

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

COORDINADOR

DERECHO PROCESAL

Acceso a la justicia



2019



ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

COORDINADOR

DERECHO PROCESAL

Acceso a la justicia



2019

Primera edición: 2019.

Copyright © 2019
Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Coordinador

Este libro ha sido evaluado con un procedimiento de doble ciego-blind per reviewed-

Esta obra y sus características gráficas son propiedad de la

UNIVERSIDAD JUÁREZ AUTÓNOMA DE TABASCO
Av. Universidad s/n, Zona de la Cultura, Col. Magisterial, Villahermosa,
Centro, Tabasco. México. C.P. 86040.

www.ujat.mx

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-607-606-501-3

Esta investigación es arbitrada por capítulos por pares académicos de
educación superior.

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil.

Dr. Juan Marcelino González Garcete

Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.

Dr. Patricio Marianello

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Dr. Pablo Darío Villalba Bernié

Universidad Católica de Encarnación,
Paraguay.

Dr. René Moreno Alfonso

Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

Dra. Pamela Juliana Aguirre Castro

Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador.

Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Secretario Adjunto del Colegio de Abogados
Procesalistas Latinoamericanos

El libro de *Tendencias actuales del derecho procesal* está integrado por textos jurídicos, que cumplen con los criterios de calidad, para ser publicada, los capítulos que lo construyen son inéditos, con la finalidad de mantener un nivel de exigencia científica, se verifica que el proceso de revisión de cada uno de los capítulos del libro en comento, se ha realizado bajo el principio de revisión arbitral por pares a doble ciego por un Comité Científico de Investigadores Nacionales e Internacionales, externos a la Editorial Revista Jurídica Primera Instancia. Bajo los siguientes criterios:

- I. Importancia o relevancia del tema
- II. Claridad del enfoque temático
- III. Relación con la literatura existente
- IV. Datos metodológicos de investigación
- V. Uso de teoría
- VI. Marco teórico
- VII. Calidad crítica/Calidad argumental
- VIII. Claridad de las conclusiones
- IX. Aportación o propuesta a la disciplina

Participaron en el proceso de arbitraje de la obra destacados investigadores científicos de la Universidad Nacional de Asunción Paraguay. De la Universidad Federal de Santa María de Brasil, de la Universidad Católica de Colombia, Universidad de Buenos Aires Argentina. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador. Universidad Nacional de Asunción, Paraguay, Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

INDICE GENERAL

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN.....	15

INCONVENCIONALIDAD DE LOS JUICIOS ORALES MERCANTILES EN MÉXICO

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

I. INTRODUCCIÓN.....	20
1. El control de convencionalidad	20
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos	21
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos	22
3.1. Jurisprudencia de la Corte IDH	23
4. Derechos Humanos.....	23
5. Acceso a la justicia	24
II. RECURSOS ORDINARIOS.....	24
1. Características del recurso ordinario	25
1.1. ¿Qué significa que el recurso sea sencillo?	26
1.2. ¿Qué significa que el recurso sea eficaz?	26
2. Código de Comercio	27
2.1. Apelación.....	28
2.2. Agravios	28
2.3. Segunda instancia	29
2.4. Órgano colegiado.....	30
III. CLASES DE JUICIOS ORALES MERCANTILES.....	31
1. Juicio ordinario mercantil oral.....	31
2. Juicio ejecutivo mercantil oral.....	33
2.1. Vigencia sucesiva	34
3. Omisiones o irregularidades procesales.....	34
3.1. Omisiones o irregularidades intraprocesales	35
3.2. Omisiones o irregularidades en la sentencia.....	35

4. ¿Qué significa que los juicios sean orales?.....	35
5. Principios.....	37
5.1. Reglas y principios	38
IV. [IN] CONSTITUCIONALIDAD DE LA FALTA DE DOBLE INSTANCIA EN LOS JUICIOS ORALES.....	39
V. INCONVENCIONALIDAD DE LA OMISIÓN DE IRRECURRENTE EN LOS JUICIOS EN LOS JUICIOS ORALES	44
VI. CONCLUSIONES.....	49
VII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.....	50

**PROPUESTA DE AMPLIACIÓN DE LAS CAUSALES DE PROCEDENCIA
EN EL JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO EN MATERIA
CONTENCIOSA FEDERAL**

Blanca Torres Espinosa- Carlos Ernesto Arcudia Hernández

I. INTRODUCCIÓN.....	53
II. ORGANIZACIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA.....	54
III. REGULACIÓN ACTUAL DEL JUICIO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO.....	61
1. El acto administrativo, la demanda y la contestación en el Juicio Contencioso- Administrativo Tributario.....	61
2. Influencia de los incidentes de previo y especial pronunciamiento en el Juicio Contencioso-Administrativo Tributario, causantes de la suspensión parcial del juicio	68
3. Las pruebas, el cierre de instrucción y la sentencia en el Juicio Contencioso- Administrativo Tributario.....	69
4. La suspensión y las garantías solicitadas en el Juicio Contencioso- Administrativo Tributario.....	72
IV. JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO (REFORMA A LA LFPCA DE 27 DE ENERO DE 2017)	75

V. ANÁLISIS DOCTRINAL AL JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO Y LA NECESIDAD DE AMPLIAR LAS CAUSALES DE PROCEDENCIA	79
VI. CONCLUSIONES.....	81
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	82

LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS MENORES DE EDAD EN TABASCO

Claudia Abighahil Hernández Nolasco

I. INTRODUCCIÓN.....	85
II. LOS MENORES INFRACTORES Y LA REINSERCIÓN SOCIAL	87
III. FALLAS EN EL CENTRO DE TRATAMIENTO PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE TABASCO	92
IV. PERFIL PSICOLOGICO DEL MENOR INFRACTOR	97
V. UNA NUEVA REINSERCIÓN SOCIAL.....	103
VI. CONCLUSIONES.....	107
VII. BIBLIOGRAFIA.....	109

EL PRINCIPIO DE HUMANIZACIÓN DE LA JUSTICIA JUDICIAL Y SU IMPACTO EN LAS CUALIDADES DEL JUEZ FAMILIAR

Lorena Denis Trinidad

I. INTRODUCCION.....	112
II. HUMANIZACIÓN DE LA JUSTICIA JUDICIAL	114
III. ESTÁNDARES O CUALIDADES DEL JUEZ HUMANIZADO	115
1. La imparcialidad.....	118
2. La sobriedad o prudencia.....	120
3. La valentía	122
4. La sabiduría	123
4.1. Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.....	124
4.2. Interés Superior del Menor	125
4.3. Derecho Prioritario	125

4.4. Principio de Proporcionalidad y reciprocidad	128
4.5. Principios de Igualdad y protección a los integrantes vulnerables de una familia: Perspectiva de género. Adulto mayor, inmigrantes.....	129
5. La Justicia.....	129
6. Independencia Judicial	131
7. La Sencillez	136
IV. EL RAZONAMIENTO DEL JUEZ HUMANIZADO	137
V. CONCLUSIONES.....	139
VI. BIBLIOGRAFIA.....	139

LOS DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN RESPECTO DEL PROCESO PENAL MEXICANO

Paola Gutiérrez García

I. INTRODUCCIÓN.....	143
II. LOS DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN RESPECTO DEL PROCESO PENAL MEXICANO.....	144
1. Los derechos humanos en su concepción teórica	144
2. Los derechos humanos dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su deber de aplicación.....	149
3. Criterios jurisprudenciales respecto a derechos humanos en el proceso penal mexicano.....	165
III. CONCLUSIONES. REALIDADES Y RETOS	175
IV. BIBLIOGRAFÍA	176

“TEORÍA CRÍTICA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN”

Alina del Carmen Nettel Barrera- Gabriela Aguado Romero

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EJERCICIO DEL PODER.....	178
--	-----

II. ACTIVIDAD PROCEDIMENTAL, CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS	180
III. SOBRE SILENCIO E INACTIVIDAD	183
IV. SOBRE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LOS ESTÁNDARES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	187
V. CONCLUSIONES	196
VI. BIBLIOGRAFÍA	197

ESTADO ACTUAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS AL PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN

*Juan Carlos Trujillo Mahecha-Walter Gerardo Valencia Jimenez-
Jaime Cubides-Cárdenas*

I. INTRODUCCIÓN	200
II. PROCESOS DE PAZ EN COLOMBIA	201
1. Procesos de paz entre el Gobierno de Juan Manuel Santos y las extintas guerrillas de las FARC – EP	204
III. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ EN EL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA	206
IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ	212
V. CONCLUSIONES	218
VI. BIBLIOGRAFÍA	219

