occisa

presentaba el síndrome de indefensión aprendida o el síndrome de mujer maltratada. Además, complementariamente pudo haberse realizado un peritaje psicosocial, el cual se centra en la experiencia de las personas afectadas por las violaciones a los derechos humanos, mediante el cual se analizará el entorno psicosocial de Mariana Lima Buendía, así como de las circunstancias y medio en que se desarrolló". (Pág. 85, párr. 3).

Por otra parte, para la Sala, los dictámenes que determinaron la causa de muerte de MLB como suicidio por asfixia y el dictamen en criminalística presentan varias inconsistencias dentro de los mismos y entre ellos (pág. 86, párr. 1). "Los dictámenes periciales no sólo fueron omisos en datos imprescindibles para la determinación de la verdad de lo sucedido, sino que las irregularidades en los mismos y la inexplicable coincidencia en las mismas omisiones –como la alteración o contaminación del lugar expresamente reconocida por un perito con posterioridad– hacen pensar que tenían la intención de ocultar hechos importantes, vulnerando el derecho a la debida diligencia y el acceso a la justicia, por lo que deben considerarse inválidos." (Pág. 90, párr. 4; pág. 91, párr. 1).

Los dictámenes periciales no sólo fueron omisos en datos imprescindibles para la determinación de la verdad de lo sucedido, sino que las irregularidades en los mismos y la inexplicable coincidencia en las mismas omisiones –como la alteración o contaminación del lugar expresamente reconocida por un perito con posterioridad– hacen pensar que tenían la intención de ocultar hechos importantes, vulnerando el derecho a la debida diligencia y el acceso a la justicia, por lo que deben considerarse inválidos.

5. *Investigación de personas que podrían estar vinculadas la muerte violenta de una mujer.* En este caso no se abrió una línea de investigación, como debió hacerse, respecto del esposo de MLB, utilizando una perspectiva de violencia de género. Para llevar a cabo la identificación de aquellas personas respecto de las cuales se deben abrir líneas de investigación por poder estar involucradas en una muerte violenta, se deben de tomar datos, fotos, exploraciones físicas, así como hacer interrogatorios y peritajes especializados. De acuerdo con el Protocolo de actuación estatal, los estándares mínimos que deben indicarse "en relación con los probables responsables [son]:

- Toma de ficha signalética, datos biográficos, ficha decadactilar, media filiación, señas particulares, cicatrices, tatuajes, estudio antropométrico (talla, peso, complexión).
- Fijación fotográfica (cuerpo completo, de frente con escala métrica, busto de frente, perfil derecho, perfil izquierdo, fijación de señas particulares, fijación de tatuajes, solicitar información de antecedentes penales o registros anteriores, ingreso de ficha de identificación a sistema AFIS).
- Exploraciones físicas (exploración psicofísica, edad clínica en caso de ser menor, integridad física de lesiones o clasificación médico — legal de lesiones, exploración andrológica, intervención de perito en psicología para determinar perfil de personalidad misógina — violenta, intervención de perito en psiquiatría, intervención de perito de antropología social, para investigar usos y costumbres en donde se desarrolló el hecho delictivo).
- Toma de muestras de orina (químico toxicológico en orina para detección de narcóticos y estupefacientes, cuantificación de alcohol en la orina).
- Toma de indicios para confronta (semen, aglutinias A, B, O y ADN, toma de surco balano prepucial, citología búsqueda de células con cuerpo de Barr, toma de muestras de folículos

pilosos de cuero cabelludo, toma de muestras de pelo púbico, raspado de uñas, modelos en yeso de arcadas dentarias en caso necesario para estudios de confronta y toma de muestras para prueba de Rodizonato de Sodio y Harrison).

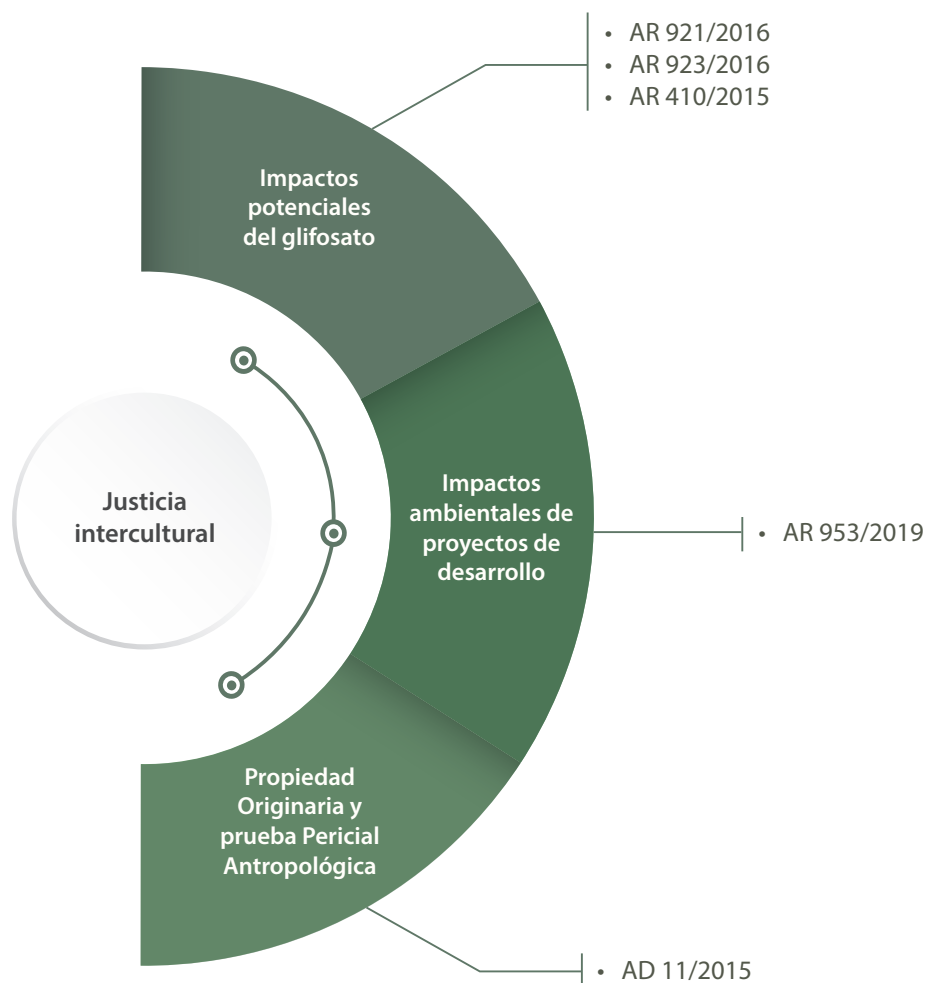
· Estudio de ropas (descripción de talla, color, marcas, manchas, desgarraduras, desabotonaduras, fijación, localización y análisis de manchas u otros indicios).

Uno de los exámenes que deben realizarse en dichas personas son los peritajes psicológicos que, 'en casos específicos de muertes de mujeres, se debe hacer en el probable responsable un peritaje en antropología social, que determinará si aquél presenta patrones culturales orientados hacia conductas misóginas o de discriminación y desprecio hacia las mujeres, apoyándose en el trabajo de campo correspondiente y los resultados de los dictámenes emitidos en las especialidades afines a su materia.' (Pág. 92, párrs. 1 y 2).

Además, dado que "las muertes violentas de mujeres suelen ser consecuencia de diversas manifestaciones de violencia previa por parte de sus victimarios (física, sexual, psicológica y/o económica). Por tanto, en la investigación sobre esas formas de violencia "es fundamental (...) para el diseño de la investigación (el desarrollo de la hipótesis y líneas de trabajo)". En todo caso, en una investigación de una muerte violenta de una mujer, no se trata de explicar la muerte por las características del agresor, sino de encontrar al agresor por las características de la muerte." (Pág. 93, párr. 1).

A pesar de lo anterior, "la muerte de Mariana Lima Buendía y la alegada forma en la que fue encontrada por su esposo, el agente investigador *****, se enmarcaba en el patrón referido, más aun tomando en consideración que fue este último quien la habría encontrado y –según su propio dicho– la habría movido de la posición en que la encontró." (Pág. 93, párr. 2). Por ello y "de conformidad con las reglas de la criminalística y la criminología, y con base en el hecho que el agente ***** fue quien –por su propio dicho– habría encontrado y movido el cuerpo de su esposa, se debió abrir una línea de investigación como uno de los probables responsables de su muerte. A ello habría que agregar las imputaciones directas hechas por familiares y amigos de Mariana Lima Buendía en cuanto a que él era violento física, emocional, económica y sexualmente con ella, así como el hecho que la madre de la occisa lo señalara directamente como responsable de la muerte de aquella. Pese a todo lo anterior, los diferentes agentes y peritos del Ministerio Público omitieron hacer indagaciones mínimas respecto de él, omitieron preguntarle por qué habría movido el cuerpo de su esposa contaminando con ello la escena o dónde había dejado el cordón del cuello de su esposa, permitieron que estuviera presente en las dos diligencias en que las autoridades investigadoras acudieron a recabar indicios, que moviera piezas de la escena del crimen, que aportara material probatorio con posterioridad sin cuestionar por qué no lo habría hecho antes, lo cual, a todas luces, es contrario a las reglas de investigación y podrían constituir, incluso, delitos de obstrucción en la investigación". (Pág. 97, párr. 2).

6. Justicia intercultural (derechos de las personas, los pueblos y las comunidades indígenas)



6. Justicia intercultural (derechos de las personas, los pueblos y las comunidades indígenas)

6.1 Impactos potenciales del glifosato en el medio ambiente, la salud y los medios de vida

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 921/2016, 5 de abril de 2017⁸⁶

Soya transgénica en Quintana Roo y comunidades indígenas

Hechos del caso

Un grupo de personas de una comunidad indígena en el estado de Quintana Roo presentó una demanda de amparo, reclamando la inconstitucionalidad del artículo 61, fracción III, de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM); así como la expedición de un permiso a favor de la empresa Monsanto Comercial para la liberación en fase comercial de soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato en diversas entidades federativas del país, incluyendo los municipios de Bacalar y Othón P. Blanco en Quintana Roo. La sentencia negó el amparo contra la inconstitucionalidad de la LBOGM y lo otorgó respecto del permiso, dejándolo sin efectos hasta que se realizara un proceso de consulta conforme a las disposiciones que tutelan los derechos de las personas y comunidades indígenas.

El representante de los solicitantes del amparo interpuso un recurso de revisión que fue turnado por el Tribunal Colegiado a la Suprema Corte para su resolución. En el recurso de

Artículo 61. Para llevar a cabo el estudio y la evaluación del riesgo, se deberán observar los siguientes lineamientos:

III. La falta de conocimiento o consenso científico no se interpretará necesariamente como indicador de un determinado nivel de riesgo, de ausencia de riesgo, o de la existencia de un riesgo aceptable;

⁸⁶ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas. El Ministro Javier Laynez Potisek hizo suyo el asunto.

revisión se argumentó que los actos reclamados violan los derechos a gozar de un medio ambiente sano; al trabajo y a la consulta pública para los pueblos indígenas por múltiples razones.

Entre los agravios que expresaron los representantes de la comunidad indígena se mencionó que debió declararse la inconstitucionalidad del artículo 61, fracción III, por ser incongruente con el Principio 15 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río), en la cual se consagró en el plano internacional el principio precautorio. Se dijo también que mientras el principio de precaución es una disposición de aplicación general para cualquier caso en que haya peligro de daño, aun sin certeza científica absoluta, la LBOGM limita la adopción de medidas eficaces para la protección del medio ambiente, haciéndolas depender de una resolución administrativa injustificadamente discrecional, ante la posibilidad de no reconocer indicadores de riesgo.

Los representantes de la Comunidad Indígena controvirtieron también la decisión del juez de distrito de otorgarles el amparo para que las autoridades federales realizaran una consulta indígena. Desde su punto de vista, el amparo debió otorgarse de manera lisa y llana para anular definitivamente los permisos otorgados a la empresa Monsanto para la liberación al ambiente para siembra comercial de soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato, por tiempo indefinido. Para explicar su punto de vista dijeron que son hechos notorios que la contaminación transgénica pone en riesgo la apicultura, actividad económica fundamental de la región y expresión cultural del pueblo maya. Manifestaron asimismo que el uso del herbicida glifosato constituye un riesgo para el medio ambiente, la biodiversidad y la salud y que la presencia de esos riesgos altera su vida social y les causará impactos en su territorio, comprometiendo sus posibilidades de desarrollo sustentable.

El Tribunal Colegiado remitió el asunto a la Suprema Corte de Justicia para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad de la LBOGM planteadas por los solicitantes del amparo. La Segunda Sala determinó que el artículo 61, fracción III, de dicha legislación no incumple con los parámetros del principio precautorio establecido en la Declaración de Río y sí contempla un procedimiento que obliga al Estado mexicano a hacer análisis de riesgos y actuar frente a estos, aunque se esté en presencia de una incertidumbre científica. La Segunda Sala confirmó la decisión recurrida por la comunidad indígena al considerar también que las violaciones cometidas por las autoridades responsables pueden ser reparadas por medio de una consulta que observe los estándares constitucionales y convencionales aplicables.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Es inconstitucional el artículo 61, fracción III, de la LBOGM toda vez que permite a la autoridad administrativa actuar de forma discrecional, sin llevar a cabo análisis de ries-

gos precisos para dar certidumbre en la adopción de medidas de protección para el caso de que exista riesgo de daño grave o irreversible por el uso de organismos genéticamente modificados?

Criterio de la Suprema Corte

El artículo 61, fracción III, de la LBOGM no es contrario al principio de precaución reconocido en la propia ley (artículo 9o.) y el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, porque la autoridad administrativa no puede actuar de forma discrecional, sino que aun frente a la falta de certidumbre o consenso científicos está obligada a realizar análisis de riesgos precisos, basados en estudios que reflejen datos confiables, lo que permite dar certidumbre en la adopción de medidas de protección para el caso de que exista riesgo de daño grave o irreversible.

Justificación del criterio

La Segunda Sala estudió el contenido de los artículos de la LBOGM relacionados con los argumentos planteados por los solicitantes del amparo e interpretó que "De los preceptos legales en cita se advierte que el primero de ellos consagra los principios que fundamentan la normatividad nacional en materia de Bioseguridad, entre los que se encuentra el principio precautorio, respecto del que si bien no existe una definición universalmente aceptada, lo cierto es que del texto de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, así como de la doctrina y práctica internacionales, puede señalarse que: **la incertidumbre acerca del daño es el signo que fundamentalmente lo caracteriza.**" (Énfasis en el original) (pág. 40, párr.1). También se estableció que "Esto es, 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." (Pág. 40, párr.2).