LA TUTELA JURÍDICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN

Zuleima del Carmen López Muñoz

I. INTRODUCCIÓN	221
II. MARCO TEÓRICO FUNDAMENTAL	226
1. La familia como concepto	226

2. Adopción	228
3. Filiación.....	231
III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: SU PROTECCIÓN Y APLICACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN	233
IV. CONCLUSIONES.....	238
V. BIBLIOGRAFÍA	240

LA ADOPCIÓN EN MÉXICO

Adriana Esmeralda del Carmen Acosta Toraya- Williams Alejandro Abdo Arias

I. INTRODUCCIÓN.....	244
II. GENERALIDADES	245
III. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE LA REPUBLICA MEXICANA	247
1. Aguascalientes	247
2. Baja California.....	248
3. Baja California Sur	249
4. Campeche	249
5. Chiapas	250
6. Chihuahua.....	250
7. Coahuila.....	251
8. Colima	252
9. Durango	253
10. Estado de México	254
11. Guanajuato.....	255
12. Guerrero.....	256
13. Hidalgo	257
14. Jalisco	258
15. Michoacán	259
16. Morelos.....	259
17. Nayarit	260

18. Nuevo León	261
19. Oaxaca	262
20. Puebla	262
21. Querétaro	263
22. Quintana Roo.....	264
23. San Luis Potosí	265
24. Sinaloa	266
25. Sonora.....	267
26. Tabasco.....	268
27. Tamaulipas.....	269
28. Tlaxcala	270
29. Veracruz.....	271
30. Yucatán.....	272
31. Zacatecas	273
IV. CONCLUSIONES.....	275
V. BIBLIOGRAFÍA	276

LA LIBERTAD “INDEFINIDA” QUE ES TUTELADA POR EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Claudia Marcela Priego Custodio

I. INTRODUCCIÓN.....	279
II. MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL.....	280
III. A PROPÓSITO DE LA DIGNIDAD HUMANA	284
IV. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....	287
V. ALCANCES Y LÍMITES DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	293
VI. CONCLUSIONES.....	298
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	299

**EL ACCESO A LA JUSTICIA EN COLOMBIA: UNA VISIÓN DESDE LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Juliana Sánchez Vallejo- Natalia Téllez González

I. INTRODUCCIÓN.....	302
II. METODOLOGÍA	304
III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	306
1. Concepto del acceso a la administración de justicia.....	307
2. Hallazgos jurisprudenciales	310
2.1. Acción de Tutela.....	310
2.2. Tutela contra providencia judicial	312
2.3. Tutela contra incidente de desacato, tutela contra acto administrativo, tutela contra tutela y tutela contra organismos internacionales	317
2.4. Amparo de pobreza, solicitudes y grado jurisdiccional de consulta.....	320
2.5. Debido proceso y acceso a la justicia	322
2.6. Acceso a la justicia y sujetos de especial protección constitucional	322
IV. CONCLUSIONES.....	323
V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	325

PROTECCIÓN JURISDICCIONAL AL DERECHO A LA IDENTIDAD

Merly Martínez Hernández

I. INTRODUCCIÓN.....	330
II. EL DERECHO DE IDENTIDAD	332
III. JUICIO VÍA ORDINARIO CIVIL, RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD	334
IV. AMPARO INDIRECTO	358
V. CONCLUSIONES	360
VI. BIBLIOGRAFÍA	360

PRESENTACIÓN

Para mí es un agrado presentar esta obra en cuyo contenido se analizan interesantes temas jurídicos cuya característica actual es estar en constante desarrollo, como consecuencia del efecto expansivo de la interpretación dinámica y abierta a la protección procesal de los derechos humanos, lo cual exige un estudio reflexivo congruente.

Este esfuerzo académico conjunto entre la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco y la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades y la Facultad de Derecho y Criminología, respectivamente, es producto del Proyecto de Investigación de la Estancia Posdoctoral Vinculada al Fortalecimiento de la Calidad del Posgrado Nacional del Conacyt, de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco 2018-2019 del Doctorado en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos.

Esta casa de estudios, recibe con los brazos abiertos y convencidos, que es el trabajo, entusiasmo y dedicación, la semilla para abrir nuevos horizontes en busca de la plena vigencia de los derechos humanos, empezando su conocimiento, difusión y comprensión para forzar a una mejor calidad de la convivencia humana.

Porque México por convicción es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en 1981 suscribimos la Convención Americana sobre de Derechos Humanos y en 1998 aceptamos la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El texto es un encuentro interesante y necesario en el cual convergen las experiencias, principalmente, de los hermanos de países de Colombia y desde luego de México.

El reciente impacto en nuestra cultura jurídica, especialmente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Radilla Pacheco ha provocado el cambio de paradigmas.

Ahora se habla del control difuso de convencionalidad, que implica que la obligación *ex officio*, para que todo juez federal, local o municipal de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, al resolver todo proceso que verse o puedan menoscabarse los derechos humanos.

Enhorabuena por este esfuerzo académico conjunto, y exhorto a continuar por este sendero, la educación al servicio de la sociedad.

MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

Director de la Facultad de Derecho y Criminología

Universidad Autónoma de Nuevo León

Mayo 2018.

INCONVENCIONALIDAD DE LOS JUICIOS ORALES MERCANTILES EN MÉXICO¹

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Recursos ordinarios.* III. *Clases de juicios orales mercantiles.* IV. [In] *Constitucionalidad de la falta de la doble instancia en los juicios orales.* V. *Inconvencionalidad de la omisión de irrecurribilidad en los juicios orales.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliohemerografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La creación del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) es consecuencia del desarrollo de muchas ideas de todo el mundo, esencialmente de Europa, con la finalidad de hacer frente a los excesos de los que ejercen el poder a nivel nacional sobre los habitantes e idea fundamental de promover políticas de inclusión a todos los seres humanos sin distinción, así impulsar los beneficios del desarrollo a la comunidad.

1. El control de convencionalidad

El control difuso de convencionalidad es un instrumento desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en diversos casos contenciosos al

¹ Artículo resultado del Proyecto de Investigación de la Estancia Posdoctoral Vinculada al Fortalecimiento de la Calidad del Posgrado Nacional del Conacyt en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco 2018 del Doctorado Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos.

* Abogado, Doctor en Derecho Público, profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la *Revista Jurídica Primera Instancia* y Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx

INTRODUCCIÓN

Participan en esta labor académica de reflexión profesores e investigadores de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, de la Universidad Autónoma de Chiapas, de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-UAMZH, de la Universidad Autónoma de Querétaro, Universidad de Sotavento A. C. (US), incorporada a la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), del Poder Judicial del Estado de Tabasco, Universidad de San Buenaventura, sede Bogotá, Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, de la Universidad Católica de Colombia, Universidad La Gran Colombia Armenia y del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

En el contenido se incluyen los capítulos de ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO, cuyo tópico es *inconventionalidad de los juicios orales mercantiles en México*, en el se precisa que: *La intención principal de impedir la promoción de recursos ordinarios es la supuesta rapidez del desarrollo del procedimiento, lo cual en la práctica judicial no está garantizada porque en los tribunales impera la improcedencia de los recursos ordinarios en los juicios orales mercantiles, lo que sí genera, es la merma en la calidad de la administración de la justicia.*

Propuesta de ampliación de las causales de procedencia en el juicio de resolución exclusiva de fondo en materia contenciosa federal, temática en la que se ocupan los investigadores BLANCA TORRES ESPINOSA y CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ, al analizar las diversas formas de la justicia administrativa, entre éstas dicen: *Actualmente tenemos cuatro tipos de juicios en materia fiscal: 1. Juicios en la Vía Tradicional 2. Juicios Sumarios 3. Juicios en Línea y 4. Juicios de resolución exclusiva de fondo (éste no se tramita en línea), Una ventaja en el juicio de resolución exclusiva de fondo, es que el contribuyente no debe garantizar el monto del crédito, lo cual se traduce en un ahorro importante para el contribuyente.*

CLAUDIA ABIGHAHIL HERNÁNDEZ NOLAZCO examina: *La reinserción social de los menores de edad en Tabasco*; para lo cual precisa, entre otros puntos, que se debe buscar la reinserción social de manera que se realicen programas verdaderamente efectivos, y que no solo se preocupen por mantener encerrados a los menores edad, pues de esta forma no se logra un cambio en el comportamiento del adolescente, sino todo lo contrario, aumenta sus condiciones de forma que como ya se ha explicado se siente solo, aislado, rechazado, sentimientos que fomentan un comportamiento agresivo, problemático, conflictivo, de forma tal que al salir, no busca el ser productivo para la sociedad sino todo lo contrario.