De la lectura de estas disposiciones de la LBOGM, la Corte explicó que el marco jurídico sí establece que deberán adoptarse medidas eficaces frente a los riesgos de daños graves o irreversibles que pueda ocasionar el uso de organismos genéticamente modificados, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente y de la diversidad biológica, así como proteger la salud humana. Lo anterior, en la opinión de la Corte, implica que el Estado mexicano instrumenta el principio precautorio por medio de las disposiciones de la LBOGM que obligan a las autoridades a identificar, controlar y manejar los riesgos referidos mediante una evaluación previa, estudiando caso por caso, sustentada en la mejor evidencia científica y técnica disponible, con bases científicas y técnicas para analizar los beneficios y perjuicios, considerando también la posibilidad de aplicar soluciones alternas (pág. 41, párrs. 1, 2 y 3).

En cuanto al procedimiento regulado en la LBOGM para la liberación de los organismos genéticamente modificados al ambiente, la Segunda Sala afirmó que contiene los lineamientos que deben observarse al efectuar el estudio y la evaluación de los riesgos que puedan cau-

En el ejercicio de sus facultades en materia de bioseguridad de los organismos genéticamente modificados, las autoridades habrán de tomar en consideración la mejor evidencia científica disponible.

sarse al medio ambiente, la diversidad biológica o la sanidad animal, vegetal o acuícola,⁸⁷ "entre los que se encuentran que deben realizarse caso por caso, de manera transparente y sustentada en principios tanto científicos como en el de precaución, con el asesoramiento de expertos." (Pág. 41, párr. 5). Se encontró asimismo que la LBOGM "precisa que la falta de conocimiento o consenso científico no debe interpretarse como indicador de un determinado nivel de riesgo, de su ausencia o la existencia de uno aceptable." (Pág. 42, párr. 1).

En la sentencia también se estudió el contenido del Principio 15 de la Declaración de Río y las disposiciones sobre el análisis de riesgos que prevé el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, del cual es parte el Estado mexicano. La Segunda Sala concluyó que el procedimiento de estudio y evaluación del riesgo en la liberación de organismos genéticamente modificados previsto en la LBOGM coincide esencialmente con ambos instrumentos internacionales, porque "Los tres ordenamientos expresamente establecen que la falta de conocimientos científicos o de consenso científico no se interpretarán necesariamente como indicadores de un determinado nivel de riesgo, de la ausencia de riesgo, o de la existencia de un riesgo aceptable, lo cual es plausible en la medida en que a través de estos instrumentos se busca garantizar la protección de determinados bienes jurídicos considerados como valiosos para una sociedad, en el caso, del medio ambiente y la salud humana, esto es, esta respuesta del derecho considera al riesgo desde su capacidad para producir daño." (Pág. 49, párr. 2).

En síntesis, la Segunda Sala consideró que "[...] precisamente la incertidumbre en el nivel de riesgo es la base del principio de precaución, porque éste parte de la necesidad de establecer un cambio de percepción en cuanto a ese riesgo e implica un actuar por parte de las autoridades, aún (*sic*) en ausencia de evidencias científicas concretas, cuando razonablemente se estima que existe la posibilidad de un daño grave e irreversible; razonabilidad que debe estar sustentada en procedimientos científicos sólidos." (Pág. 49, párr. 3).

La interpretación sistemática de los artículos 9o. y 61 de la LBOGM permite concluir que las autoridades no pueden actuar de forma discrecional para decidir si se implementan medidas con base en el principio de precaución, porque deben llevar a cabo una evaluación de riesgos conforme a los criterios referidos en el párrafo anterior, así como adoptar medidas para proteger el medio ambiente; la diversidad biológica; la sanidad animal, vegetal y acuícola; y la salud humana, con base en la evidencia científica existente; los procedimientos administrativos establecidos en la misma Ley y la normatividad comercial contenida en tratados y acuerdos internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (pág. 50, párrs. 2 y 3).

⁸⁷ La sentencia se refiere a los artículos del 60 al 65 de la LBOGM.

Adicionalmente, cuando exista incertidumbre acerca del nivel del posible riesgo que los organismos genéticamente modificados puedan causar a la diversidad biológica, las dependencias federales tienen la obligación de solicitar dentro del procedimiento administrativo —para decidir sobre los permisos de liberación al ambiente— información adicional sobre cuestiones concretas del riesgo o adoptar estrategias apropiadas para el manejo del riesgo o el monitoreo de los organismos en el ambiente receptor (pág. 51, párr. 2).

La Segunda Sala no consideró que debió concederse el amparo lisa y llanamente en este caso, como lo solicitaron los representantes de la Comunidad Indígena, porque cuando en el juicio inicial se encontró que las autoridades responsables incurrieron en una violación a su derecho a la consulta previa, informada y de buena fe, era razonable que la sentencia se limitara a ese aspecto (pág. 62, párrs. 1 y 2). Se explicó también que como consecuencia de la violación a los derechos procesales de la Comunidad Indígena, el permiso reclamado quedó además sin efectos jurídicos, aunque las autoridades podrán decidir posterior a la consulta ordenada si se otorga nuevamente a Monsanto (pág. 62, párrs. 3 y 4).

La Corte resaltó que "[...] las autoridades habrán de tomar en consideración, para el ejercicio de sus facultades, **la mejor evidencia científica disponible**; esto es, dichos elementos deben ser analizados: (i) para la organización y realización de la consulta—; y (ii) para la evaluación sobre la posible expedición del permiso a la tercero interesada." (Énfasis en el original) (pág. 62, párr. 5).

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 923/2016, 5 de abril de 2017⁸⁸

Soya transgénica en el Estado de Quintana Roo y comunidades indígenas

Hechos del caso

Un grupo de personas de una comunidad indígena en el Estado de Quintana Roo presentó una demanda de amparo en contra de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM) y el permiso otorgado a la empresa Monsanto Comercial, S.R.L de C.V. (en adelante Monsanto Comercial), para la liberación en fase comercial de soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato en los estados de Campeche, Yucatán, Quintana Roo, Tamaulipas, San Luis Potosí, Veracruz y Chiapas. La sentencia negó el amparo contra la inconstitucionalidad de la LBOGM y lo otorgó respecto del permiso, dejándolo sin efectos hasta que se realizara un proceso de consulta con las comunidades indígenas afectadas.

⁸⁸ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas.

Monsanto Comercial interpuso un recurso de revisión que fue remitido para su resolución a la Suprema Corte por el Tribunal Colegiado que conoció el caso. Las cuestiones planteadas en el recurso incluyeron varios argumentos relacionados con violaciones al derecho de tutela judicial efectiva, así como a la improcedencia de ordenar la realización de una consulta con las comunidades indígenas en los términos y bajo los fundamentos que estableció la sentencia.

Para resolver si debió consultarse a las comunidades indígenas que podían ser afectadas por las actividades de liberación comercial de organismos genéticamente modificados, la Segunda Sala se preguntó si había evidencia de que se pudiera causar un impacto significativo en su entorno y medios de vida. Se encontró que existen datos e investigaciones científicas que llegan a conclusiones divergentes en relación con los efectos que puede causar el uso del glifosato sobre el medio ambiente y la salud de las personas. Sin pronunciarse sobre la fiabilidad de esos estudios, la Corte resolvió que las autoridades deben evaluar los posibles riesgos utilizando la mejor evidencia científica disponible. La Suprema Corte confirmó la decisión recurrida, instruyendo a las autoridades responsables realizar con las comunidades indígenas solicitantes una consulta que observe los estándares constitucionales y convencionales aplicables.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Cómo debe evaluar la Corte las investigaciones científicas que presentan información divergente sobre los posibles riesgos e impactos sanitarios y ambientales que puede tener una actividad para el entorno de las comunidades indígenas, como en este caso, el uso del glifosato?

Criterio de la Suprema Corte

La Corte no se pronuncia sobre la fiabilidad científica de los datos, ni emite un juicio sobre el valor que se debe dar a los estudios que dan cuenta de investigaciones científicas que presentan conclusiones divergentes, como en este caso las que refieren a los efectos del glifosato. Los datos y estudios existentes pueden considerarse únicamente para resolver sobre la existencia de un posible impacto significativo, pero corresponde a las autoridades evaluarlos, junto con la mejor evidencia científica disponible, considerando la aplicación del principio precautorio.

Justificación del criterio

En cuanto a la información que se presentó en el caso de estudio, en la sentencia se mencionó que "[...] esta Segunda Sala advierte, en relación al uso del glifosato: (i) un grupo de estudios en los que se indica que el empleo de tal sustancia afecta tanto al medio

ambiente así como la salud de las personas, sumado a la fácil dispersión de la semilla en cuestión; y (ii) otro cúmulo de estudios en los que se establece que el empleo del glifosato no genera consecuencia negativa alguna en la flora y fauna, ni en la salud de las personas, aunado a que no hay datos que revelen su posible dispersión en lugares donde no se ha emitido el permiso correspondiente." (Pág. 37, párr. 1).

De lo anterior, la Segunda Sala estableció en la sentencia que no se pronuncia sobre la fiabilidad científica de los datos que existan en esta materia, ni emite un juicio sobre el valor que se debe dar a los estudios en relación con el glifosato (pág. 36, párr. 2), porque se advierte que existen investigaciones científicas que presentan conclusiones divergentes sobre su utilización y las consecuencias que pueden generarse de ella (pág. 36, párr. 3).

Conforme a la interpretación de la Segunda Sala, los datos y estudios existentes pueden considerarse únicamente para resolver sobre la existencia de un posible impacto significativo generado por el permiso otorgado a Monsanto Comercial, pero corresponde a las autoridades evaluarlos, junto con la mejor evidencia científica disponible (pág. 36, párr. 5).

Así, frente a los datos científicos sobre el uso del glifosato y su relación con el medio ambiente y la salud de las personas, en aplicación del principio precautorio que rige en materia de bioseguridad, en el que la incertidumbre acerca del daño es el signo que fundamentalmente lo caracteriza, la Corte resolvió que las autoridades responsables debieron consultar a las comunidades indígenas que podrían resultar afectadas.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 410/2015, 4 de noviembre de 2015⁸⁹

Soya transgénica en Campeche y comunidades indígenas

Hechos del caso

El Gobierno Federal otorgó a "Monsanto Comercial", S.R.L de C.V. (en adelante Monsanto), un permiso para liberar al ambiente en fase comercial soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato, por tiempo indefinido, para sembrarse en 253,500 hectáreas en cinco polígonos distribuidos en la península de Yucatán y otras regiones del país.⁹⁰

⁸⁹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas.

⁹⁰ La sentencia explica que en la península de Yucatán se liberarían en un área de 60,000 (sesenta mil) hectáreas, por un total de 2 700,000 (dos millones setecientos mil) kilogramos de semillas genéticamente modificadas, para sembrarse en diversos municipios de Campeche, Quintana Roo y Yucatán (pág. 42, párr. 2).

Varias personas presentaron una demanda de amparo en su carácter de comisarios municipales y autoridades indígenas de comisarías mayas de Pac-Chén y Cancabchén, en el municipio de Hopelchén, Campeche; así como en su calidad de indígenas mayas cuya principal actividad es la apicultura. En su demanda expresaron que, el permiso para la liberación comercial de soya genéticamente modificada y el dictamen de riesgo ambiental que lo acompañó violaron sus derechos a un medio ambiente sano; al trabajo y a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas.

El juez de distrito otorgó el amparo y las autoridades responsables interpusieron un recurso de revisión en el cual argumentaron, entre otras cosas, que las personas quejas no acreditaron su legitimación procesal activa y que el juez concluyó indebidamente que tenían una situación especial frente a los actos de autoridad que estaban reclamando porque podían resultar afectados en sus bienes jurídicos, económicos, laborales o ambientales, por las consecuencias que pudieran generar en las abejas de las cuales dependen sus actividades económicas, la liberación o el cultivo de soya genéticamente modificada.

Las autoridades responsables expresaron que las personas indígenas solicitantes del amparo no presentaron dictámenes periciales o estudios con base científica que demuestren la presencia del polen genéticamente modificado en miel, ni información que sustente un posible daño a la salud, a la sanidad vegetal o a la biodiversidad. Refirieron también que no existen estudios científicos avalados en los ámbitos nacional o internacional, que señalen la contaminación de la miel orgánica como resultado de la polinización cuando las abejas se posan en cultivos de soya genéticamente modificada, o que se afecte el medio ambiente, y mucho menos la apicultura. Por estas razones, según las autoridades, los solicitantes del amparo no probaron que se les causaba un daño real y actual en su esfera jurídica, sino únicamente un daño potencial o hipotético y del cual, sin haberse acreditado de manera suficiente a través de pruebas científicas, no debió reconocerse su interés legítimo para demandar el permiso otorgado a Monsanto.

La Suprema Corte de Justicia atrajo este caso a solicitud del Tribunal Colegiado que conoció originalmente el recurso de revisión. La Segunda Sala concluyó que la liberación comercial de soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato podría tener impactos significativos en la vida y el entorno de las comunidades indígenas, por lo cual las autoridades responsables tenían la obligación de garantizar su derecho de consulta. Se resolvió otorgar el amparo a las personas quejas de las comunidades mayas en Campeche para que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y la Comisión Intersecretarial para la Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados lleven a cabo una consulta conforme a los estándares mínimos que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Existe evidencia suficiente para considerar que la liberación al ambiente en fase comercial de soya genéticamente modificada, tolerante al herbicida glifosato, por tiempo indefinido, autorizada por el Gobierno Federal para sembrarse en 253,500 hectáreas en cinco polígonos distribuidos en la península de Yucatán, puede causar un impacto significativo en el entorno y la vida de las comunidades indígenas que habitan en la zona, derivado de los potenciales daños al medio ambiente y sanitarios que puedan causarse con esta actividad?

Criterio de la Suprema Corte

Existe evidencia suficiente para considerar que el uso del glifosato podría causar un impacto significativo al medio ambiente y la salud de las comunidades indígenas que habitan en las áreas cercanas en donde se llevará a cabo. La literatura especializada y la opinión de instituciones científicas como la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (CONABIO) indican que la liberación de soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato podría causar un impacto significativo en el ambiente en el que se desarrollan las comunidades indígenas, debido a la posibilidad de generar alteraciones sobre la diversidad biológica, así como en la sanidad animal y vegetal; por otro lado, persiste el peligro de dispersión de semillas genéticamente modificadas en áreas donde no está permitida su liberación, incluyendo áreas naturales protegidas. En cuanto a los impactos sanitarios que podrían resentir las comunidades indígenas de la región, el uso del glifosato puede causar un impacto significativo en la salud de la población de aquellas comunidades que se ubican cerca de los polígonos de liberación, en virtud de su carcinogenicidad.

Justificación del criterio

La Segunda Sala abordó los argumentos de las autoridades responsables sobre la falta de interés jurídico o legítimo de los solicitantes del amparo. Encontró que las personas o comunidades indígenas tienen un derecho subjetivo que puede ser ejercido de manera colectiva o individual a ser consultados cuando las actividades del Estado puedan impactar de forma significativa su entorno o forma de vida, como lo establecen el artículo 2o. constitucional y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (pág. 52, párrs. 3 y 4). La sentencia refiere como ejemplos de situaciones genéricas consideradas de impacto significativo para los grupos indígenas: la pérdida de territorios y tierra tradicional; el desalojo de sus tierras; el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; o impactos negativos sanitarios y nutricionales, entre otros (pág. 55, párr. 2). Las autoridades deben analizar en cada caso concreto las actividades que puedan impactar significativamente

en el desarrollo social, económico, cultural o ambiental de los pueblos o comunidades indígenas.

En la sentencia se aclara que los datos utilizados para determinar los riesgos que podrían causarse "[...] constituyen elementos para determinar que en el caso concreto podría existir un impacto significativo sobre las comunidades indígenas involucradas. En otros términos, la información detallada en el presente apartado de esta resolución únicamente demuestra que el acto impugnado se trata de un proyecto que potencialmente puede afectar los derechos de las comunidades. Sin embargo, no debe entenderse por esto la existencia de un nexo causal entre el acto reclamado y los daños directos a los derechos de las comunidades indígenas. Por lo tanto, las conclusiones del presente análisis permitirán demostrar únicamente el impacto potencial que podría llegar a representar en la vida y en el entorno de las comunidades indígenas a las cuales pertenecen los quejosos, están las autoridades responsables obligadas a consultarlas según los estándares que se expondrán más adelante." (Pág. 56, párr. 1).

Primero, la sentencia estudió cuáles son los impactos potenciales que se causan el medio ambiente. A partir de literatura especializada que se cita en la sentencia la Segunda Sala opinó que **"El uso de organismos genéticamente modificados en la agricultura no representa un peligro para el ambiente en sí mismo. Sin embargo, la liberación de soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato podría causar un impacto significativo en el ambiente en el que se desarrollan las comunidades indígenas, debido a la posibilidad de generar alteraciones sobre la diversidad biológica, así como en la sanidad animal y vegetal; por otro lado, persiste el peligro de dispersión de semillas genéticamente modificadas en áreas donde no está permitida su liberación, incluyendo áreas naturales protegidas."** (Énfasis en el original) (pág. 56, párr. 2).

"El uso de organismos genéticamente modificados en la agricultura no representa un peligro para el ambiente en sí mismo. Sin embargo, la liberación de soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato podría causar un impacto significativo en el ambiente en el que se desarrollan las comunidades indígenas, debido a la posibilidad de generar alteraciones sobre la diversidad biológica, así como en la sanidad animal y vegetal; por otro lado, persiste el peligro de dispersión de semillas genéticamente modificadas en áreas donde no está permitida su liberación, incluyendo áreas naturales protegidas".

Sobre los efectos potenciales del uso del herbicida *glifosato* en la diversidad biológica, así como en la sanidad animal y vegetal, en la sentencia se menciona que "se ha demostrado que el glifosato puede introducirse al medio ambiente a través de derrames o descargas accidentales, incluso por la adecuada aplicación del producto." (Pág. 57, párr. 2); y que existe evidencia sobre los posibles riesgos del glifosato, entre los que se encuentra la disipación a los mantos acuíferos subterráneos, que afecta a todas las formas de vida cercanas; por lo cual, el uso de este herbicida puede provocar graves consecuencias sobre los mantos acuíferos de las zonas donde se aplica y generar afectaciones a la flora y fauna de la región (pág. 57, párrs. 3 y 4).

Incluso, la Segunda Sala notó que los riesgos descritos tienen mayor importancia en este caso por la cercanía que existe entre las áreas autorizadas para la liberación de la soya genéticamente modificada y las áreas naturales protegidas de la región "toda vez que éstas últimas resultan indispensables para la preservación del equilibrio ecológico y del medio

ambiente, así como para la protección de la biodiversidad. Por ello, es posible concluir que las áreas naturales protegidas tienen incidencia directa sobre el medio ambiente, ya que su afectación puede generar un desequilibrio ecológico, que a su vez provocaría un menoscabo en el medio ambiente, y por ende, en la calidad de vida de la población [...]". (Pág. 58, párr. 3).

En el mismo apartado de la sentencia se encontró, considerando también una opinión emitida por la CONABIO, que la liberación autorizada de soya genéticamente modificada implica el riesgo de causar un impacto ambiental en la zona, "[...] en virtud de que la dispersión de semillas de organismos genéticamente modificados pueda desplazar a las especies endémicas de la región, lo que significa una pérdida de biodiversidad. Lo anterior cobra una mayor importancia cuando se considera la cercanía que existe entre las áreas autorizadas para la liberación de la soya y las áreas naturales protegidas, en atención a la importancia ya mencionada que tienen este tipo de áreas." (Pág. 59, párr. 3).

En cuanto a los impactos sanitarios que podrían resentir las comunidades indígenas de la región, la Segunda Sala, después de citar la literatura especializada, concluyó que "[...] el uso del glifosato **puede causar un impacto significativo en la salud de la población** de aquellas comunidades que se ubican cerca a los polígonos de liberación, en virtud de la carcinogenicidad del glifosato." (Énfasis en el original) (pág. 65, párr. 3).

6.2 Identificación de los impactos ambientales de proyectos de desarrollo

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 953/2019, 6 de mayo de 2020⁹¹

Hechos del caso

En octubre de 2016, la Secretaría de Energía (SENER) emitió un dictamen técnico y un resolutive sobre la Evaluación de Impacto Social del Proyecto Eólico y Fotovoltaico Cansahcab (EviS), a desarrollarse en el estado de Yucatán.

El Ejido S, cuyos integrantes se autoadscribieron como personas indígenas, interpuso una demanda de amparo indirecto en contra de la SENER por esos actos, pues consideraron que son contrarios a la protección de diversos derechos reconocidos convencional y constitucionalmente a los pueblos y las comunidades indígenas, incluyendo los derechos al medio ambiente adecuado, la salud, propiedad, el patrimonio, los recursos naturales en su territorio, y la cultura. Derechos protegidos por los artículos 1, 2, 4 y 27 de la Cons-

⁹¹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

titución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 4, 7, 14 y 15 del Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Cuando una juez de distrito en Yucatán sobreseyó el juicio de amparo al considerar no contaban con un interés jurídico o legítimo para promoverlo, los integrantes del Ejido S interpusieron un recurso de revisión que fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia, que reasumió su competencia originaria.

En su recurso de revisión, el Ejido S argumentó contar con un interés legítimo para acudir al juicio de amparo porque los actos de la SENER violaron diversos derechos de las personas y las comunidades indígenas, así como el derecho a un medio ambiente sano de sus integrantes porque, entre otras cosas, el proyecto para la generación de energía eólica no se evaluó correctamente en cuanto a la identificación de los impactos que se causarían a los cuerpos de agua en la zona, particularmente los cenotes, que son fuentes de subsistencia para la comunidad. Se argumentó también que no se establecieron medidas de prevención y mitigación adecuadas, ni se pensó en la compensación a la que tienen derecho las comunidades indígenas. La actuación de la SENER, desde su punto de vista, transgredió además sus derechos a la autodeterminación y a una consulta previa e informada, así como a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia resolvió que los integrantes del Ejido S tienen interés legítimo para promover un juicio de amparo indirecto en contra de la resolución de la SENER por la cual se validó la presentación de la EvIS del proyecto eólico Cansahcab. Obtuvieron un amparo para que se dictara una nueva resolución y se solicitara a la empresa promovente del proyecto energético que identificara y presentara a la SENER la información concerniente a los cambios o riesgos ambientales relacionados con los cuerpos de agua (cenotes) del acuífero Península de Yucatán que podrían ser afectados.

Pregunta relacionada con la evidencia científica

¿La indebida identificación de los impactos ambientales del proyecto de energía eólica en la EvIS constituyó una violación del derecho a un medio ambiente sano de los integrantes del Ejido S?

Criterio de la Suprema Corte

La SENER violó el derecho a un medio ambiente sano de sus integrantes, porque –concretamente en el oficio 100.-DEIS.006/16– no exigió ni se aseguró de que hubiera información completa en la EvIS que previera el riesgo ambiental, y con ello se pudiera llegar a determinaciones para la protección del medio ambiente. Lo anterior de conformidad

con el artículo 120 de la Ley de la Industria Eléctrica, el cual establece que los interesados en obtener permisos o autorizaciones para desarrollar proyectos en la industria deberán presentar a la Secretaría la Evaluación de Impacto Social, que deberá contener la identificación, caracterización, predicción y valoración de los impactos sociales, ello sin duda debe incluir los impactos que en materia de medio ambiente tendrán los proyectos.

Justificación de los criterios

El Ejido argumentó que "el hecho de que las autoridades responsables hayan autorizado un proyecto que no identificó los posibles impactos relacionados con los cuerpos de agua del acuífero 'Península de Yucatán', *transgrede su derecho a contar con un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar*, así como la correlativa obligación de todas las autoridades de garantizar el respeto del mismo, el cual se encuentra contemplado en el artículo 4o. de la Constitución". Recordando el contenido del derecho a un medio ambiente sano y los principios de *precaución* y *prevención*, la Sala enfatizó que éstos conllevan "**la obligación de implementar una evaluación de impacto ambiental, respecto de cualquier actividad, obra o proyecto** que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente"; así como que el concepto del 'riesgo ambiental', que hace "necesario que *previo* al desarrollo de cualquier proyecto, la autoridad competente determine si existen riesgos para el medio ambiente." (Págs. 49, párr. 3; pág. 50, párrs. 1 y 2). La Sala reiteró que "**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 y, por tanto, al derecho humano a gozar de un medio ambiente sano.**" (Pág. 51, párr. 3). (Énfasis en el original).

Con base en este estándar, la Sala determinó que, "a pesar de que la Secretaría de Energía en el dictamen técnico y el oficio impugnados no autorizó llevar a cabo ningún proyecto de energía eólica, lo cierto es que atendiendo al principio de *precaución* ello no debe entenderse como un impedimento para estimar violado el derecho fundamental al medio ambiente." (Pág. 50, párr. 4).

De acuerdo con la Sala, lo anterior es así porque "el principio de *precaución* que rige la materia ambiental opera ante la incertidumbre del riesgo al medio ambiente y, por tanto, demanda una actuación estatal positiva por parte de las autoridades ante la ausencia de información. Por ello, en materia ambiental no es requisito necesario para estimar transgredido el derecho aludido que efectivamente ya se haya causado un daño visible y comprobable a la naturaleza sino que la afectación al principio y derecho aludidos puede ser producto de que la autoridad no se haya allegado de la información suficiente -ya sea que provenga del particular interesado o que la recabe de oficio- que le permita llevar a

cabo acciones necesarias para, en su caso, determinar si el proyecto es viable o prever medidas adecuadas de mitigación.

En los mismos términos, del Título Cuarto "Disposiciones aplicables a los Integrantes de la Industria Eléctrica" en su Capítulo II "**Del Impacto Social y Desarrollo Sustentable**" de la Ley de la Industria Eléctrica se advierte que los proyectos de infraestructura de los sectores público y privado en la industria atenderán a los principios de **sostenibilidad** y respeto a los derechos humanos de las comunidades y pueblos de las regiones en los que se pretendan desarrollar.

Por lo anterior, esta Segunda Sala concluye que cuando el artículo 120 de la Ley de la Industria Eléctrica señala **que los interesados en obtener permisos o autorizaciones para desarrollar proyectos en la industria deberán presentar a la Secretaría la Evaluación de Impacto Social, que deberá contener la identificación, caracterización, predicción y valoración de los impactos sociales, ello sin duda debe incluir los impactos que en materia de medio ambiente tendrán los proyectos.**" (Pág. 51, párrs. 1, 2 y 3). (Énfasis en el original).

A la luz de este requisito normativo, la Sala analizó el acto consistente en la emisión del oficio **100.-DEIS.006/16**, y determinó que, "toda vez que la autoridad responsable a sabiendas de que la empresa ***** no había identificado los cambios o riesgos ambientales relacionados con el acuífero "**Península de Yucatán**", decidió aprobar la presentación de la Evaluación de Impacto Social del proyecto denominado ***** lo cual resulta violatorio de los principios de *precaución e in dubio pro natura* y, por tanto, del derecho humano a gozar de un medio ambiente sano." (Pág. 54, párr. 2).

Al respecto, la Sala señaló que en este caso "[l]o correcto habría sido que la autoridad responsable con fundamento en el último párrafo del artículo 87 del Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica, hubiera prevenido al interesado para que subsanara la omisión en la que incurrió". Ya que, "si bien la información presentada en la Evaluación de Impacto Social no es definitiva pues no constituye ningún tipo de autorización para llevar a cabo el proyecto, ello no es impedimento para conceder el amparo, toda vez que la especial configuración del derecho al medio ambiente y la particularidad de los principios *-precaución, in dubio pro natura y participación ciudadana-* que lo rigen permite a las personas acudir al juicio de amparo en cualquier momento en que consideren existe riesgo de afectación irreparable a un ecosistema que brinda servicios ambientales respecto de los cuales son beneficiarios." (Pág. 55, párr. 1).

Es por todo lo anterior que la Sala concluyó que se había violado el derecho a gozar de un medio ambiente sano de los ejidatarios, en tanto "la autoridad administrativa *no exigió ni se aseguró de que hubiera información completa, que previera el riesgo ambiental, y con*

Los principios *-precaución, in dubio pro natura y de participación ciudadana,* informan la interpretación del derecho a un medio ambiente sano y permiten a las personas acudir al juicio de amparo en cualquier momento en que consideren existe riesgo de afectación irreparable a un ecosistema que brinda servicios ambientales respecto de los cuales son beneficiarios o usuarios.

ello se pudiera llegar a determinaciones tendientes a la protección del medio ambiente", en particular a través de la emisión del oficio 100.-DEIS.006/16 (pág. 55, párr. 2). (Énfasis en el original).

6.3 Pericial antropológica, propiedad originaria de los pueblos indígenas y prescripción adquisitiva

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 11/2015, 22 de febrero de 2017⁹²

Propiedad originaria de los pueblos indígenas y prescripción adquisitiva

Hechos del caso

Un grupo de personas integrantes de una comunidad indígena demandaron por la vía ordinaria civil la prescripción adquisitiva de una porción de un predio sobre el cual argumentaron tener una posesión en calidad de propietarios, en forma ancestral, desde antes de que el Estado existiera, con fundamento en sus usos y costumbres, posesión que les había sido transmitida de generación en generación a través de la herencia o el matrimonio. En su demanda manifestaron también que cumplían con todos los requisitos que contemplan las leyes para que les fuera reconocido su derecho de propiedad sobre el predio, por medio de una prescripción positiva.

La sociedad mercantil que fue demandada respondió que no se cumplían los elementos necesarios para acreditar la prescripción positiva. Señaló que la posesión ancestral originaria que afirmó tener la comunidad indígena sobre el predio, como dueños de la tierra desde antes de que se constituyera el Estado mexicano, no podía considerarse un título justo para la prescripción. En el mismo sentido la sociedad mercantil argumentó que la posesión sobre el predio no era originaria, sino derivada y que no se había realizado en concepto de dueño dado que ésta había derivado de contratos de comodato celebrados por los integrantes de la comunidad. En primera instancia el juzgado consideró que la comunidad indígena no logró acreditar los requisitos necesarios para obtener la prescripción adquisitiva de los terrenos en disputa. En una segunda apelación interpuesta por la comunidad indígena, la Sala responsable dictó una sentencia en la cual se reconoció la prescripción adquisitiva.