LORENA DENIS TRINIDAD profundiza sobre *El principio de humanización de la justicia judicial y su impacto en las cualidades del juez familiar*, quien de manera excepcional delibera: *En México, la implementación, garantía y cumplimiento de los Derechos Humanos en el sistema de Justicia, requiere de “Jueces Virtuosos” que tengan las cualidades siguientes: imparcialidad e independencia, la sobriedad o prudencia, valentía, sabiduría, justicia, sencillez, independencia. Cualidades que van más allá de idealismos o romanticismos en la figura del juzgador. Si no que se caracterizarán por el respeto del principio de humanización de la Justicia Judicial y de todos los principios procesales de derechos humanos.*

La maestra PAOLA GUTIÉRREZ GARCÍA presenta: *Los derechos humanos dentro de la constitución respecto del proceso penal mexicano*, y entre otras ideas proyecta: *se pretende enfatizar... que los derechos humanos procesales y de los intervinientes en el proceso penal, se encuentran insertos en la Constitución mexicana, como una manera de otorgarle jerarquía constitucional en particular todos los relacionados con la protección a los derechos humanos, se aplicarán todos los contemplados en los instrumentos internacionales que el Estado mexicano haya suscrito aun y cuando no se encuentren contemplados en la norma jurídica.*

Las profesoras ALINA DEL CARMEN NETTEL BARRERA Y GABRIELA AGUADO ROMERO, analizan la *Teoría crítica y procedimiento administrativo en el combate a la corrupción* y señalan: *El procedimiento administrativo, como vertiente de las formas de actuación administrativa, es el mecanismo por el cual el ciudadano gestiona la comunicación y se relaciona con la estructura jurídico-administrativa. En el marco de un nuevo constitucionalismo que permita la argumentación en torno a modelos de validez de la norma, en donde los particulares pueden reclamar su inconstitucionalidad, es necesario observar desde otra perspectiva cómo están estructurados los instrumentos de control de la omisión administrativa.*

Estado actual de la jurisdicción especial para la paz en Colombia: un análisis al proceso de implementación, es desarrollado destacadamente por JUAN CARLOS TRUJILLO MAHECHA, WALTER GERARDO VALENCIA JIMÉNEZ y JAIME CUBIDES-CÁRDENAS, entre otras observaciones mencionan: *se puede determinar que las objeciones presentadas por el presidente Iván Duque Maques, a la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz por razones de inconveniencia; resultan ser inidóneas para reabrir el debate de lo pactado en la Habana, por cuanto pueden ser rechazadas por el Congreso de la República. No obstante si resultan efectivas para retardar la entrada en vigor de la JEP, abrir un debate político y mediático sobre el proceso de paz con las FARC-EP y minar la confianza de los excombatientes en proceso de reincorporación e incentivar el ingreso de estos a las disidencias de las FARC-EP o grupos armados emergentes.*

La tutela jurídica del interés superior del menor en los procedimientos de adopción de ZULEIMA DEL CARMEN LÓPEZ MUÑOZ expone: *En el derecho de familia, la adopción se reconoce como una de las figuras más antiguas que ha transitado y evolucionado en los fines y objetivos que se buscan a través de ella, lo cierto es que debe debemos reconocer y ubicarnos en la constitucionalización del derecho privado, mismo que debe ser observado en el contexto de una serie de*

tendencias que están imponiendo la necesidad de revisar y reformular los paradigmas del positivismo legalista heredado del siglo XIX.

ADRIANA ESMERALDA DEL CARMEN ACOSTA TORAYA y WILLIAMS ALEJANDRO ABDO ARIAS, exploran: *La adopción en México*, y precisan los investigadores: *la institución jurídica de adopción ha sufrido diversas variaciones en sus objetos, dado que inicialmente había surgido como una institución que favorecía los intereses del adoptante, hasta convertirse actualmente en una auténtica forma de protección de los menores y personas incapaces, donde prevalece el interés público sobre la voluntad individual. En lo que respecta a la adopción, el interés superior de los menores así como el pleno respeto de sus Derechos Humanos son el bien tutelado de mayor importancia.*

La libertad “indefinida” que es tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de CLAUDIA MARCELA PRIEGO CUSTODIO señala: en la concepción liberal de la libertad humana. El respeto a la autonomía de la voluntad, por tanto, es siempre base fundamental para el ejercicio del mismo. Diseñado para impedir la coerción o la restricción estatal en las esferas más íntimas de las personas, excepto que contravenga el bien común. El derecho al libre desarrollo de la personalidad al sustentarse en la concepción liberal de la libertad humana tiene como efecto que sea el continente de todas aquellas libertades que no han sido expresamente previstas en un cuerpo normativo, como si lo están la libertad de asociación, la libertad de tránsito, la libertad de expresión, etc.

El acceso a la justicia en Colombia: una visión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de JULIANA SÁNCHEZ VALLEJO y NATALIA TÉLLEZ GONZÁLEZ, las cuales exponen: se puede inferir la existencia de una estrecha e importante relación entre los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso; tanto que en muchos de los casos se considera al

primero como parte del segundo, es decir, se trata de dos derechos que usualmente se materializan de manera concomitante.

La Protección jurisdiccional al derecho a la identidad es analizado por MERLY MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, al precisar categóricamente: el acceso a la justicia continua siendo lento y los obstáculos que enfrentamos los abogados son diversos, desde aspectos culturales hasta económicos, muchas veces la actitud desinteresada y fatigada de los operadores obstaculiza el desempeño de los órganos jurisdiccionales, quienes están sometidos a extenuantes cargas de trabajo y muchas veces las personas que ostentan los puestos son por algún tipo de privilegio que les concede alguna amigo o familiar, pero esto no debe desmotivarnos, el resultado amerita un gran esfuerzo.

DR. ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

Estancia Posdoctoral Vinculada al Fortalecimiento de la Calidad del

Posgrado Nacional del Conacyt

Villahermosa, Tabasco

Mayo, 2019

interpretar y aplicar el derecho interamericano,² exigencia que se genera para los Estados parte del SIDH, a partir de la adopción de normas convencionales como fuente del derecho interno, y trae como consecuencia transformar de manera radical el cómo deben actuar los operadores jurídicos para proteger los derechos humanos.

El control difuso de convencionalidad pretende evolucionar a los órganos jurisdiccionales de los Estados parte del SIDH, de entes de competencia limitada a la aplicación de la ley, a garantes de las disposiciones de carácter convencional y amplía el conjunto fuentes y criterios jurídicos con las que cuentan ahora los tribunales para resolver controversias, en síntesis, es un cambio copernicano.

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Es el documento fundamental del SIDH llamado también Pacto de San José de Costa Rica, por haber sido suscrito en ese país el 22 de noviembre de 1969, vigente a partir del 18 de julio de 1978.

No todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) han ratificado la Convención ADH, y no todos reconocen la jurisdicción de la Corte IDH, actualmente siguen veintitrés los países que admiten a la CADH como fuente del derecho nacional: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay.

² La Corte IDH vía jurisprudencial de manera gradual ha construido el alcance del control difuso de convencionalidad, desde *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) hasta *Gelman vs. Uruguay* (2011), en el primer caso establece la obligación a los jueces de los Estados parte del SIDH de ejercer el control difuso de convencionalidad, en el segundo, esta obligación se exige a toda todas las autoridades, incluyendo al poder legislativo.

México es Estado Parte en la Convención ADH desde el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa del Corte IDH el 16 de diciembre de 1998.

La CADH en el artículo 2º ordena el:

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 [de la CADH] no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta CADH, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es el órgano colegiado convencional de carácter jurisdiccional y consejero del SIDH.

La Corte IDH quedó integrada el 22 de mayo de 1979, al término de tres décadas de esfuerzos y proyectos, la Asamblea General de la OEA eligió, durante su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, a los primeros jueces que la compondrían: tres centroamericanos, dos suramericanos, un caribeño y un estadounidense.³

México ha sido condenado en diez ocasiones por la Corte IDH en los siguientes procesos: Casos: Jorge Castañeda Gutman (2008); González y otras (“Campo Algodonero” 2009); Rosendo Radilla Pacheco (2009); Fernández Ortega (2010); Rosendo Cantú y Otra (2010); Cabrera García y Montiel Flores (2010); García Cruz

³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2011, p. 107.

y Sánchez Silvestre (2013); Trueba Arciniega y otros (2018); Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco (2018), y Alvarado Espinoza y otros (2018).