Inconforme con esta decisión, la sociedad mercantil demandada promovió un juicio de amparo directo en el cual señaló, en esencia, que: 1) los integrantes de la comunidad no habían acreditado ser indígenas; 2) la Sala responsable no había valorado correctamente

⁹² Mayoría de cuatro votos. Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

En cuanto a las pruebas periciales antropológicas, como se colige de la literatura especializada, el trabajo de campo y la realización de entrevistas a los integrantes del grupo indígena son elementos necesarios para que la investigación que se encomienda al perito cumpla con los requisitos metodológicos propios de la antropología social.

las pruebas ofrecidas, principalmente, porque: i) se utilizó como herramienta de interpretación el "Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en los casos que se involucren a personas, comunidades y pueblos indígenas" (en adelante el Protocolo) que no era aplicable en este caso; ii) se restó valor a los contratos de comodato presentados para demostrar que la posesión de la comunidad indígena era derivada y no se tuvieron en cuenta las pruebas presentadas por la sociedad mercantil para probar su propiedad y posesión sobre el predio; y iii) se valoró indebidamente una prueba pericial en antropología presentada por los integrantes de la comunidad indígena.

El Tribunal Colegiado de conocimiento solicitó a la Suprema Corte el ejercicio de su facultad de atracción, que se resolvió favorablemente. Para resolver este caso, la Primera Sala acudió a literatura especializada para responder a diferentes preguntas relacionadas con la naturaleza y el alcance de pruebas periciales en antropología y se cuestionó cuáles es el estándar probatorio que debe utilizarse al resolver cuestiones relacionadas con derechos fundamentales de las personas y comunidades indígenas, como el acceso a la jurisdicción.

La Primera Sala consideró que en las instancias anteriores se acreditó debidamente que los actores en el juicio original son integrantes de una comunidad indígena, la cual quedó además debidamente identificada y que no se cuestionó la procedencia de la acción de prescripción adquisitiva que intentaron. La Suprema Corte confirmó la sentencia en la cual se reconoció a la comunidad indígena la prescripción adquisitiva solicitada.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. ¿Debió desestimarse el valor probatorio de los contratos de comodato presentados por la sociedad mercantil para acreditar que la posesión ejercida por la comunidad indígena sobre el predio en disputa era derivada y no originaria, generada ancestralmente conforme a sus usos y costumbres?
2. ¿Se valoraron adecuadamente las pruebas y, en especial, la pericial en antropología por la que se acreditó la acción de prescripción adquisitiva interpuesta por la comunidad indígena, sobre todo para constatar que estaba en posesión material del predio donde desarrollan su vida, pues lo utilizan en un contexto habitacional, económico, social, político y cultural?

Criterios de la Suprema Corte

1. Fue adecuada la decisión de la Sala responsable de restar valor probatorio a los contratos de comodato presentados por la sociedad mercantil para combatir los argumentos sobre

la propiedad ancestral, porque la prueba pericial en antropología demostró que los integrantes de la comunidad indígena que los suscribieron no tenían plena comprensión de sus implicaciones por su alto grado de marginación.

2. La prueba pericial antropológica se valoró adecuadamente para acreditar la acción de prescripción adquisitiva interpuesta por la comunidad indígena, sobre todo para constatar que estaba en posesión material del predio donde desarrollan su vida, pues lo utilizan en un contexto habitacional, económico, social, político y cultural.

Justificación de los criterios

1. La Primera Sala consideró adecuada la determinación en la sentencia reclamada de restar valor a los contratos de comodato presentados por la sociedad mercantil para combatir la afirmación de la comunidad indígena respecto de su propiedad ancestral, toda vez que la prueba pericial en antropología ofrecida por la comunidad indígena demostró entre otras cosas que debido a su alto grado de marginación no podían entender el contenido o alcance legal de cualquier tipo de contrato o acto jurídico que hubieren celebrado (pág. 97, párr. 1).

Los dictámenes rendidos por los peritos también coincidieron en que la posibilidad de que los miembros de la comunidad indígena actora pudieran comprender el contenido y alcance legal de un contrato o acto jurídico era mínima (pág. 97, párr. 2), al menos por tres factores: "a) el grado de marginación que tiene la localidad indígena accionante de acuerdo con los censos de población realizados por el Instituto Nacional de Geografía y Estadística y el Consejo Nacional de Población, que derivaba en la falta de acceso a la educación, y por ende, en su nulo o bajo grado de instrucción; b) su comprensión del español, ya que si bien la mayoría son bilingües, su lengua materna es el ***** y su desempeño en el segundo idioma es muy limitado; y c) el lenguaje empleado en las leyes y contratos que, por su especialidad y por provenir de una tradición jurídica distinta a la cultura *****", difícilmente puede considerarse que los actores pudieran comprender el contenido y alcances de documentos contractuales [...]" (Pág. 97, párr. 2).

2. La prueba pericial antropológica tuvo un peso importante para acreditar la acción de prescripción adquisitiva interpuesta por la comunidad indígena, sobre todo para constatar que estaba en posesión material del predio donde desarrollan su vida, pues lo utilizan en un contexto habitacional, económico, social, político y cultural. La misma prueba se consideró importante para que la Sala responsable concluyera que la comunidad indígena demostró que la posesión material que ejerce sobre el predio disputado es una posesión originaria, en concepto de dueño, y de forma ancestral, por haberse transmitido a los accionantes por parte de sus ascendientes, de generación en generación, por virtud de la herencia o el matrimonio, como causa generadora de la misma. La sociedad

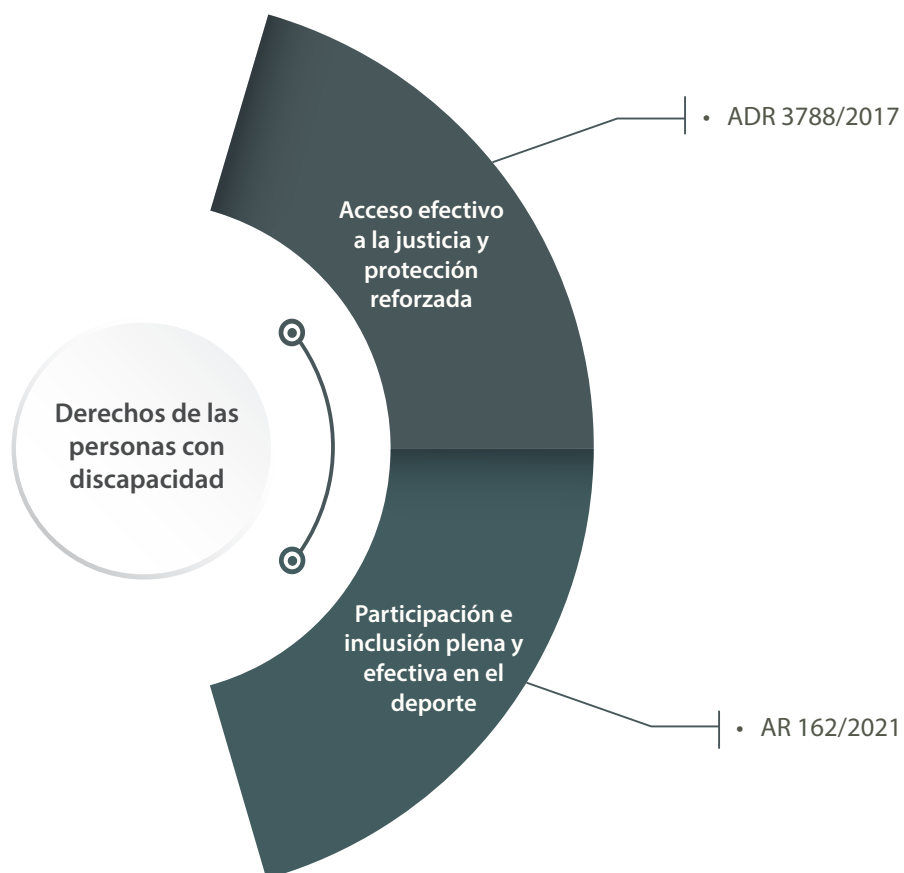
mercantil cuestionó el valor demostrativo de la prueba pericial en antropología porque una de sus fuentes de información fue la comunidad indígena y una asociación civil que la asesora. También atacó la validez de la prueba porque se abordaron aspectos que no son propios de la materia de la prueba antropológica y no se dio certeza suficiente a las opiniones periciales.

La Primera Sala desestimó que se debiera restar valor probatorio a la prueba referida, porque se utilizó como fuente de información a la comunidad y se tomaron en cuenta datos recopilados por la asociación que la representaba "Ello, porque como se colige de la propia materia de la prueba y se constata de la literatura especializada, el trabajo de campo y la realización de entrevistas a los integrantes del grupo social en cuestión, son elementos necesarios para que la investigación que se encomienda al perito cumpla con los requisitos metodológicos propios de la antropología social." (Pág. 128, párr. 2).

También se estimó que los dictámenes de los peritos no rebasaron la materia de la prueba pericial en antropología, porque "ambos peritos son claros en señalar que la lógica de apropiación indígena respecto del territorio no privilegia lo mensurable y que los asentamientos de la comunidad son dispersos en atención a que existen pocas planicies aptas para asentar viviendas y sembrar, dado que un rasgo característico de la etnia rarámuri es su asentamiento territorial con base en factores de conveniencia, donde la naturaleza provea los recursos para la subsistencia ; de modo que esos dictámenes sólo contienen el tipo de datos propios de la prueba, y *no invaden lo que sería materia de estudio de una pericial topográfica o de agrimensura.*" (Énfasis en el original) (pág. 137, párr. 1).

La Primera Sala de la Corte validó los razonamientos en la sentencia reclamada por la sociedad mercantil a través de los cuales estableció la causa generadora de la posesión en concepto de dueños que ostentó la comunidad indígena en la concepción y vinculación que ellos tienen respecto del territorio como elemento de su identidad étnica conforme a su cultura y la forma de su apropiación por virtud de la ocupación, derivada de actos de mera tradición por herencia o matrimonio, de acuerdo con la información proporcionada por los peritos en sus dictámenes. En la sentencia se determinó que la decisión de la Sala responsable de tomar en cuenta en la valoración probatoria los usos, costumbres y especificidades culturales de la comunidad, por su condición de indígenas, es firme en el proceso y no se encontró una ilegalidad en la valoración de la prueba pericial (pág. 157, párr. 2).

7. Derechos de las personas con discapacidad



7. Derechos de las personas con discapacidad

7.1 Acceso efectivo a la justicia y protección reforzada a las personas con discapacidad

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3788/2017, 9 de mayo de 2018⁹³

Hechos del caso

Una mujer demandó en un juicio ordinario civil a tres personas la indemnización del daño psíquico y moral que le causaron a su hijo, quien tiene una discapacidad causada por enfermedad mental, durante una riña. El juicio no prosperó y la mujer interpuso una apelación que tampoco se resolvió a su favor, porque se consideró que no ofreció pruebas idóneas para comprobar la relación causal entre el hecho ilícito (la riña) y el daño causado a su hijo, toda vez que ya antes sufría de padecimientos psiquiátricos y tenía un estado de salud inestable. La mujer presentó entonces una demanda de amparo directo que se le negó y luego un recurso de revisión que resolvió la Suprema Corte de Justicia. La Primera Sala resolvió que el tribunal colegiado no incurrió en actos discriminatorios, ni hubo una desigualdad procesal debido a la condición de discapacidad del hijo de la mujer que inició la acción legal, que lesionara su derecho de acceso efectivo a la justicia y, por lo tanto, confirmó la sentencia reclamada y negó el amparo a la mujer y su hijo.

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

1. De acuerdo con el parámetro normativo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Federal, ¿cuál es el contenido y alcance de la protección especial de las personas con discapacidad?

⁹³ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz.

2. ¿Cómo deben cumplirse las obligaciones de las autoridades jurisdiccionales para garantizar el acceso efectivo a la justicia y la protección reforzada para las personas con discapacidad?

Criterios de la Suprema Corte

1. La Suprema Corte ha establecido en múltiples precedentes que el estudio de la discapacidad debe partir de un modelo social, conforme al cual, las limitaciones en las actividades de las personas con discapacidad se deben a causas sociales y por tanto, la falta de adaptación de la sociedad a las necesidades de los individuos con discapacidad impide o lesiona su dignidad y su autonomía. El modelo social requiere la realización de acciones positivas y ajustes razonables para promover la igualdad sustantiva, toda vez que las estadísticas mundiales sobre la prevalencia y condiciones de vida de las personas con discapacidad – incluyendo la causada por enfermedades mentales - así como los datos referidos a nuestro país, permiten inferir su situación de vulnerabilidad.

2. Las personas con discapacidad tienen derecho a una protección especial por parte del Estado y a la realización de ajustes razonables para garantizar su acceso a la justicia en condiciones de igualdad, en las dimensiones jurídica, física y comunicacional. La obligación de otorgar y garantizar esta protección la tienen todos los órganos del Estado dentro del ámbito de sus competencias, incluyendo a las autoridades jurisdiccionales. Para garantizar el acceso a la justicia efectiva de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, en su dimensión jurídica, puede ser necesario que las autoridades jurisdiccionales ejerzan sus facultades de recabar y desahogar pruebas oficiosamente para el conocimiento de la verdad. El ejercicio de esta facultad es obligatorio cuando los derechos a la igualdad y de acceso a la justicia así lo exigen por tener la persona una discapacidad que se traduce en una desventaja *procesal* relacionada con la posibilidad de probar hechos en juicio y ser una medida idónea y razonable para solucionar o aminorar esa mengua o dificultad.

Justificación de los criterios

1. La Corte precisó que en el caso debía resolverse, conforme al artículo 1° de la Constitución, cuáles son las obligaciones de las autoridades jurisdiccionales cuando conocen de un juicio o procedimiento en el que una de las partes manifiesta ser una persona con discapacidad y solicita al juez protección especial, específicamente, la de ordenar y desahogar oficiosamente pruebas.

La Primera Sala resolvió que la mujer tenía razón en su argumento a través del cual planteó que –considerando la discapacidad mental que alega tiene su hijo– el tribunal colegiado debió tomar en cuenta la protección especial establecida en la Constitución y los tratados internacionales a favor de las personas con discapacidad y, a partir de ello, ordenar al juez

Convención sobre los
Derechos de las Personas
con Discapacidad.

"Artículo 13. Acceso a la justicia

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.
2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario."

de origen que cumpliera con la obligación de recabar y desahogar pruebas de forma oficiosa (pág. 16, párrs. 1 y 2).

La definición jurídica de la discapacidad implica una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno socioeconómico, y que impide la participación plena y efectiva de la persona en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (pág. 19, párr. 2).

La Suprema Corte ha establecido en múltiples precedentes que el estudio de la discapacidad debe partir de un modelo social, "en el que se enfatiza que las limitaciones en las actividades de las personas con discapacidad se deben a causas sociales, al contexto en el que estas personas se desenvuelven" (pág. 20, párr. 2). El modelo social "sostiene que la falta de adaptación de la sociedad a las necesidades de los individuos con discapacidad impide o lesiona su dignidad y su autonomía." (Pág. 21, párr. 1). Por esta razón, el modelo social, tiene como finalidad la igualdad sustantiva, que justifica la posibilidad de dar un trato diferenciado y una protección especial a las personas con discapacidad, como se reconoce en los instrumentos internacionales que refieren a la obligación de hacer ajustes razonables al entorno y a la sociedad (pág. 24, párr. 1).