3.1. Jurisprudencia de la Corte IDH

Cada vez que la Corte IDH resuelve un caso contencioso⁴ emite diversos criterios jurisdiccionales de interpretación principalmente de la CADH, los cuales son vinculante para todos los Estados Parte del SIDH, así lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo posterior SCJN).⁵

4. Derechos Humanos

Toda disposición o acto de protección jurídica que represente límites a los poderosos frente a los que no los son, así como el requerimiento de crear las condiciones necesarias para obtener lo mínimo indispensable de subsistencia, especialmente a los menos favorecidos por su condición socioeconómica, son en esencia el germen de lo que hoy conocemos como derechos humanos.

Instaurar las condiciones jurídicas para combatir la intolerancia ideológica, las arbitrariedades, combatir la pobreza, la esclavitud, permitir el acceso a la justicia real, a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda digna, a vivir en un entorno natural adecuado para el desarrollo de la vida, el acceso al trabajo remunerado que permita adquirir los satisfactores básicos, entre otras.

⁴ También la Corte IDH emite jurisprudencia cuando dicta medidas provisionales y sentencias de cumplimiento de supervisión.

⁵ A partir de la resolución de la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011. *Cfr.* Tesis 293/2011 citada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 96.

De acuerdo con Mariscal Ureta los derechos humanos: “*representan...aquellas prerrogativas inherentes a la naturaleza humana de la persona, indispensables para su desarrollo integral, individual y colectivo*”.⁶

5. Acceso a la justicia

El acceso a la justicia es el derecho humano básico que implica la posibilidad real de protección judicial, para resolver conflictos de trascendencia jurídica, mediante el cumplimiento de una serie de requisitos esenciales, como lo es la existencia de tribunales previamente establecidos a los hechos a juzgar, la imparcialidad, independencia judicial, el resolver en el plazo razonable, el derecho a la impugnación, entre otros.

II. RECURSOS ORDINARIOS

Los recursos ordinarios son medios de impugnación de las resoluciones judiciales previstos en la ley secundaria que regulan específicamente los procesos, en este caso el Código de Comercio, al que tienen derecho las partes, con la finalidad de que se estudie nuevamente el proveído fuente del disenso por otro órgano jurisdiccional o por el mismo tribunal que dictó la decisión cuestionada, y se tenga la posibilidad real, en un plazo razonable de que sea revocado, modificado o anulado por ser contrario a las normas del procedimiento.

El hecho que se establezcan recursos ordinarios contra las resoluciones intermedias y contra la sentencia implica cumplir con el derecho humano vinculado al debido proceso y fortalece el sistema de justicia.

⁶ MARISCAL URETA, Karla Elizabeth, *Medio ambiente sano, derecho colectivo global*, Porrúa, México, 2015, p. 10.

Los recursos transmiten la noción que el sistema no tiene flancos débiles asintiendo que dentro de su misma funcionalidad y estructuración puedan ser revisados los fallos de los magistrados de rango inferior. Se refuerza de esta manera el grado de certeza de las decisiones judiciales brindando una mayor seguridad jurídica.⁷

La CADH establece dos numerales importantes que se refieren al debido proceso y a la protección judicial, que pueden confundirse, el artículo 25, fracción I referente a la *Protección Judicial* prevé:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Sin embargo, en este numeral se prevé el concepto de recurso a un proceso independiente, como en el caso de México puede ser el juicio de amparo que tutela derechos humanos del bloque de constitucionalidad, no al derecho a la doble instancia que prevé el artículo 8º de la misma CADH a través de un recurso ordinario.

1. Características del recurso ordinario

Frente al yerro judicial de la autoridad, que en esencia representa una arbitrariedad de ser fundada la impugnación, es fundamental contar con un recurso ordinario para la

⁷ VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una visión crítica, *Revista jurídica Primera Instancia*, número 5, 2015.

corrección, el cual en forma general debe reunir las características de ser sencillo, sustanciado rápido y eficaz.

1.1. ¿Qué significa que el recurso sea sencillo?

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre diversas acepciones la palabra sencillo significa: “que no ofrece dificultad”.

[...] el Tribunal [Corte IDH] ha sostenido que el artículo 8.2 (h) de la CADH se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, es decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente, es decir que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido.⁸

1.2. ¿Qué significa que el recurso sea eficaz?

Que el recurso sea eficaz quiere decir que a través de éste se pueda lograr la finalidad, cumplir con el objetivo o propósito para la cual se reglamentó: evitar el error judicial, mejorar la administración de justicia y depurar el proceso ante cualquier falla a través de un nuevo estudio del caso.

[...] Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia

⁸ CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, Párrafo 86.

condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea [...].⁹

La Corte IDH ha establecido que la existencia del recurso ordinario se relaciona con el derecho a la defensa:

Recurso ordinario: el derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.¹⁰

Es este supuesto nada más se ha referido a la impugnación contra el fallo, pero durante la sustanciación del juicio hay una serie de decisiones que también es fundamental contar con medios ordinarios de impugnación para esas resoluciones judiciales intraprocesales.

2. Código de Comercio

El Código de Comercio regula los recursos ordinarios: revocación, reposición y apelación.

⁹ *Ídem.*

¹⁰ Cfr. CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, párr. 158, y CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, párr. 85.

2.1. Apelación¹¹

El recurso ordinario de apelación es el medio idóneo por el cual las partes están en posibilidad de cuestionar la sentencia de fondo o las sentencias interlocutorias y algunos autos intraprocesales, siendo un requisito expresar los agravios en los que se incurren, antes de que causen ejecutoria o sean firmes e inmutables, especialmente los de carácter vertical, el cual es resuelto por un órgano jurisdiccional colegiado diferente al que dictó el proveído impugnado.

El término apelación proviene del latín appellare, que significa pedir auxilio. Es el medio impugnativo ordinario a través del cual una de las partes o ambas (apelante) solicita que un tribunal de segundo grado (ad quem) examine una resolución dictado dentro del proceso (materia judicandi) por el juez que conoce de la primera instancia. (a quo), expresando sus inconformidades al momento de interponerlo (agravios), con la finalidad de que el superior jerárquico, una vez que las analice y sin que pude suplir sus deficiencias (en estricto derecho), corrija sus defectos (errores in procedendo) modificándola o revocándola.¹²

2.2. Agravios

Un requisito esencial al interponer el recurso de apelación es la expresión de agravios, la parte recurrente debe decir por qué la resolución judicial viola el derecho, sea de fuente legal, constitucional o convencional, qué norma o principio se dejó de aplicar o no se aplicó, cabe señalar que esta será la materia de la revisión, a menos cuando existe suplencia de la queja o un control difuso de constitucionalidad o

¹¹ El Código de Comercio regula dos tipos de apelaciones: las inmediatas y las preventivas, la diferencia esencial es que las primeras se resuelven en forma independiente de la sentencia de fondo y las segundas simultáneamente cuando se apela la sentencia de fondo.

¹² CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho procesal civil*, Oxford University Press, Vol. 2, México, 1999, pp. 45-46.

convencionalidad que debe ejercerse de oficio, en estos supuestos el examen se extiende más allá de lo planteado por las partes.

Esto significa que en la terminología de los tribunales se emplea la palabra agravio fundamentalmente en dos sentidos: 1) como argumento o razonamiento jurídico que tiende a demostrar el tribunal ad quem que el inferior violó determinados preceptos jurídicos al pronunciar una resolución, y 2) como la lesión o el perjuicio que se causa a una persona en sus derechos con la resolución impugnada. En el primer sentido se habla, por ejemplo, de que los agravios son fundados; y en el segundo se dice que tal o cual resolución causan o no agravio a alguna persona.¹³

2.3. Segunda instancia

Por medio del recurso de apelación se accede a la segunda instancia, que implica un nuevo juicio, toda vez que la sentencia que se emita va sustituir al proveído impugnado, aun en el supuesto de que éste sea confirmado por el tribunal de alzada.

[...].La impugnación se convierte en un verdadero proceso pues mediante la impugnación el proceso principal no es simplemente continuado sino que desaparece para dejar su puesto a otro proceso distinto, aunque ligado al anterior.¹⁴

Así al tribunal de segunda instancia se le devuelve la jurisdicción y actúa de pleno derecho; su fallo, en su momento, se integrará al expediente de primera instancia para su ejecución en reemplazo de la resolución impugnada al no existir el reenvío.

¹³ OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, Oxford University Press, México, 1999, p. 242.

¹⁴ BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1999, p. 589.