El modelo social tiene como finalidad la igualdad sustantiva, que justifica la posibilidad de dar un trato diferenciado y una protección especial a las personas con discapacidad, como se reconoce en los instrumentos internacionales que refieren a la obligación de hacer ajustes razonables al entorno y a la sociedad.

Asimismo, la Primera Sala estableció que la obligación estatal de realizar acciones positivas para promover la igualdad sustantiva de las personas, tiene una dimensión fáctica y otra normativa (pág. 24, párr. 2). En el primer caso "las estadísticas mundiales sobre la prevalencia y las condiciones de vida de las personas con discapacidad, así como los datos referidos a nuestro país y específicamente al Estado de Querétaro, permiten inferir la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad. Además, esas condiciones han sido reconocidas formalmente por el Estado mexicano en diversas ocasiones." (Pág. 24, párr. 2).

Además, tratándose de personas con problemas de salud mental, "La Organización Mundial de Salud (OMS) ha identificado como tales la esquizofrenia, el trastorno bipolar, la **depre-****sión**, la epilepsia, los trastornos por consumo de alcohol y drogas, y los impedimentos intelectuales, entre otros" (pág. 26, párr. 1). Aunque no todos los problemas de salud mental implican una discapacidad (pág. 26, párr. 2), la OMS "ha afirmado que las personas con problemas de salud mental son mucho más propensas a tener una discapacidad por el estigma, discriminación, violencia, abuso, restricciones en el acceso a servicios de salud y sociales y restricciones en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos que suelen sufrir." (Pág. 26, párr. 3).

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, las personas con problemas de salud mental son mucho más propensas a tener una discapacidad por el estigma, discriminación, violencia, abuso, restricciones en el acceso a servicios de salud y sociales y restricciones en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos que suelen sufrir.

2. Con este contexto se abordó en la sentencia el tema del acceso a la justicia de las personas con discapacidad y la protección reforzada que deben darles los operadores jurisdiccionales para lograrlo conforme a los instrumentos convencionales suscritos por el

Estado mexicano. Así, "para asegurar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en todas sus dimensiones, el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad utiliza un lenguaje amplio y robusto, que implica la obligación de que se llevan a cabo todas las medidas necesarias para que la persona con discapacidad pueda ejercer ese derecho en igualdad de condiciones que el resto de la población, debiendo para ello realizar **incluso** ajustes de procedimiento. El uso de la palabra "incluso" indica que no solamente no están prohibidos otros tipos de ajustes o medidas, sino que su implementación es obligatoria mientras sean necesarios y razonables para lograr el pleno acceso a la justicia, tomando en cuenta la funcionalidad específica de la persona con discapacidad y la posible afectación a derechos de terceros." (Pág. 29, párr. 1). (Énfasis en el original).

Uno de los ajustes razonables que consideró la Primera Sala podrían hacer las autoridades judiciales para garantizar la igualdad procesal de las personas con discapacidad –incluyendo la causada por una enfermedad mental– es la de ordenar y desahogar pruebas oficiosamente para conocer la verdad de los hechos (pág. 32, párr. 1).

Cuando una de las partes en un procedimiento jurisdiccional manifieste que tiene una discapacidad y solicite que el juez ejercite sus facultades para solucionar esta condición mediante un ajuste razonable, éste tiene la obligación de dar respuesta a la solicitud de manera fundada y motivada, tomando como parámetro los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad" (pág. 34, párr.3). Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá (pág. 35, párr. 3) (énfasis en el original):

i. Analizar si el solicitante tiene una discapacidad y determinar si ésta se traduce en una desventaja procesal que impide el acceso a una justicia efectiva en igualdad de condiciones. A partir del acervo probatorio, la autoridad jurisdiccional debe analizar si existen elementos para considerar que la persona solicitante tiene efectivamente una condición o diversidad funcional que pueda calificarse como una discapacidad, y después durante el procedimiento determinar si ésta se traduce en una mengua o perjuicio que lesione el acceso a la justicia en igualdad de condiciones, en su dimensión jurídica

De existir la condición de discapacidad pero no traducirse en una desventaja procesal, la autoridad jurisdiccional no estará obligada a realizar un ajuste al procedimiento a fin de garantizar la igualdad *procesal* en el juicio.

ii. Verificar que la desventaja procesal no ha sido corregida a través de otros ajustes razonables previstos en ley. En caso de que el marco normativo aplicable al caso establezca ajustes razonables y que los mismos sean suficientes para corregir la desventaja procesal advertida, la autoridad jurisdiccional no estará obligada a realizar el ajuste solicitado por ya haberse garantizado el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

iii. Corroborar que la facultad cuyo ejercicio es solicitado o que la autoridad jurisdiccional pretende realizar forme parte de su ámbito competencial. Utilizando como parámetro normativo lo establecido en el artículo 1 de la Constitución Federal, la autoridad jurisdiccional debe corroborar que la facultad cuyo ejercicio es solicitado o que pretende realizar se encuentra dentro de su ámbito de competencia, siempre con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de la persona con discapacidad.

iv. Confirmar que dicha facultad es *idónea* para reducir la desventaja procesal enfrentada por la persona con discapacidad, sin lesionar desproporcionadamente derechos de terceros. La autoridad debe confirmar que el ejercicio de la facultad solicitada sea idóneo para corregir, eliminar o aminorar la desventaja procesal enfrentada por la persona con discapacidad y, por tanto, que le traerá algún beneficio. De no ser así, la medida sería superflua al no contribuir a garantizar su acceso a la justicia en igualdad de condiciones, por lo que tendría que negarse.

Asimismo, la autoridad jurisdiccional debe analizar si el ejercicio de la facultad solicitada constituye un ajuste razonable que no lesiona desproporcionadamente los derechos de alguna de las partes. Lo anterior porque el derecho a la igualdad y el acceso a la justicia no tienen como objetivo conceder ventajas injustificadas, sino justamente garantizar la equidad en el procedimiento.

En el caso, la Primera Sala encontró que sí existían elementos de prueba para sostener que el hijo de la mujer que promovió el juicio tiene una discapacidad (pág. 38, párr. 1). Lo demuestran informes médicos en los cuales se refiere que el hijo de la señora "lleva desde el año dos mil nueve en tratamiento con fluoxetina y carbamazepina, tiene síntomas de ansiedad y depresión, y ha intentado suicidarse dos veces" (pág. 38, párr. 2). También había en el expediente constancias médicas que documentaban que "presenta ataques de pánico dos a tres veces por semana, llanto fácil, irritabilidad, cefalea de gran intensidad, deterioro de su aseo personal, deterioro de la memoria, agnosia (desconoce lugares o personas), confusión y falta de ganas de vivir". (Pág. 38, párr. 3).

La Suprema Corte estimó que esos problemas de salud, al interactuar con el entorno, generan limitaciones en actividades de la vida diaria de la persona, que podrían afectar su derecho a la igualdad procesal (pág. 39, párr. 1). Sin embargo, también existen elementos en el expediente para sostener que la mujer sí estuvo en posibilidad de probar hechos en condiciones de igualdad con su contraparte. Por ejemplo, hizo una detallada descripción de la riña que tuvo lugar entre los demandados y su hijo; ofreció pruebas para demostrar los hechos y realizó en varias ocasiones argumentos complejos sobre cómo debían valorarse las pruebas, así como para mostrar por qué a su parecer la valoración realizada por la autoridad responsable fue incorrecta y discriminatoria (pág. 40, párr. 1).

7.2 Participación e inclusión plenas y efectivas de las personas con discapacidad en el deporte

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 162/2021, 17 de noviembre de 2021⁹⁴

Hechos del caso

Los padres de un niño de seis años de edad diagnosticado con trisomía 21 (síndrome de Down) lo inscribieron en el Complejo Acuático de Alto Rendimiento (en adelante, CAAR) del Instituto Hidalguense del Deporte, dentro del grupo de "olimpiadas especiales" y dos años después, en un grupo ordinario. En julio de 2019, la nueva coordinación del CAAR le asignó una nueva entrenadora al niño. Después del cambio, el coordinador de entrenadores le informó al padre del infante que la instructora tenía problemas para la enseñanza de su hijo, ya que no contaba con la formación necesaria para dar clases a niños con discapacidad y que el niño ya no podía formar parte de los dos grupos ("olimpiadas especiales" y clases "ordinarias"), señalando que, si otros niños con síndrome de Down identificaban que su hijo asistía a este último grupo iban a querer entrar y, al no poderles decir que no, aumentaría la carga de trabajo del Complejo Acuático considerablemente. Aunque se le permitió asistir a clases en otro grupo con un "nivel de nado" más avanzado, sus padres notaron que los profesores no le prestaban atención. Ante esta situación, hablaron con un profesor que entrenaba a personas con discapacidad en el mismo Instituto del Deporte, quien les comentó que para poder entrenar a su hijo debía estar en el grupo de niños y niñas con discapacidad y renunciar a las "olimpiadas especiales".

Después de varias gestiones ante el organismo estatal de derechos humanos y judiciales, los padres del niño promovieron una demanda de amparo indirecto, en la cual argumentaron que la negativa de reincorporarlo al deporte "ordinario" vulneraba sus derechos humanos. Frente a la sentencia que negó el amparo, los padres interpusieron un recurso de revisión, mismo que solicitaron atraer a la Suprema Corte de Justicia.

La Primera Sala decidió ejercer la facultad de atracción para resolver el amparo en revisión, pues consideró que podía emitir un pronunciamiento sobre el papel que tienen los centros deportivos en la garantía del derecho humano al deporte de las personas con discapacidad y establecer los lineamientos que deben observar en el otorgamiento de apoyos y ajustes razonables a las personas con discapacidad, a fin de adecuarse al objetivo de la inclusión. Se resolvió que el "deporte adaptado" no responde a la obligación del Estado de proporcionar ajustes razonables y se amparó al niño para que se realizara su reinscripción a las clases "ordinarias" de natación.

⁹⁴ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministra Ana Margarita Ríos Farjat.

Pregunta relacionada con la evidencia científica

Tomando en consideración el alcance convencional del derecho a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte de las personas con discapacidad, ¿la participación de las personas con discapacidad en el deporte está limitada a actividades "especiales"?

Tomando en consideración el alcance convencional del derecho a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte de las personas con discapacidad, ¿la participación de las personas con discapacidad en el deporte está limitada a actividades "especiales"?

Criterio de la Suprema Corte

No se debe obligar o limitar a las personas con discapacidad a participar en actividades deportivas específicas para ellas, porque de lo contrario se violaría el principio de inclusión. A fin de fomentar la participación y la inclusión, los Estados deben promover la inclusión de los niños y de las niñas con discapacidad en los juegos con otros niños y niñas, tanto en las escuelas inclusivas como fuera de ellas y proporcionarles opciones accesibles para realizar actividades físicas de su propia elección. Esto es así en atención a la serie de prácticas inclusivas para garantizar la participación de las personas con discapacidad en la actividad física y el deporte de su elección, reconocidas a nivel convencional en el artículo 30, párrafo 5, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como la inclusión de las personas con discapacidad en las actividades generales y específicas, ya sea como participantes activos en calidad de deportistas o hasta en una participación más estructural en calidad de organizadores.

Justificación del criterio

Para responder si la participación de las personas con discapacidad está limitada a actividades deportivas exclusivas para ellas, la Sala recordó que, en el informe A/HRC/46/49, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos emitió una serie de orientaciones con un enfoque de derechos humanos para el desarrollo de actividades físicas y deportes inclusivos y específicos para las personas con discapacidad, y recomendaciones para ayudar a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En dicho informe se "destacó que las personas con discapacidades se enfrentan a varias barreras para practicar actividades físicas y deportivas, por ejemplo, entornos físicos inaccesibles, falta de equipamiento o equipamiento inadecuado, costes adicionales, preocupaciones por la seguridad, falta de apoyo, falta de conocimientos específicos sobre la discapacidad por parte de los entrenadores, falta de información accesible y barreras debidas a la actitud, como la sobreprotección y los prejuicios. A menudo, las pocas oportunidades que las personas con discapacidad pueden tener para practicar deportes se limitan a entornos segregados, como los centros de rehabilitación." (Pág. 49, párr. 2).

Asimismo, se "precisó que las personas con discapacidad realizan menos actividad física que las demás, por lo que no disfrutan de sus beneficios: reducir el riesgo de padecer

enfermedades crónicas y comorbilidades, y mejorar los síntomas relacionados con la hipertensión, la falta de fuerza física, la baja calidad de vida y un estado funcional deficiente. Las investigaciones también registran que hay una mayor prevalencia de sobrepeso entre los niños con discapacidad. Entre las personas con discapacidad intelectual se dan muertes más tempranas debido a enfermedades respiratorias y circulatorias, lo que denota la necesidad de un estilo de vida más saludable, que incluya la actividad física y el deporte." (Pág. 42, párr. 3). Este dato es relevante pues, de acuerdo con el informe y con las Directrices de la Organización Mundial de la Salud sobre Actividad Física y Hábitos Sedentarios, "la actividad física es beneficiosa porque mejora la forma física (funciones cardiorrespiratorias y musculares), la salud cardiometabólica (tensión, dislipidemia, glucosa y resistencia a la insulina), la salud ósea y los resultados cognitivos (desempeño académico y función ejecutiva). Entre los jóvenes con discapacidad, la actividad física tiene como resultado una mejor función cognitiva y posibles mejoras en la función física en los niños y niñas con discapacidad intelectual." (Pág. 50, párr. 1).

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, "el acceso al deporte y a la educación física no sólo beneficia directamente a los niños y a las niñas con discapacidad, sino que también les ayuda a fortalecer su posición en la comunidad a través de la participación equitativa en actividades valoradas por la sociedad, lo que puede representar una poderosa oportunidad para promover el respeto.

Adicionalmente, la Sala resaltó que, de acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, "el acceso al deporte y a la educación física no sólo beneficia directamente a los niños y a las niñas con discapacidad, sino que también les ayuda a fortalecer su posición en la comunidad a través de la participación equitativa en actividades valoradas por la sociedad, lo que puede representar una poderosa oportunidad para promover el respeto" (pág. 50, párr. 2). Especialmente para las personas con discapacidad, la práctica de actividades físicas y deportivas les ofrece otros beneficios como lo "son la mejora de la autoestima y del bienestar social; el combate de la segregación y el aislamiento que suelen enfrentar las personas con discapacidad, a través del establecimiento y el incremento de los vínculos desarrollados y, el fomento de su interacción social, conciencia de pertenencia e inclusión en la comunidad; de igual manera, promueve el respeto de las reglas, la resolución de problemas y el control de impulsos." (Pág. 50, párr. 3).

Estas consideraciones son de suma relevancia porque, para la Primera Sala, respaldan la interpretación de la Oficina del Alto Comisionado sobre el alcance convencional del derecho a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte de las personas, contemplado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el sentido de que el derecho de las personas con discapacidad de participar en igualdad de condiciones en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas contempla una correlativa obligación a cargo de los Estado de adoptar las medidas pertinentes para promover su participación, en la mayor medida posible, en las actividades deportivas generales. De ahí que su participación en las actividades deportivas generales a todos los niveles "no debe interpretarse como una limitación del derecho a participar en el deporte, ya que ello entraría en contradicción con los principios fundamentales del tratado, sino más bien como un matiz a fin de garantizar que se realicen

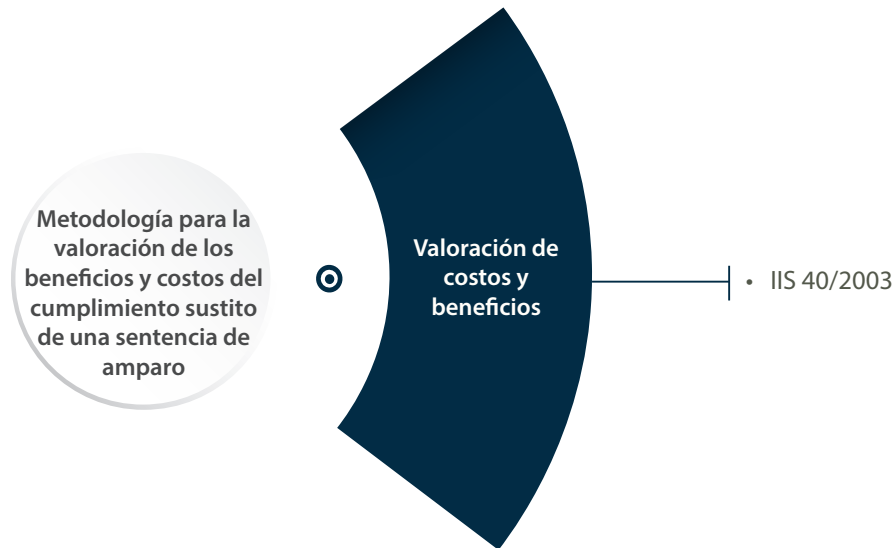
ajustes y un apoyo adecuado para que las personas con discapacidad puedan disfrutar de los beneficios de la actividad física y el deporte en igualdad de condiciones con los demás." (Pág. 51, párr. 1).

Es precisamente por lo anterior que la Oficina del Alto Comisionado ha señalado que por una parte el derecho de participación en las "*actividades deportivas generales*" contempla a las personas con discapacidad y que, por otra parte, "los deportes que son "*específicos*" para personas con discapacidad [...] reconocen y apoyan las prácticas existentes (como los Juegos Paralímpicos y los Juegos Sordolímpicos), lo que da como resultado un texto equilibrado que ofrece opciones a las personas con discapacidad." (Pág. 51, párr. 2). De tal modo que, para la Sala, el Estado y el sector privado tengan la obligación de alentar o promover que "se ofrezca, en igualdad de condiciones con las demás personas, instrucción, formación y recursos adecuados. El verbo "alentar" se aplica cuando se refiere al sector privado, pero no prevalece sobre la obligación de no discriminar cuando la entidad responsable de proporcionar instrucción, formación y recursos es el propio Estado." (Pág. 52, párr. 2).

El reconocimiento de esta obligación es relevante para efectos de este caso porque, "[l]a falta de información o capacitación de las instructoras o profesoras tiende en algunos casos a excluir a la persona con discapacidad para protegerle de posibles daños; justificación que se convierte en un error bastante común por esa razón, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura ha sostenido que las profesoras son un elemento clave en el entorno de aprendizaje de un niño o de una niña y se ha demostrado que la formación de docentes resulta eficaz a la hora de fomentar el compromiso de inclusión." (Pág. 53, párr. 1).

"En ese sentido, **no se debe obligar o limitar a las personas con discapacidad a participar en actividades deportivas específicas para ellas, ya que esto violaría el principio de inclusión**" (pág. 53, párr. 2). Puesto que, a fin de fomentar la participación y la inclusión, "los Estados deben promover la inclusión de los niños y de las niñas con discapacidad en los juegos con otros niños y niñas, tanto en las escuelas inclusivas como fuera de ellas. Por lo tanto, **deben proporcionarse opciones accesibles** a los niños y a las niñas con discapacidad **para realizar actividades físicas de su propia elección**". (Pág. 53, párr. 3). (Énfasis en el original). Lo anterior en atención a la serie de prácticas inclusivas para garantizar la participación de las personas con discapacidad en la actividad física y el deporte de su elección, que se reconoce a nivel convencional en el artículo 30, párrafo 5, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como la inclusión de las personas con discapacidad en las actividades generales y específicas, ya sea como participantes activos en calidad de deportistas o hasta en una participación más estructural en calidad de organizadores (pág. 54, párr. 1).

8. Metodología para la valoración de los costos y beneficios del cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo (expropiación del predio El Encino)



8. Metodología para la valoración de los costos y beneficios del cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo (expropiación del predio El Encino)

SCJN, Pleno, Incidente de Inejecución de Sentencia 40/2003, 11 de agosto de 2011⁹⁵

Cumplimiento sustituto sobre la expropiación de un predio

Hechos del caso

Un hombre solicitó y obtuvo un amparo en contra de la expropiación de unos terrenos de su propiedad dictada por el Gobierno del Distrito Federal para construir obras de infraestructura eléctrica e hidráulica y vialidades públicas. Las autoridades del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) no devolvieron los terrenos expropiados, ofreciendo un pago económico como cumplimiento sustituto de la sentencia, argumentando que si se devolvían los terrenos expropiados se causarían graves daños a la sociedad porque no podrían prestar importantes servicios públicos. El dueño de los terrenos expropiados se negó a recibir la compensación sustituta y las autoridades del Distrito Federal a devolver los predios expropiados. Un juzgado de distrito abrió un incidente de inejecución de la sentencia que se declaró fundado por un tribunal colegiado y fue remitido a la Suprema Corte para su atención.

La Segunda Sala de la Corte devolvió el incidente de inejecución de sentencia al juzgado distrito para que ordenara la apertura de un incidente innominado, con la finalidad de determinar si existía o no imposibilidad material o jurídica para devolver los terrenos expropiados o si se actualizaban los supuestos establecidos en el artículo 107, fracción

⁹⁵ Mayoría de seis votos. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz.

XVI, de la Constitución General, a saber: si con la ejecución de la sentencia de garantías se pudiera afectar a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que obtendría el propietario de los terrenos. Después de valorar diversas pruebas periciales, el juez de distrito resolvió que no había una imposibilidad material ni jurídica para que las autoridades del Distrito Federal devolvieran los predios expropiados.

La Suprema Corte, después de desechar los recursos de revisión interpuestos por las autoridades, turnó el incidente de inejecución a un Ministro de la Primera Sala para que se elaborara un nuevo proyecto de decisión, después de recabar más elementos para resolver el caso. Para lo anterior, el Ministro Presidente de la Suprema Corte solicitó al Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) que propusiera el nombre de tres expertos con conocimientos técnicos en derecho y urbanismo, ingeniería y urbanismo, así como en economía, que llevaran a cabo el estudio en relación con los perjuicios que ocasionaría a la sociedad y a terceros el cumplimiento de la sentencia de amparo, así como el beneficio que, en este mismo supuesto, obtendría el propietario de los terrenos.⁹⁶

Preguntas relacionadas con la evidencia científica

¿Cómo debe decretarse el cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo para evitar que se cause una afectación grave a la sociedad o a terceros, mayor que los beneficios económicos que obtendría el quejoso?

Criterio de la Suprema Corte

Por las condiciones generales aplicables, el análisis que emprenda este Supremo Tribunal deberá consistir en evaluar los costos y beneficios que una determinada acción pueda llegar a tener a partir de su expresión en una unidad comparable (normalmente mediante valores pecuniarios), identificar cuál de los dos es mayor y, a partir de ahí, tomar la decisión que represente mayores beneficios netos. La anterior condición se cumple siempre y cuando se esté ante una situación de cuantificación perfecta, esto es, en la que los elementos a comparar estuvieran definidos y la cuantificación numérica de los costos y los beneficios fuera absoluta; en este caso, la facultad se limitaría a comparar entre el valor de un curso de acción y otro, para de ahí concluir decidiendo respecto del que represente el valor más alto. Esta situación, sin embargo, no se da en todos los casos, debido a que podrían no estar completamente claros los elementos a contrastar o que no sea posible asignarles un valor numérico preciso, puesto que algunos de los factores no son de índole económica y algunas veces no tienen referente en un valor pecuniario. En este sentido, desde el momento en que el constituyente eligió como criterio para permitir la ejecución

⁹⁶ Esta solicitud se realizó a la UNAM en términos de lo dispuesto en el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la Ley de Amparo.

sustituta un análisis costo-beneficio, se hace necesario entender el problema desde una dimensión cuantitativa o, al menos, darle la mayor dimensión posible, pues es así como funciona la mecánica por él diseñada.

Justificación del criterio

Conforme a la fracción XVI, segundo párrafo, del artículo 107 constitucional, la Suprema Corte puede decretar el cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo cuando la naturaleza del acto lo permita; se determine antes que hubo un incumplimiento de la sentencia o una repetición del acto reclamado; y se valore que la ejecución de la sentencia afectaría gravemente a la sociedad o a terceros, en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso.

Para valorar si una sentencia de amparo puede cumplirse en sus términos, o si con ello se causaría una afectación grave a la sociedad o a terceros, mayor que los beneficios económicos que el quejoso es necesario realizar un análisis de los costos y beneficios involucrados (pág. 13, párrs. 1 y 2). Para mejor referencia la Corte explicó lo siguiente:

Por las condiciones generales aplicables, el análisis que emprenda este Supremo Tribunal deberá consistir en evaluar los costos y beneficios que una determinada acción pueda llegar a tener a partir de su expresión en una unidad comparable (normalmente mediante valores pecuniarios), identificar cuál de los dos es mayor y, a partir de ahí, tomar la decisión que represente mayores beneficios netos.

La anterior condición se cumple siempre y cuando se esté ante una situación de cuantificación perfecta, esto es, en la que los elementos a comparar estuvieran definidos y la cuantificación numérica de los costos y los beneficios fuera absoluta; en este caso, la facultad se limitaría a comparar entre el valor de un curso de acción y otro, para de ahí concluir decidiendo respecto del que represente el valor más alto.

Esta situación, sin embargo, no se da en todos los casos, debido a que podrían no estar completamente claros los elementos a contrastar o que no sea posible asignarles un valor numérico preciso, puesto que algunos de los factores no son de índole económica y algunas veces no tienen referente en un valor pecuniario.

En este sentido, desde el momento en que el constituyente eligió como criterio para permitir la ejecución sustituta un análisis costo-beneficio, se hace necesario entender el problema desde una dimensión cuantitativa o, al menos, darle la mayor dimensión posible, pues es así como funciona la mecánica por él diseñada. [Pág. 14].

En cuanto a la metodología que adoptó la Corte para realizar este análisis, se explicó que se divide en los siguientes pasos:

- (i) Identificar los bienes jurídicos relevantes y los costos y beneficios importantes, así como su relación con el solicitante del amparo, la sociedad o los terceros, que son los sujetos que podrían verse gravemente afectados (pág. 14, párr. 5).

Para valorar si una sentencia de amparo puede cumplirse en sus términos, o si con ello se causaría una afectación grave a la sociedad o a terceros, mayor que los beneficios económicos que el quejoso es necesario realizar un análisis de los costos y beneficios involucrados.

- (ii) Separar, de entre los costos y beneficios que se estimaron importantes, los que pueden monetizarse y los que no admiten esta valuación (pág. 15, párr. 1). En cuanto a los costos o beneficios que pueden valuarse económicamente, debe determinarse el grado de afectación que se causaría a la sociedad o a los terceros, para ver si es grave. En esta parte del análisis debe tomarse en cuenta también si "Las soluciones que pueden darse son dos: considerar casos anteriores con un grado suficiente de semejanza, para desde ahí extrapolar las consecuencias que haya tenido hacia aquel que tenga que resolverse; a falta de éstos, el ejercicio deberá hacerse mediante la construcción de la mayor cantidad de supuestos a efecto de tratar de construir una estimación aplicable al caso." (Pág. 15, párr. 2). Además de fijarse los supuestos a partir de los cuales se realizará la valoración de los costos y beneficios que pueden monetizarse, la estimación de los costos debe realizarse a valor presente.
- (iii) Integrar los elementos anteriores mediante una motivación adecuada, "[...] que consistirá en identificar los bienes jurídicos, costos relevantes y sujetos relacionados, así como verificar los cálculos necesarios para llegar a la determinación final que permita contraponer costos frente a beneficios y, como consecuencia, con independencia del resto de elementos, arribar a una solución en cuanto a si efectivamente existe una razón para ordenar o no el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo." (Pág. 16, párr. 1).

Una vez precisada la metodología para realizar el examen técnico que se requería en este caso, la Corte revisó si se cumplían los requisitos constitucionales para decretar el cumplimiento sustituto de la sentencia. En este caso se decidió que debía decretarse el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo, porque en un estudio realizado por la UNAM, realizado a solicitud del Pleno, se encontró que la ejecución de la sentencia en sus términos tendría cargas sociales y a colectivos determinados de terceros que serían desproporcionadamente superiores a las cargas que representaría para el quejoso que se procediera al cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo.

Consideraciones finales

En este cuaderno se analiza la evolución de los precedentes de la Suprema Corte sobre el uso de evidencia científica. Hemos identificado dos tipos de casos. Aquellos en los que se ha establecido un estándar probatorio o criterios para la valoración de la evidencia científica y otros en los que se utilizó evidencia científica para probar hechos específicos.

El primer conjunto de casos ilustra el papel fundamental que ha desempeñado la literatura especializada para informar las decisiones de la Suprema Corte en múltiples conflictos que han comprendido probar dónde se ubica el interés superior de los niños, de acuerdo con la extensa doctrina constitucional que hay en México sobre el tema. La literatura especializada sobre teorías del apego que ha consultado la Corte ha permitido desentrañar cuestiones de gran complejidad y, además, cuestionar de manera sustantiva algunas posturas que tradicionalmente informaron decisiones trascendentales para los menores y las familias, como la prevalencia del nexo biológico sobre la realidad social o la preferencia absoluta de la guarda y custodia de la madre.

En materia del derecho de familia, además de presentarse el estado del arte de la literatura especializada sobre cuestiones clave para discernir cómo pueden protegerse mejor los derechos de los niños, en algunos casos se han definido estándares de prueba que resultan aplicables a una gran diversidad de asuntos y que orientan de manera clara la manera en la que los jueces deberán valorar todos los elementos de prueba con los que cuentan, para aumentar sustantivamente las posibilidades de certeza y fiabilidad de sus decisiones.