La apelación es el instrumento normal de impugnación de las sentencias definitivas; en virtud de ella, se inicia la segunda instancia, el segundo grado del conocimiento del litigio sometido a proceso..., también en el derecho medieval español al recurso de apelación se le denominó recurso de alzada, ya que se interponía ante el tribunal superior, el tribunal de “alzada”. Actualmente la apelación continúa siendo un recurso vertical.¹⁵

2.4. Órgano colegiado

El recurso ordinario de apelación permite que se reestudie la resolución y cuando se combate la sentencia de fondo dictada por un juez de primera instancia, le corresponde a un tribunal superior, constituido de forma colegiada, por integrantes mejor preparados y de mayor experiencia para llevar a cabo la revisión.

El refrán popular precisa que *dos cabezas piensan mejor que una*, en este caso los tribunales de segunda instancia están integrados por tres magistrados, sin embargo en contrapartida el trabajo en equipo requiere de un verdadero compromiso de grupo, lo cual es difícil de lograr si no hay responsabilidad mutua de los integrantes de foro judicial, de esta manera en forma brillante Cernelutti nos plantea las dos disyuntivas:

La constitución colegial del juez explica por la limitación de la mente humana por un lado, y por su diversidad por el otro: poniendo varios hombres juntos se consigue, se espera conseguir por lo menos, la construcción de una especie de superhombre, que debiera poseer mayores aptitudes para el juicio de las que posee en singular cada uno de los que lo integran: el fenómeno es el mismo que aquel por el cual se unen el arado una o más yuntas de bueyes en vez de un solo buey; pero cualquiera se hace cargo

¹⁵ OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 239.

*de que el mayor rendimiento de la yunta está condicionado por el trabajo efectivo de cada uno de sus miembros, y no es fácil, por exigencias técnicas además de por razones psicológicas, obtener de todos los miembros del colegio judicial una participación igual en el trabajo común.*¹⁶

III. CLASES DE JUICIOS ORALES MERCANTILES

Es factible de acuerdo a la legislación actual¹⁷ dividir en dos tipos de juicios orales en materia mercantil:

1. ordinario, y
2. ejecutivo.

1. Juicio ordinario mercantil oral

La vía ordinaria siempre procede por exclusión cuando no hay una vía especial procesal, por ejemplo, *procede la vía oral mercantil –atento a la cuantía del asunto– dado que la Ley de Instituciones de Crédito y el Código de Comercio no prevén una vía especial para demandar la terminación anticipada de un contrato de apertura de crédito celebrado con una institución bancaria.*¹⁸

Mediante reforma al Código de Comercio publicada en el Diario Oficial de la Federación, se adiciona el *Título Especial Juicio Oral Mercantil* el 27 de enero de 2011 y entró en vigor el 28 de enero de 2012, con la cual se creó la vía oral ordinaria para resolver controversias mercantiles sin limitación de cuantía, se dispuso además

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Colofón SA, México, 2012, p. 36.

¹⁷ El Código de Comercio regula a los juicios mercantiles: a) ordinarios, b) orales, c) ejecutivos, y d) especiales, que son aquellos que se encuentren previstos por cualquier ley de índole comercial.

¹⁸ Tesis: I.11o.C.104 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 62, enero de 2019, Tomo IV, p. 2710.

que contra las resoluciones pronunciadas en este tipo de procesos “no procederá recurso ordinario alguno”.

Además de la competencia por territorio, materia, grado, es la cuantía la que se refiere al valor económico del juicio, en todos los casos se determinará por el valor de la suerte principal, este punto es fundamental para determinar al órgano jurisdiccional que debe conocer el proceso.

[...] el término cuantía del negocio, necesariamente implica el valor de la materia litigiosa, es decir, lo disputado en un juicio, determinado por las prestaciones reclamadas en cantidad líquida en la demanda inicial o susceptibles de cuantificarse mediante una operación aritmética sencilla, conforme a lo establecido por la Primera Sala de la SCJN en la jurisprudencia[...].¹⁹

El juicio oral ordinario mercantil es admisible en los términos del artículo 1390 Bis del Código de Comercio, sin limitación de cuantía, siempre y cuando el monto sea inferior:

- a) Se tramitarán todas las contiendas cuyo monto sea hasta \$650,000.00 por concepto de suerte principal;
- b) A partir del 26 de enero de 2019, el monto se incrementó hasta \$1, 000,000.00 por concepto de suerte principal;
- c) A partir del 26 de enero de 2020, se tramitarán por esta vía todas las contiendas mercantiles sin limitación de cuantía.

Los montos antes mencionados se consideran sin tomar en cuenta intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de presentación de la demanda y contra las

¹⁹ Tesis: III.5o.C.26 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, mayo de 2015, Tomo III, p. 2263.

resoluciones pronunciadas en este tipo de juicios no procede recurso ordinario alguno.²⁰

2. Juicio ejecutivo mercantil oral

Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 2017 se adiciona el Título Especial Bis, *Del Juicio Ejecutivo Mercantil Oral*. Por esta vía se tramitan las contiendas que se fundan en los documentos que traen aparejada ejecución previstos en el artículo 1391 del Código de Comercio:

- i. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;*
- ii. Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos, en los que conste alguna obligación exigible y líquida;*
- iii. La confesión judicial del deudor, según el art. 1288;*
- iv. Los títulos de crédito;*
- v. (Se deroga)*
- vi. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;*
- vii. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor;*
- viii. Los convenios celebrados en los procedimientos conciliatorios tramitados ante la Procuraduría Federal del Consumidor o ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios*

²⁰ De acuerdo al Decreto por el que se reforman los artículos Transitorios Segundo; primer párrafo del artículo Tercero; primer párrafo del artículo Cuarto, y artículo Quinto; se adicionan los párrafos segundo y tercero al artículo Segundo Transitorio del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio, en materia de Juicios Orales Mercantiles”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 2017.

de Servicios Financieros, así como los laudos arbitrales que éstas emitan, y

ix. Los demás documentos que por disposición de la Ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

2.1. Vigencia sucesiva

El juicio ejecutivo mercantil oral entrará en vigor de forma sucesiva:

- a) A partir del 26 de enero de 2019, todas las contiendas mercantiles cuyo monto por concepto de suerte principal sea igual o superior a la cantidad que establece el artículo 1339²¹ para que un juicio sea apelable y hasta \$1, 000,000.00 pesos;
- b) A partir del 26 de enero de 2020, todas las contiendas mercantiles cuyo monto sea igual o superior a la cantidad que establece el artículo 1339 para que un juicio sea apelable y hasta \$4, 000,000.00 pesos.

Montos sin tomar en consideración intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de presentación de la demanda.

3. Omisiones o irregularidades procesales

En ambas vías, oral y ejecutiva mercantil cuando existan omisiones o irregularidades procesales procedimentales o aclaración o adición al fallo se procederá:

²¹ El Acuerdo para la actualización de los montos establecidos en los artículos 1067 Bis fracción II, 1253 fracción VI, 1339, 1340 y 1390 Bis 33 del Código de Comercio, para el artículo 1339 fija la cantidad de \$662,957.06, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2018.

3.1. Omisiones o irregularidades intraprocesales

Únicamente las partes podrán solicitar al juez, de manera verbal en la audiencia correspondiente, que subsane las omisiones o irregularidades que se llegasen a presentar en la substanciación, para el sólo efecto de regularizar el procedimiento. Asimismo, el juez podrá ordenar que se subsane toda omisión que notare en la substanciación, para el sólo efecto de regularizar el procedimiento.

3.2. Omisiones o irregularidades en la sentencia

Si las partes estimaron que la sentencia definitiva contiene omisiones, cláusulas o palabras contradictorias, ambiguas u oscuras, las partes podrán solicitar de manera verbal dentro de la audiencia en que se dicte, la aclaración o adición a la resolución, sin que con ello se pueda variar la substancia de la resolución, reiterando que “*contra tal determinación no procederá recurso ordinario alguno*”.

4. ¿Qué significa que los juicios sean orales?

Que las personas que intervienen en el proceso, sean las partes, los testigos, los peritos, terceros en general se comuniquen a través del lenguaje hablado con el órgano jurisdiccional, además que este diálogo sea público, es decir, todas las actuaciones ordenadas por el tribunal durante la sustanciación, sin embargo la fase postulatoria conserva la forma escrita.²²

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo en que este cambio requiere de una mejor preparación de los abogados, ante el temor de la evidencia de falta de pericia, pero lo fundamental es una mejor impartición de justicia, que eso está por verse.

²² La demanda, la contestación de la demanda, la reconvención, y su contestación.

*La tarea del abogado exige considerablemente más esfuerzo... las herramientas... son las palabras, la voz, los gestos, el contacto visual y la misma presencia.*²³

Es indudable que las partes podrán constatar la eficacia de las participaciones del abogado contratado al ser testigos de su desempeño en el tribunal.