Se ha establecido, por ejemplo, para los casos que involucren un posible abuso sexual de menores, que los derechos fundamentales de estos últimos a ser escuchados en los procesos judiciales imponen la exigencia de que en procesos civiles, cuando se demanda la

pérdida de la patria potestad que ejerce uno de los padres, se adopte el estándar de prueba de la probabilidad prevaeciente. En otro caso la Primera Sala estableció el estándar de prueba clara y convincente como parámetro para tomar decisiones que aterricen de forma adecuada la doctrina constitucional del interés superior de los niños y para proteger los derechos de las personas con discapacidad.

Asimismo, a partir de la literatura especializada en la materia, se han definido puntualmente conductas que afectan el desarrollo de los niños y forman parte de patrones de violencia generalizada en México, como el *bullying* o acoso escolar. Una de las sentencias que se estudia en este cuaderno indica cómo las pruebas periciales en campos como la psicología son útiles en los casos sobre el interés superior del menor y vincula estos hallazgos con un test diferenciado para determinar la responsabilidad civil, por acción o por omisión, de quienes tienen a su cargo proteger la integridad y los derechos de los niños. Este caso es un ejemplo más de cómo utiliza la Corte el conocimiento especializado para definir criterios puntuales de valoración probatoria, para establecer y cuantificar el daño moral causado por abusos, sobre todo emocionales y psicológicos, a un niño en condición vulnerable; y cómo deben repartirse las cargas probatorias, de acuerdo también con la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de los niños.

En otros casos se ha estudiado el sustento técnico de pruebas periciales específicas, como la prueba de genética molecular (ADN) que es el medio más utilizado para probar la filiación parental. En uno de los asuntos que se presentan aquí, la Corte propuso que el tipo de hallazgos científicos que pueden y deben ser admitidos para orientar la toma de decisiones jurisdiccionales deben cumplir algunas características para conocer su relevancia y fiabilidad, como su producción a través de un método científico, lo que podría corroborarse a partir de factores como que la evidencia haya sido sujeta a pruebas empíricas; sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica; pueda conocerse su margen de error potencial o existan estándares que controlen su aplicación. A partir de estos criterios, por ejemplo, la Corte determinó que la prueba genética de ADN que se utiliza para acreditar la filiación en un juicio de paternidad, cuando se realiza de manera correcta, es un medio de prueba relevante y fiable, porque sus resultados tienen un alto grado de certeza al estar basados en un análisis exacto de los perfiles genéticos (huellas genéticas) del padre o madre y del hijo.

En los casos en los que se ha discutido el alcance de la responsabilidad médica también se han establecido criterios generales para valorar medios de prueba conforme al concepto de *lex artis*. La Corte ha establecido, por ejemplo, que en decisiones difíciles que implican identificar e imponer el tratamiento médico idóneo para salvar la vida de una niña en contra de las creencias religiosas de sus padres, debe recurrirse al procedimiento recomendado por la ciencia médica, el cual cuenta con el nivel más alto posible de consolidación científica y, por lo tanto, indica el mayor grado de prioridad por su índice de éxito mayor.

La aplicación del criterio de *lex artis* como línea de base para valorar la responsabilidad médica también ha dado lugar a decisiones sobre la correspondencia que debe existir entre el campo de especialización de un perito y la materia sobre la cual rinde un dictamen. La Corte ha establecido que para que una prueba pericial rendida ayude al juez a formar su convicción deben verificarse dos condiciones: *i*) el grado de proximidad entre la materia sobre la cual se rendirá un dictamen pericial y la especialidad del perito que lo elabora; y *ii*) el contenido estricto del dictamen pericial, de suerte que entre menor sea esta proximidad deberá realizarse un examen más escrupuloso de razonabilidad.

Otro ejemplo importante de la utilización de conocimiento especializado para resolver tensiones de derechos fundamentales en la justicia constitucional es el caso de la revisión de las prohibiciones administrativas para el consumo lúdico de la marihuana. La Primera Sala de la Corte estableció que, en el marco del test de proporcionalidad, para probar la idoneidad de una medida que restringe un derecho fundamental debe acreditarse la existencia de una relación empírica entre la intervención a ese derecho fundamental y los fines que persigue dicha afectación. La idoneidad de una medida debe mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas. En el caso puntual, aunque la regulación impugnada no superó todas las gradas del test de proporcionalidad y fue declarada inconstitucional, se encontró, a partir también de una revisión exhaustiva de literatura especializada, que el sistema de prohibiciones administrativas para el consumo lúdico de marihuana en la Ley General de Salud es una medida idónea para proteger la salud y el orden públicos, porque hay evidencia para considerar que el consumo de marihuana causa afectaciones (aunque de escasa entidad) en la salud de las personas y puede aumentar el riesgo de causar accidentes vehiculares.

Igualmente relevante, la Corte ha abordado el tipo de evidencia que puede utilizarse para evaluar el posible impacto discriminatorio de la legislación, concluyendo que la utilización de datos estadísticos y demás información empírica puede ser significativa y fiable para acreditar, *prima facie*, la existencia de una discriminación indirecta contra ciertos grupos o clases; como lo fue en el caso de estudio la afectación generalizada que resienten las mujeres con motivo de la exclusión normativa de la cobertura social obligatoria del trabajo doméstico y, por ende, el impacto discriminatorio que esa medida genera en las mujeres trabajadoras.

En cuanto a la protección del medio ambiente, como un ejemplo de la interpretación de la Suprema Corte sobre el conocimiento científico que sustenta medidas legislativas o regulatorias, la Segunda Sala resolvió como regla para la interpretación del *principio precautorio* previsto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que basta con un principio de prueba para que proceda adoptar medidas a favor del medio ambiente, porque dicho principio 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 especies.

En este cuaderno también se presentan varios casos que ilustran cómo ha recurrido la Corte al conocimiento científico o especializado para probar hechos específicos, en situaciones que también se relacionan con derechos fundamentales como la protección del derecho a la salud y a un medio ambiente sano; los derechos de los pueblos indígenas al territorio y sus recursos naturales; o los derechos de las mujeres, entre otras cosas, a la no discriminación.

Por ejemplo, en cuanto al derecho de las mujeres a la igualdad y no discriminación, a partir de evidencia empírica y datos estadísticos, la Corte resolvió que el trabajo doméstico no remunerado es una carga desproporcionada y un costo de oportunidad para las mujeres, que limita su tiempo disponible para el desarrollo de actividades que generen ingresos y afecta negativamente su empleabilidad y el acceso a empleos de calidad.

La Corte ha recurrido a literatura especializada para comprender, por ejemplo, si existen tratamientos alternativos que puedan equipararse al que ha sido identificado como el idóneo de acuerdo con la *lex artis* médica, para tratar la leucemia linfoblástica aguda de una niña. Se ha estudiado si la ciencia médica permite admitir que una persona diagnosticada con VIH/Sida debe ser considerada automáticamente incapaz de realizar las funciones que sus obligaciones laborales le demandan. A partir de la literatura técnica en la materia se determinó también que el método de anticoncepción de emergencia —que se incluyó como alternativa para apoyar a las mujeres en casos de embarazos no deseados como consecuencia de situaciones de violencia— no es equivalente a un aborto y, por lo tanto, no es inconstitucional la medida regulatoria correspondiente.

En otro ejemplo, al abordar los resultados de una prueba pericial presentada por una comunidad indígena para reclamar la prescripción adquisitiva de unos terrenos que consideraban parte de su propiedad ancestral y originaria, la Primera Sala abordó la naturaleza y el alcance de un peritaje antropológico y el rigor probatorio con el cual los jueces deben estudiarlo, tomando en cuenta la doctrina constitucional sobre los derechos de los pueblos indígenas y la protección reforzada que debe otorgárseles como grupo vulnerable.

En otra serie de casos de igual forma se estudiaron las evidencias que existen sobre el riesgo del glifosato que se utiliza como parte del paquete tecnológico que se autoriza para la siembra de soya genéticamente modificada y los riesgos que tiene de causar un impacto significativo para la salud, el medio ambiente y los medios de vida de varias comunidades indígenas en la península de Yucatán.

En suma, la compilación de casos en este cuaderno de jurisprudencia intenta presentar una aproximación a la multiplicidad de situaciones y formas en las cuales la Suprema Corte de Justicia acude al conocimiento científico, cómo lo hace y cuáles son los resultados de esa interacción de la evidencia científica y la argumentación constitucional. Esperamos que esta publicación contribuya a comprender mejor tanto los retos que plantea la resolución de casos complejos, científica y constitucionalmente, como los avances notables de la interpretación constitucional para abordarlos.

Anexo 1. Glosario de sentencias

No.	TIPO DE ASUNTO	EXPEDIENTE	FECHA DE RESOLUCIÓN	TEMA(S)	SUBTEMA(S)
1	CT	154/2005-PS	18/10/2006	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Filiación parental y pruebas en genética molecular (ADN)	Criterios sobre la relevancia y fiabilidad de las pruebas en genética molecular (ADN) en juicios de paternidad
2	AR	510/2004	06/03/2007	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Derecho a la protección de la salud y Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)	Diagnóstico del VIH en las fuerzas armadas y derecho a la salud
3	AI	146/2007 y su acumulada 147/2007	28/08/2008	Derechos sexuales y reproductivos Interrupción del embarazo y delito de aborto	Interrupción del embarazo y delito de aborto
4	CC	54/2009	27/05/2010	Derechos sexuales y reproductivos Anticoncepción de emergencia y derecho a la salud en casos de violencia contra las mujeres	Anticoncepción de emergencia y derecho a la salud en casos de violencia contra las mujeres
5	IIS	40/2003	11/08/2011	Metodología para la valoración de los costos y beneficios del cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo (expropiación del predio El Encino)	Metodología para la valoración de los costos y beneficios del cumplimiento sustituto de una sentencia de amparo (expropiación del predio El Encino)

6	ADR	1584/2011	26/10/2011	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Filiación parental y pruebas en genética molecular (ADN)	Pruebas periciales únicas en genética molecular en casos de filiación
7	CT	93/2011	26/10/2011	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Responsabilidad médica	Lex artis médica, grados de especialización y peritajes
8	AR	117/2012	28/11/2012	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Responsabilidad médica	Lex artis médica, grados de especialización y peritajes
9	ADR	2618/2013	23/10/2013	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y casos de guarda y custodia	Decisiones judiciales sobre guarda y custodia cuando involucran categorías sospechosas como las condiciones económicas y de salud
10	ADR	2252/2013	04/12/2013	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y casos de guarda y custodia	Presunción de idoneidad a favor de la madre en casos de guarda y custodia
11	AR	378/2014	15/10/2014	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Derecho a la protección de la salud y Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)	Garantía del derecho a la protección de la salud de las personas con VIH/SIDA en los centros hospitalarios
12	AR	554/2016	25/03/2015	Igualdad de género Investigación de los feminicidios y violencia de género	Investigación de los feminicidios y violencia de género
13	AD	35/2014	15/05/2015	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y discriminación en los centros educativos	Bullying (acoso escolar) y responsabilidad civil de los centros educativos
14	ADR	3859/2014	23/09/2015	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y teorías del apego	Estándar de prueba clara y convincente para valorar el interés superior del niño en casos de adopción que involucren posibles actos de discriminación (padre con discapacidad)
15	ADR	3797/2014	14/10/2015	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Psicología del testimonio infantil en casos que involucren posibles actos de abuso sexual (estándar probatorio y lineamientos para las entrevistas investigativas)	Psicología del testimonio infantil en casos que involucren posibles actos de abuso sexual (estándar probatorio y lineamientos para las entrevistas investigativas)

16	AR	237/2014	04/11/2015	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Derecho a la salud y uso de cannabis	Derechos a la salud y el libre desarrollo de la personalidad y despenalización del consumo lúdico de marihuana
17	AR	410/2015	04/11/2015	Justicia intercultural (derechos de las personas, los pueblos y las comunidades indígenas) Impactos potenciales del glifosato en el medio ambiente, la salud y los medios de vida	Impactos potenciales del glifosato en el medio ambiente, la salud y los medios de vida
18	ADR	5490/2016	07/03/2016	Igualdad de género Violencia familiar e indemnización patrimonial por daño moral	Violencia familiar e indemnización patrimonial por daño moral
19	ADR	6179/2015	23/11/2016	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y teorías del apego	Criterio sobre la ponderación de la realidad social frente al nexo biológico
20	AD	11/2015	22/02/2017	Justicia intercultural (derechos de las personas, los pueblos y las comunidades indígenas) Pericial antropológica, propiedad originaria de los pueblos indígenas y prescripción adquisitiva	Pericial antropológica, propiedad originaria de los pueblos indígenas y prescripción adquisitiva
21	AD	28/2015	01/03/2017	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Responsabilidad médica	Lex artis médica, grados de especialización y peritajes
22	AR	644/2016	18/03/2017	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y teorías del apego	Criterio sobre la separación gradual, sensible y progresiva de los niños y sus madres en situación de reclusión
23	AR	921/2016	05/04/2017	Justicia intercultural (derechos de las personas, los pueblos y las comunidades indígenas) Impactos potenciales del glifosato en el medio ambiente, la salud y los medios de vida	Impactos potenciales del glifosato en el medio ambiente, la salud y los medios de vida
24	AR	923/2016	05/04/2017	Justicia intercultural (derechos de las personas, los pueblos y las comunidades indígenas) Impactos potenciales del glifosato en el medio ambiente, la salud y los medios de vida	Impactos potenciales del glifosato en el medio ambiente, la salud y los medios de vida
25	AD	18/2015	10/05/2017	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Responsabilidad médica	Responsabilidad Patrimonial del Estado en casos de negligencia médica (contagio de VIH en una institución hospitalaria)

26	ADR	2766/2015	12/07/2017	Derechos sexuales y reproductivos Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida	Voluntad procreacional y técnicas de reproducción asistida (juicio por desconocimiento de paternidad)
27	ADR	299/2017	04/10/2017	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Filiación parental y pruebas en genética molecular (ADN)	Pruebas periciales únicas en genética molecular en casos de filiación
28	AI	11/2016	24/10/2017	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y teorías del apego	Alienación parental, violencia familiar y pérdida de la patria potestad
29	AR	619/2017	29/11/2017	Derechos sexuales y reproductivos Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida	Fertilización in vitro y acceso a los servicios de salud y reproducción asistida
30	ADR	4883/2017	28/02/2018	Igualdad de género Doble jornada laboral de las mujeres y compensación	Doble jornada laboral de las mujeres y compensación
31	AI	139/2015	30/04/2018	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Derecho a la protección de la salud y Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)	Discriminación y estigmatización de grupos minoritarios por su condición de salud
32	ADR	3788/2017	09/05/2018	Derechos de las personas con discapacidad Acceso efectivo a la justicia y protección reforzada a las personas con discapacidad	Acceso efectivo a la justicia y protección reforzada a las personas con discapacidad
33	AR	1049/2017	15/08/2018	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y elección del tratamiento médico idóneo	Interés superior del menor y elección del tratamiento médico idóneo
34	AR	641/2017	18/10/2017	Derecho a un medio ambiente sano Reparación de las violaciones al derecho a un medio ambiente sano y restauración de los ecosistemas	Reparación de las violaciones al derecho a un medio ambiente sano y restauración de los ecosistemas
	AD	31/2018	14/11/2018	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y discriminación en los centros educativos	Discriminación escolar y Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad

35	AR	307/2016	14/11/2018	Derecho a un medio ambiente sano Interés legítimo y servicios ambientales de los ecosistemas que se intentan defender a través del juicio de amparo	Interés legítimo y servicios ambientales de los ecosistemas que se intentan defender a través del juicio de amparo
36	AD	9/2018	05/12/2018	Igualdad de género Discriminación y régimen de seguridad social de las trabajadoras domésticas	Discriminación y régimen de seguridad social de las trabajadoras domésticas
37	AR	57/2019	14/08/2019	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Derecho a la salud y uso de cannabis	Omisión reglamentaria sobre el uso de cannabis y sus derivados para fines científicos y terapéuticos
38	AR	610/2019	15/01/2020	Derecho a un medio ambiente sano Principio precautorio, participación ciudadana y modificación de normas oficiales mexicanas que regulan cuestiones relacionadas con el derecho humano a un medio ambiente sano	Principio precautorio, participación ciudadana y modificación de normas oficiales mexicanas que regulan cuestiones relacionadas con el derecho humano a un medio ambiente sano
39	AR	953/2019	06/05/2020	Justicia intercultural (derechos de las personas, los pueblos y las comunidades indígenas) Identificación de los impactos ambientales de proyectos de Desarrollo	Identificación de los impactos ambientales de proyectos de desarrollo
40	ADR	3833/2019	27/05/2020	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Responsabilidad médica	Duda razonable sobre la mejor decisión posible y estado de la ciencia médica
41	AR	226/2020	11/11/2020	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Derecho a la protección de la salud y Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)	Omisión de proporcionar un tratamiento adecuado y oportuno a las personas diagnosticadas con VIH/SIDA
42	CT	267/2020	17/03/2021	Derechos de las niñas, los niños y adolescentes Interés superior del menor y casos de guarda y custodia	Suspensión del régimen de convivencias en el contexto del COVID-19
43	AR	237/2020	14/04/2021	Derecho a un medio ambiente sano Derecho a un medio ambiente sano y principios de prevención y precaución (construcción y operación de un relleno sanitario)	Derecho a un medio ambiente sano y principios de prevención y precaución (construcción y operación de un relleno sanitario)

44	AI	16/2016	07/06/2021	Derechos sexuales y reproductivos Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida	Regulación de la gestación por subrogación
45	AI	148/2017	07/09/2021	Derechos sexuales y reproductivos Interrupción del embarazo y delito de aborto	Interrupción del embarazo y delito de aborto
46	AI	54/2018	27/05/2021	Derechos sexuales y reproductivos Objeción de conciencia y derecho al acceso a servicios públicos de salud	Objeción de conciencia y derecho al acceso a servicios públicos de salud
47	AD	43/2021	10/11/2021	Igualdad de género Doble jornada laboral de las mujeres y compensación	Doble jornada laboral de las mujeres y compensación
48	AR	162/2021	17/11/2021	Derechos de las personas con discapacidad Participación e inclusión plenas y efectivas de las personas con discapacidad en el deporte	Participación e inclusión plenas y efectivas de las personas con discapacidad en el deporte
50	CT	152/2021	25/05/2022	Derecho a los niveles más altos posibles de salud y a la protección de la salud Derecho a la salud y omisión en la vacunación contra el virus SARS-CoV-2 al personal médico del sector privado (procedencia de la suspensión en el juicio de amparo)	Derecho a la salud y omisión en la vacunación contra el virus SARS-CoV-2 al personal médico del sector privado (procedencia de la suspensión en el juicio de amparo)

Anexo 2. Tesis aisladas y jurisprudencia (en orden de publicación)

DERECHOS DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

- CT 154/2005-PS Tesis 1a./J. 99/2006 MEDIDAS DE APREMIO. SU APLICACIÓN ES CONSTITUCIONAL EN LOS JUICIOS DE PATERNIDAD CUANDO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN) (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO). Marzo de 2007.
- Tesis 1a./J. 100/2006 MEDIDAS DE APREMIO. ALCANCE DEL USO DE LA FUERZA PÚBLICA TRATÁNDOSE DE JUICIOS DE PATERNIDAD EN LOS QUE SE OFRECE LA PRUEBA EN GENÉTICA MOLECULAR (ADN). Marzo de 2007.
- Tesis 1a./J. 101/2006 JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO). Marzo de 2007.
- Tesis 1a. CLXXXVII/2006 CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS. CARACTERÍSTICAS QUE DEBEN TENER PARA QUE PUEDAN SER TOMADOS EN CUENTA POR EL JUZGADOR AL MOMENTO DE EMITIR SU FALLO. Marzo de 2007.
- ADR 1584/2011 Tesis 1a./J. 2/2012 (9a.) RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Febrero de 2012.
- ADR 2252/2013 Tesis 1a./J. 44/2014 (10a.) INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS. Junio de 2014.
- AD 35/2014 Tesis 1a. CCCXXXIV/2015 (10a.) BULLYING ESCOLAR. CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DEL DAÑO MORAL. Noviembre de 2015.

ADR 3859/2014	Tesis 1a. VIII/2016 (10a.) ADOPCIÓN. EL TUTOR NO PUEDE SUSTITUIR LA VOLUNTAD DEL PADRE QUE DEBA OTORGAR SU CONSENTIMIENTO. Enero de 2016.
ADR 6179/2015	Tesis 1a. LXXII/2017 (10a.) PRINCIPIO DEL MANTENIMIENTO DEL MENOR EN LA FAMILIA BIOLÓGICA. EVALUACIÓN DE LA CONSOLIDACIÓN DE UNA REALIDAD SOCIAL DISTINTA A LA BIOLÓGICA. Junio de 2017.
CT 267/2020	Tesis 1a./J. 11/2021 (10a.). SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO. CUANDO ÉSTE CONSISTE EN UNA DETERMINACIÓN JUDICIAL QUE ORDENA UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA PROVISIONAL EN FORMA PRESENCIAL Y LIBRE ENTRE UN MENOR DE EDAD Y EL PROGENITOR NO CUSTODIO, EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA POR LA ENFERMEDAD COVID-19, PERMITE QUE LA SUSPENSIÓN SE OTORQUE MODULANDO LA CONVIVENCIA PARA QUE SE REALICE A DISTANCIA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, SIEMPRE Y CUANDO EL MATERIAL PROBATORIO CON QUE SE CUENTE AL PROVEER LA MEDIDA NO PERMITA FIJAR UNA DISTINTA COMO MÁS PROTECTORA DE SU INTERÉS SUPERIOR. Mayo de 2021.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

AI 16/2016	Tesis 1a./J. 87/2022 (11a.) GESTACIÓN SUBROGADA O POR SUSTITUCIÓN. EL PERFIL DE SALUD DE LA MADRE CONTRATANTE ES UNA CUESTIÓN QUE, AL SER MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL (EN PARTICULAR, DE PLANIFICACIÓN FAMILIAR), CORRESPONDE SER DETERMINADA POR LA AUTORIDAD FEDERAL. Junio de 2022.
------------	--

DERECHO A LOS NIVELES MÁS ALTOS POSIBLES DE SALUD Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

CT 93/2011	Tesis 1a./J. 22/2011 (10a.) DAÑOS ORIGINADOS POR LA APLICACIÓN NEGLIGENTE DE LA ANESTESIA. GENERAN UNA RESPONSABILIDAD CIVIL DE ÍNDOLE SUBJETIVA (LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE TABASCO). Agosto de 2012.
	Tesis 1a. XLIII/2012 (10a.) CONSENTIMIENTO INFORMADO. DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PACIENTES. Agosto de 2012.
	Tesis 1a. CXLI/2012 (10a.) RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA. REBASA LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Agosto de 2012.

AR 117/2012	<p>Tesis 1a. XXII/2013 (10a.) LIBERTAD PRESCRIPTIVA DEL MÉDICO. PARTE INTEGRADORA DEL DERECHO AL TRABAJO DE LOS MÉDICOS. Enero de 2013.</p> <p>Tesis 1a. XXIII/2013 (10a.) DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. IMPONE DEBERES TANTO A LOS PODERES PÚBLICOS COMO A LOS PARTICULARES QUE SE DEDICAN AL ÁMBITO DE LA SALUD. Enero de 2013.</p> <p>Tesis 1a. XXIV/2013 (10a.) ACTO MÉDICO. DISTINTAS ETAPAS O FASES QUE LO CONFORMAN PARA EFECTOS DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA. Enero de 2013.</p> <p>Tesis 1a. XXV/2013 (10a.) ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA. Enero de 2013.</p> <p>Tesis 1a. XXVI/2013 (10a.) GUÍAS O PROTOCOLOS MÉDICOS EXPEDIDOS POR LA SECRETARÍA DE SALUD O POR LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA. SU FUNCIÓN PARA EFECTOS DE DETERMINAR UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA. Enero de 2013.</p> <p>Tesis 1a. XXVII/2013 (10a.) MALA PRÁCTICA MÉDICA. DIAGNÓSTICO ERRÓNEO COMO ELEMENTO PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA. Enero de 2013.</p> <p>Tesis 1a. XXVIII/2013 (10a.) MALA PRÁCTICA MÉDICA. AUSENCIA O DEFICIENCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA. Enero de 2013.</p>
CT 93/2011	Tesis 1a. CXXXV/2014 (10a.) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. SUS DIFERENCIAS. Abril de 2014.
AR 237/2014	Tesis: 1a. CCLXXIV/2016 (10a.) INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD. Noviembre de 2016.
AD 18/2015	Tesis 2a. XXXI/2018 (10a.) RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN I, INCISO A), DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE DEFINE LOS PARÁMETROS DE INDEMNIZACIÓN, ES INCONSTITUCIONAL CUANDO ES APLICADO A UN MENOR DE 15 AÑOS. Abril de 2018.

Tesis 2a. XXXII/2018 (10a.) DAÑO PERSONAL GENERADO POR LA ACTIVIDAD IRREGULAR DEL ESTADO. LA CARGA DE LA INDEMNIZACIÓN Y SU PAGO NO DEBE IMPONERSE A UNA INSTITUCIÓN DIVERSA A LA CAUSANTE DE AQUÉL. Abril de 2018.

Tesis 2a. XXXVII/2018 (10a.) DAÑO PERSONAL CAUSADO POR LA ACTIVIDAD IRREGULAR DEL ESTADO. PARÁMETROS DE REPARACIÓN EN TÉRMINOS DEL DERECHO A LA JUSTA INDEMNIZACIÓN CUANDO SE TRATA DE UN MENOR. Mayo de 2018.

Tesis 2a. XXXVIII/2018 (10a.) INDEMNIZACIÓN POR DAÑO PERSONAL POR LA ACTIVIDAD IRREGULAR DEL ESTADO. PARÁMETROS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA EL CÁLCULO DE SU MONTO POR EL DAÑO CAUSADO A UN MENOR. Mayo de 2018.

AR 237/2014

Tesis: 1a./J. 10/2019 (10a.) INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD. Febrero de 2019.

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

AR 307/2016

Tesis 1a. CCLXXXVIII/2018 (10a.): DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. LA VULNERACIÓN A CUALQUIERA DE SUS DOS DIMENSIONES CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A AQUÉL. Diciembre 2018.

Tesis 1a. CCLXXXIX/2018 (10a.): DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU NÚCLEO ESENCIAL. Diciembre 2018.

Tesis 1a. CCXC/2018 (10a.): INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS. Diciembre 2018.

Tesis 1a. CCXCI/2018 (10a.): INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. Diciembre 2018.

Tesis 1a. CCXCII/2018 (10a.): DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU DIMENSIÓN COLECTIVA Y TUTELA EFECTIVA. Diciembre 2018.

Tesis 1a. CCXCIII/2018 (10a.): PROYECTOS CON IMPACTO AMBIENTAL. LA FALTA DE EVALUACIÓN DE RIESGOS AMBIENTALES EN SU IMPLEMENTACIÓN, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. Diciembre 2018.

Tesis 1a. CCXCIV/2018 (10a.): RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. Diciembre 2018.

Tesis 1a. CCXCV/2018 (10a.): DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. ANÁLISIS DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES. Diciembre 2018.

AR 610/2019

Tesis 2a. VI/2020 (10a.) NORMAS OFICIALES MEXICANAS. SUPUESTOS PARA SU MODIFICACIÓN Y CANCELACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL. Marzo de 2020.

Tesis 2a. VII/2020 (10a.) PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA. SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN Y MODIFICACIÓN DE NORMAS OFICIALES MEXICANAS. Marzo 2020.

IGUALDAD DE GÉNERO

ADR 4883/2017

Tesis 1a. CCXXVIII/2018 (10a.) COMPENSACIÓN. SU RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE LA DOBLE JORNADA LABORAL. Diciembre de 2018

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ADR 3788/2017

Tesis 1a. CCXV/2018 (10a.) DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. SUPUESTOS EN LOS QUE ESTE DERECHO OBLIGA A LOS JUECES A EJERCER DE OFICIO SUS FACULTADES EN MATERIA PROBATORIA. Diciembre de 2018.

Tesis 1a. CCXVI/2018 (10a.) DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL ESTADO DEBE GARANTIZARLO EN SUS DIMENSIONES JURÍDICA, FÍSICA Y COMUNICACIONAL. Diciembre de 2018.

Tesis 1a. CCXVII/2018 (10a.) DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES CUANDO UNA PERSONA ALEGA TENER UNA DISCAPACIDAD Y SOLICITA ALGÚN AJUSTE AL PROCEDIMIENTO. Diciembre de 2018.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos Myriad Pro de 8, 9, 10, 11, 14 y 16 puntos. Noviembre de 2020.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto hasta ahora un gran número de casos cuya complejidad técnica ha hecho necesario recurrir al conocimiento científico o especializado para resolver conflictos que requieren reinterpretar el alcance de los derechos fundamentales y se prevé que conozca con mayor frecuencia de ellos. Los avances tecnológicos y científicos contemporáneos, y la velocidad a la que están ocurriendo, plantean nuevos retos que en muchas ocasiones no se han previsto aún expresamente en la legislación y que obligan a los jueces constitucionales a dotar de un contenido dinámico su interpretación para responder eficazmente a las preguntas que surgen en campos como el desarrollo energético, la genética molecular, el conocimiento sobre la psicología y el desarrollo emocional de los niños, la protección del medio ambiente o la medicina.

En los casos que integran este cuaderno de jurisprudencia puede notarse cómo el conocimiento científico permea de distintas formas en los procesos de decisión de la justicia constitucional, sobre todo en situaciones que tienen que ver con una gran diversidad de materias –la protección del medio ambiente, los derechos de los niños, la responsabilidad médica, la garantía de los niveles más altos posibles de acceso a la salud, la no discriminación de las mujeres, o los derechos de los pueblos indígenas, entre otros.

A partir de la línea de investigación sobre evidencia científica y la presente publicación, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación intenta contribuir a la búsqueda de respuestas y criterios que arrojen luz sobre los problemas y las múltiples interrogantes que detonan en la interacción de la práctica jurídica y el conocimiento científico aplicado a la toma de decisiones en el centro de la justicia constitucional.