*[...] ya no podrán ocultar su ignorancia o negligencia de las leyes, pues deberán estar debidamente preparados, ya que su inconsistencia será visible en esta clase de procedimientos, en el que el interesado notará su deficiencia y con ello su no preparación para defender la causa que se le encomendó. Sus clientes finalmente descubrirán si se les prometió algún éxito en lo litigado.*²⁴

La afirmación anterior de Rodríguez Sánchez implica que antes de los juicios orales la ignorancia de los abogados era posible ocultarla, al ser genérica no es totalmente cierta, porque el éxito de los abogados no sólo requiere de la preparación o conocimiento de las leyes, sino que es una tarea compleja, al intervenir diversas personas o circunstancias en conflicto durante todo juicio, pero es válida en parte porque al ser más transparente el juicio se puede constatar por los sentidos en forma directa el desempeño de los abogados y del personal judicial.

Para Rodríguez Sánchez la oralidad permite que los contendientes en cualquier momento, ante la constante presencia de éstas en las diligencias, puedan solucionar el litigio de manera autocompositiva:

²³ DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Iliana, *Éxito en el juicio oral*, Porrúa, México, 2016, p. 1.

²⁴ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Joaquín, *Juicio oral mercantil*, Editorial Flores, México, 2015, p. 5.

*La oralidad tiene la ventaja de que pone a las partes frente a frente para que hablen ante el Juzgador, el juez observa y escucha con análisis crítico sus intervenciones, sobre todo en la fase de mediación o conciliación que se puede dar entre las mismas, lo que daría como resultado un acuerdo entre ellas.*²⁵

5. Principios

De acuerdo con el artículo 1390 bis 2 del Código de Comercio:

En el juicio oral mercantil se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración.

Dos principios destacan en los llamados juicios orales: uno, el acceso real y efectivo a la justicia; y dos, el principio de publicidad.²⁶

La idea de principio implica inició, así también lo principal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre diversas acepciones de esta palabra se encuentra: “*Primer instante del ser de algo*”, “*Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta*”.

Principio es entre sus significados, el inicio o la causa; a la base fundamental de una ideología; lo que da razón a un pensamiento.

El término principio (del latín principium) tiene entre sus significados los de base, los de origen, razón fundamental sobre la

²⁵ *Ídem.*

²⁶ WITKER V., Jorge, *Juicios Orales y derechos humanos*, IIJ-UNAM, México, 2016, introducción.

*cual se procede discurriendo en cualquier materia; normas o ideas fundamentales que rige el pensamiento o la conducta.*²⁷

5.1. Reglas y principios

Existe una diferencia operativa entre los principios y las reglas (normas en sentido tradicional o estricto). Los principios no están diseñados a través de una hipótesis normativa que establezca sus límites, no son creados para regular una situación específica como las reglas, no se aplican a través de una consecuencia previamente definida, sino que son criterios orientadores para ser utilizados en la resolución de un conflicto de acuerdo con las características y el contexto de éste, al entorno físico o de situación, ya sea político, histórico, cultural o de cualquier otra índole.²⁸

*Los principios no son, como las reglas, comandos inmediatamente descriptivos de conductas específicas, sino normas que consagran determinados valores o indican fines públicos que se deben realizar a través de distintos medios. La definición del contenido de cláusulas como la dignidad de la persona humana, racionalidad, solidaridad o eficiencia, también transfieren al para el intérprete una dosis de discrecionalidad.*²⁹

²⁷ RUIZ TORRES, Humberto Enrique, *Diccionario del juicio de amparo*, editorial Oxford, México 2005, p. 296.

²⁸ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Principios jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 43-76, ago. 2016. ISSN 2316-3054. Disponible en: <<https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/21239>>. Acceso en: 08 mayo 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/2316305421239>.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, IJ UNAM, México, 2008, p. 14.

IV. [IN] CONSTITUCIONALIDAD DE LA FALTA DE DOBLE INSTANCIA EN LOS JUICIOS ORALES

No obstante la Primera Sala de la SCJN determinó que no es necesaria la segunda instancia y precisa que el juicio de amparo es un medio de impunidad extraordinario que cumple con el fin de revisar la sentencias de los juicios orales mercantiles, prácticamente como segunda instancia.

A continuación se reproduce el criterio SCJN cuyo rubro es: *Juicio oral mercantil. El artículo 1390 bis del Código de Comercio que no prevé el derecho a una segunda instancia, es constitucional*, y se analizan sus argumentos:

El precepto citado prevé que se tramitarán en el juicio oral mercantil todas las contiendas cuya suerte principal sea inferior a la que establece el artículo 1339 del Código de Comercio para que un juicio sea apelable, sin que sean de tomarse en consideración intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de interposición de la demanda, y que contra las resoluciones pronunciadas en dicho juicio no procederá recurso ordinario alguno.³⁰

Se ratifica la negación del legislador de establecer un sistema de impugnación ordinario, ni el recurso de revocación, reposición ni apelación basados exclusivamente del valor económico de lo reclamado.

Para tener una idea de la cuantía establecida por el legislador para el juicio oral mercantil en comparación al salario mínimo actual (*A partir del 1 de enero: \$102.68 y \$176.72 en la zona libre de la frontera norte (5 municipios de Baja*

³⁰ Tesis: 1a. LX/2016 (10a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 28, marzo de 2016, Tomo I, p. 986.

California, 11 de Sonora, 8 de Chihuahua. 8 de Coahuila. 1 de Nuevo León y 10 de Tamaulipas),³¹ dicho monto representa más de 17 años de trabajo,³² lo que parece en obvia que las clases sociales más vulnerables son las que tendrán una instancia menor de acceso a la justicia, y me refiero especialmente a cuando éstas tengan la calidad de demandado, lo que parece que la justicia “pronta” tiene un sello discriminatorio.

El artículo 1º, último párrafo de la Constitución establece:

Queda prohibida toda discriminación motivada por... la condición social...o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Es innegable que el artículo 1339 del Código de Comercio menoscaba el derecho de impugnación por las condiciones económicas.

*Ahora bien, el artículo 1390 Bis citado, al limitar el derecho a una segunda instancia es constitucional, pues el legislador, al determinar que el juicio oral mercantil es uniinstancial, no excluye el derecho a la doble instancia de forma generalizada, sino que lo hace excepcionalmente, ya que dicha exclusión sólo es aplicable a los juicios orales mercantiles.*³³

El hecho que la ley de forma general límite el derecho a impugnar es más grave que lo haga de manera particular, no puede ser constitucional y menos convencional

³¹ OCC.UMNDIAL.COM, Salario mínimo 2019: ¿para qué alcanza con 102 pesos?, (Véase en: <https://www.occ.com.mx/blog/salario-minimo-2019-en-mexico/> consulta 5/enero/2019).

³² El artículo 1339 Código de Comercio fija la cantidad de \$662,957.06 pesos y el salario mínimo menor en el país es \$102.68 pesos diarios.

³³ Tesis: 1a. LX/2016 (10a), *op. cit.*

tal impedimento, en la práctica tendremos inicialmente dos tipos de justicia dependiendo las condiciones económicas de los contendientes en el proceso.

*[...] además de que persigue una finalidad constitucionalmente legítima, pues tiene por objeto hacer el procedimiento mercantil más ágil y eficiente, lo que implica el respeto al principio de una administración de justicia pronta y expedita, contenido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, imprimiéndole celeridad al proceso judicial correspondiente, y encaminada a fomentar la economía procesal y la eficacia de la rama judicial.*³⁴

El artículo 17 constitucional si bien es cierto se refiere a las exigencias de la administración de justicia para todo tipo de proceso y no en particular del juicio oral mercantil, pero ello no implica por ningún motivo que por sí mismo el proceso sea “eficiente”, como de manera brillante expone Carnelutti: “...la justicia si es segura no es rápida, y si es rápida no es segura...quien va despacio, va bien y va lejos...”.³⁵

*Además, es una medida razonable, ya que responde a la mayor urgencia de obtener una decisión definitiva y evita los costos que implican juicios prolongados y complejos, ya que tener que agotar necesariamente varias instancias puede provocar demora y más gastos en perjuicio del patrimonio de las partes, lo cual generalmente no se justifica cuando el asunto es de poca cuantía.*³⁶

Todo juicio es un acto complejo en sí mismo, es indiscutible que de lo contrario no se requeriría de la intervención de los tribunales, la “urgencia” de obtener justicia puede anticiparse con medidas cautelares y no limitando derechos.

³⁴ Tesis: 1a. LX/2016 (10a), *op. cit.*

³⁵ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, p. 16.

³⁶ Tesis: 1a. LX/2016 (10a), *op. cit.*

El acceso a la justicia mediante la acción se desenvuelve en una serie de actos relacionados entre sí, que no debe reducirse o eliminarse supeditados exclusivamente a la cuantía del negocio.

*Asimismo, genera un criterio de selección para el control de legalidad por órganos jurisdiccionales superiores, para que éstos se concentren en resolver asuntos que se consideran más complejos.*³⁷

Este argumento es una falacia, la complejidad de los asuntos no está determinada por la cuantía del negocio, por el contrario en muchas ocasiones los de menor monto son más complejos porque las partes no tienen equidad al establecer la relación sustantiva, y cuentan con pocos recursos para garantizar las obligaciones.

*De ahí que se trate de una medida proporcional, pues aun limitándose el derecho a la segunda instancia, no se priva al gobernado del acceso a la justicia ni se le deja en estado de indefensión, ya que en el procedimiento uniinstancial también deben respetarse las formalidades esenciales del proceso, y se tiene la posibilidad de impugnar dicha resolución mediante el juicio de amparo, de manera que, aun cuando no exista en la jurisdicción ordinaria un recurso disponible para impugnar las resoluciones adversas, existe un recurso extraordinario.*³⁸

El criterio confiesa que se limita la segunda instancia, y falsamente se dice que no se priva del acceso a la justicia, porque este derecho, como antes se explica, representa un conjunto de requisitos para la validez de un proceso, independientemente que se diga que se deben respetar “*las formalidades esenciales del proceso*”, situación que

³⁷ *Ídem.*

³⁸ *Ídem.*

debe hacerse en todo juicio, tal afirmación no es una garantía que se haga cuando se privan de derechos a las partes.

Si bien es cierto es factible impugnar la sentencia del juicio oral mercantil mediante el juicio de amparo directo, como en todo proceso judicial,³⁹ también lo es que es un recurso extraordinario, no ordinario, además, en cuanto el tiempo, en el amparo directo existe reenvió lo que deja abierta muchas situaciones desde exceso o defecto en el cumplimiento de la sentencia de amparo, inconformidad en la declaración de cumplimiento, entre otros supuestos más, aunado que el juicio de amparo no es un recurso sencillo y eficaz para reparar íntegramente violaciones a derechos humanos.

Porque el juicio de amparo directo no se constituyó como una segunda instancia, sino como un medio extraordinario de control constitucional, como en el siguiente criterio judicial se determina:

La ratio legis de esa determinación estriba en que el espíritu jurídico y fin político que informó la creación del juicio de amparo tuvo como propósito crear una institución de carácter extraordinario para el mantenimiento del orden constitucional y no un tribunal de instancia.⁴⁰

En conclusión se priva de la segunda instancia a las partes exclusivamente por cuestiones económicas.

Finalmente, la exclusión de que se trata obedece a criterios objetivos, pues el factor cuantía, como elemento para determinar

³⁹ El juicio de amparo directo procede contra sentencias, laudos y resoluciones que pongan fin al procedimiento.

⁴⁰ Tesis: I.3o.C.225 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, agosto de 2001, p. 1423.

*la procedencia del juicio oral mercantil, constituye un quantum objetivo que no se fundamenta en los ingresos ni en la condición social de las personas, sino en el monto global de la pretensión.*⁴¹

No es necesario decir que las contiendas en el cual las partes reclaman mayores montos se relacionan directamente con su estrato social, si es preciso sacrificar la calidad de la justicia por la rapidez, lo justo es que se haga de forma general y no mediante distinciones que atentan contra la dignidad.

Es de destacarse que en contra de la tesis analizada, sin que se conozcan las razones, contra la mayoría de la Primera Sala de la SCJN el Ministro José Ramón Cossío Díaz se reservó el derecho de formular voto particular.

V. INCONVENCIONALIDAD DE LA OMISIÓN DE IRRECURRENIBILIDAD EN LOS JUICIOS EN LOS JUICIOS ORALES

Los artículos 8º y 25º de la Convención ADH contienen un cúmulo de requisitos que deben respetar los Estados parte del SIDH en su régimen jurídico interno. El numeral 8º dispone reglas y principios para todo tipo de proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, incluyendo los procesos de carácter jurisdiccional de protección judicial de los derechos humanos.

Entre las garantías judiciales convencionales se establece el artículo 8º de la Convención ADH está la obligación de contar con medios accesibles para impugnar proveídos intraprocesales de todo juicio, y en forma especial a la sentencia de primera instancia, los cuales no deben estar sujetos a requisitos confusos que requieran *mayores complejidades*, como se exige en el juicio de amparo mexicano, que más que

⁴¹ Tesis: 1a. LX/2016 (10a), *op. cit.*

ser un proceso técnico en la práctica, es un exagerado desarrollo de particularidades procesales, lo que hace que no sea sencillo.

Así, al no contar con medios propios de impugnación los juicios orales mercantiles, provoca que necesariamente se tenga como instrumento para este fin el juicio de amparo, sea directo o indirecto, lo que para su comprensión requiere estudiar la serie de cuestiones casuísticas, por ejemplo, cuando se reclame la resolución de competencia por declinatoria cuando la autoridad responsable declare fundada la excepción relativa y envía la demanda a un juez civil, respecto del cual no ejerce jurisdicción, no puede considerarse como definitiva para efectos del amparo indirecto, sino el proveído por el cual acepta la competencia el juez a quien se le envía el proceso para su conocimiento.⁴²

Otro ejemplo, es cuando simultáneamente se impugna, en este caso a través del juicio de amparo directo, tanto el fallo como la resolución que no admite recurso alguno, no obstante que ante la improcedencia del recurso contra la resolución definitiva, el auto que desecha el medio de impugnación deba considerarse como una determinación judicial dictada después de concluido el juicio, reclamable en amparo indirecto conforme al artículo 107, fracción IV, de la Ley de Amparo, toda vez que en este supuesto se dice que debe privilegiarse la resolución expedita del asunto en aplicación del derecho fundamental a una justicia pronta y completa consagrado en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, evitando de esta manera dividir la continencia de la causa.⁴³

⁴² Tesis: XIX.1o.A.C.11 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 30, mayo de 2016, Tomo IV, Materia(s): Común, Civil, p. 2756.

⁴³ Tesis: XV.3o.5 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 52, marzo de 2018, Tomo IV, p. 3323.

Para agregar otra singularidad, tratándose del desechamiento de las providencias precautorias en el procedimiento oral mercantil tal decisión es irrecurrible, atento a la regla especial que establece el artículo 1390 bis del Código de Comercio.⁴⁴

De esta manera el juicio de amparo como único instrumento para impugnar los proveídos de los juicios orales mercantiles es inconvencional, no sólo por no tratarse de un recurso ordinario, sino que para ser admitido deben reunir con un exceso de requisitos procesales creados varios mediante criterios interpretativos, lo que en sí constituye un obstáculo para se cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente como la Corte IDH lo ha determinado:

[...] el Tribunal [Corte IDH] ha sostenido que el artículo 8.2 (h) de la CADH se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, es decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente, es decir que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido.⁴⁵

Por otra parte, el juicio de amparo directo es conocido como amparo casación, porque realmente no es un juicio ni recurso ordinario sino extraordinario y complejo, por lo mismo no satisface los requisitos interamericanos:

En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no

⁴⁴ Tesis: I.13o.C.27 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 58, septiembre de 2018, Tomo III, p. 2474.

⁴⁵ CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, Párrafo 86.

satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizará un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.⁴⁶

La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.⁴⁷

Finalmente, el contenido de toda contienda del juicio de amparo es la protección de los derechos humanos, cuyas consecuencias de la sentencia es tutelar intereses constitucionales y no cuestiones de índole mercantil, pero además, al dejar a los

⁴⁶ CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, Párrafo 167.

⁴⁷ *Ibidem*, Párrafo 159.

tribunales de amparo la segunda instancia de los juicios orales comerciales no permitan desarrollar una normativa autónoma, especial y seguridad jurídica.

El amparo casación tiene como virtud el proporcionar un recurso directo para cuestionar la justicia federativa pero tiene como defecto que, la fusión de sus requisitos de admisión, sus causales y requisitos de procedencia, su tramitación, efectos y consecuencias no permitan desarrollar su autonomía, especialidad y seguridad jurídica para la sociedad mexicana.⁴⁸

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha establecido, mediante observaciones generales, la prohibición de discriminación prevista en la ley o en cualquier normativa, en este caso por cuantía, lo que sucede cuando se limita un derecho, como es el derecho humano a la doble instancia, ante tal situación los jueces deben dejar de aplicar la norma adjetiva que prohíbe que las resoluciones judiciales sean irrecurrible a través del control difuso de convencionalidad.

Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta

⁴⁸ VILLANUEVA HARO, Benito, *Aspectos históricos, teóricos, procesales, comparativos y propuestas al nuevo pensamiento procesal sobre el recurso de casación. Derecho y cambio social*, 2013, vol. 10, no. 32, p. 22.

*a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.*⁴⁹

VI. CONCLUSIONES

La intención principal de impedir la promoción de recursos ordinarios es la supuesta rapidez del desarrollo del procedimiento, lo cual en la práctica judicial no está garantizada porque en los tribunales impera la improcedencia de los recursos ordinarios en los juicios orales mercantiles, lo que sí genera, es la merma en la calidad de la administración de la justicia, además posibilita la generación de jueces con una actitud arbitraria, porque la regulación del procedimiento depende en la jurisdicción ordinaria nada más de éstos, ante las audiencias públicas lo que en sí tampoco garantiza el reconocimiento del error judicial, ya que su proceder sólo puede ser cuestionado a través de otra jurisdicción, hasta que se emita la sentencia de fondo, lo que implica tiempo y un sistema complejo de impugnación, más en materia mercantil en la cual no se suple la deficiencia de la queja por regla y que los jueces de manera habitual no ejercen el control difuso de convencionalidad.

El amparo directo se tramita ante los tribunales colegiados de circuito, quienes por la carga de trabajo y el menor interés que le asignan a los procesos mercantiles frente a violaciones más graves de derechos humanos, no responde a la rapidez buscada por esta artificial segunda instancia. Aunado que el juicio de amparo es un proceso

⁴⁹ Observación: CCPR-GC-18 No discriminación, Párr. 12.

complicado, lento y el fallo, en caso de proteger al quejoso, provoca el reenvío y la posibilidad de inconformarse del cumplimiento de la sentencia protectora.

Es importante destacar la mala experiencia en los procesos laborales por falta de segunda instancia natural y que en la realidad tampoco ha garantizado la justicia rápida la intervención de los tribunales colegiados de circuito como tribunales de alzada, pero si la pésima administración de justicia de las juntas de conciliación y arbitraje.

Es innegable que el artículo 1339 del Código de Comercio menoscaba el derecho de impugnación por las condiciones económicas y a un pleno acceso a la justicia, lo que es sí mismo una discriminación prohibida por todas las convenciones internacionales y en la Constitución.

VII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Doctrina:

BARROSO, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, IIJ UNAM, México, 2008.

BECERRA BAUTISTA, José, *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1999.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Cómo se hace un proceso*, Colofón SA, México, 2002.

CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho procesal civil*, Oxford University Press, Vol. 2, México, 1999.

DE LA ROSA RODRÍGUEZ, PAOLA ILIANA, *Éxito en el juicio oral*, Porrúa, México, 2016.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2011.

- MARISCAL URETA, Karla Elizabeth, *Medio ambiente sano, derecho colectivo global*, Porrúa, México, 2015.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, Oxford University Press, México, 1999.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Joaquín, *Juicio oral mercantil*, Editorial Flores, México, 2015.
- RUIZ TORRES, Humberto Enrique, *Diccionario del juicio de amparo*, editorial Oxford, México, 2005.
- WITKER V., Jorge, *Juicios orales y derechos humanos*, IIJ-UNAM, México, 2016.

Hemerografía

- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Principios jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 43-76, ago. 2016. ISSN 2316-3054. Disponible en: <<https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/21239>>. Acceso en: 08 mayo 2017. Doi:<http://dx.doi.org/10.5902/2316305421239>.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una visión crítica, *Revista jurídica Primera Instancia*, número 5, 2015.
- VILLANUEVA HARO, Benito, Aspectos históricos, teóricos, procesales, comparativos y propuestas al nuevo pensamiento procesal sobre el recurso de casación, *Derecho y cambio social*, 2013, vol. 10, no 32, p. 22.

Criterios jurisdiccionales

1. Interamericanos

- CORTE IDH Almonacid Arellano vs. Chile, 2006.

CORTE IDH Gelman vs. Uruguay, 2011.

Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, 2014.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004.

2. Mexicanos

Tesis: XV.3o.5 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 52, marzo de 2018, Tomo IV.

Tesis: 1a. LX/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 28, marzo de 2016, Tomo I.

Tesis: I.11o.C.104 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 62, enero de 2019, Tomo IV.

Tesis: III.5o.C.26 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, mayo de 2015, Tomo III.

Tesis: XIX.1o.A.C.11 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 30, mayo de 2016, Tomo IV.

Tesis: I.13o.C.27 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 58, septiembre de 2018, Tomo III.

Tesis: I.3o.C.225 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, agosto de 2001, Tomo XIV.

Páginas de internet

OCC.UMNDIAL.COM, Salario mínimo 2019: ¿para qué alcanza con 102 pesos?, (Véase en: <https://www.occ.com.mx/blog/salario-minimo-2019-en-mexico/> consulta 5/enero/2019).

PROPUESTA DE AMPLIACIÓN DE LAS CAUSALES DE PROCEDENCIA EN EL JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO EN MATERIA CONTENCIOSA FEDERAL

BLANCA TORRES ESPINOSA *

CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ **

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Organización actual del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.* III. *Regulación actual del Juicio Contencioso-Administrativo Tributario.* IV. *Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo (Reforma a la LFPCA de 27 de enero de 2017).* V. *Análisis doctrinal al juicio de resolución exclusiva de fondo y la necesidad de ampliar las causales de procedencia.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La materia contenciosa tiene su aparición con la Ley de Justicia Fiscal en 1936 y al inicio de las actividades del Tribunal Fiscal fundado los juristas Antonio Carrillo Flores, Alfonso Cortina Gutiérrez y Manuel Sánchez Cuen; ha tenido diversos cambios en materia normativa (sustantiva y adjetiva) y al interior de la organización del hoy llamado Tribunal Federal de Justicia Administrativa, todo ello lo mencionamos en el presente artículo.

Actualmente tenemos cuatro tipos de juicios en materia fiscal: 1. Juicio en la Vía Tradicional, 2. Juicio Sumario, 3. Juicios en Línea, 4. Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo.

* Doctora en Derecho Tributario por la Universidad de Salamanca, España. Profesora de Tiempo Completo en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-UAMZH. Contacto: blancate2005@yahoo.es

** Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Tiempo Completo en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-UAMZH. Contacto: carlos.arcudia@uaslp.mx

El 27 de enero 2017 se incorpora a la norma contenciosa federal, el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, que como principios básicos adquiere, los de celeridad y oralidad, es el único juicio que no es tramitado en línea atendiendo a la ya mencionada oralidad, no obstante, el artículo 58-17 de la LFPCA limita la oportunidad de los contribuyentes para acudir a él.

II. ORGANIZACIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La organización del Tribunal la podemos analizar en la denominada Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (LOTFJA), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016.

Señala Fix Zamudio, Tribunal Administrativo *“es todo organismo dotado de funciones jurisdiccionales con el objetivo de resolver controversias o litigios de carácter administrativo, se encuentre o no, dentro de la esfera formal de la Administración”*.¹

Actualmente el Tribunal está compuesto por el Presidente del Tribunal, la Sala Superior,² la Junta de Gobierno y las Salas regionales, según lo señala el artículo 6 de la Ley Orgánica mencionada.

Las Salas dependiendo su especialidad y competencia conocerán de las resoluciones definitivas de la autoridad respecto de los actos administrativos regulados

¹ FIX ZAMUDIO, H., *Organización de los Tribunales Administrativos*, en: *Conferencias sustentadas para Conmemorar el XXXV Aniversario de la Promulgación de la Ley de Justicia Fiscal que creo el Tribunal Fiscal de la Federación*, RTFF, Cuarto Número Extraordinario, 1971, pp. 98 y ss.

² Artículo 7 LFPCA. La Sala Superior se integrará por dieciséis Magistrados. Funcionará en un Pleno General, en Pleno Jurisdiccional, y en tres Secciones. De los Magistrados de la Sala Superior, catorce ejercerán funciones jurisdiccionales, uno de los cuales presidirá el Tribunal de conformidad con las reglas establecidas en la presente Ley, y dos formarán parte de la Junta de Gobierno y Administración.

en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en el caso del juicio en vía tradicional; en el caso del Juicio Sumario los casos en los que procede, se regulan en el artículo 58-2 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y, el Juicio de Resolución Exclusiva de fondo los casos de procedencia son los contemplados en el artículo 42 fracciones II, III y IX del Código Fiscal de la Federación.

Debemos señalar que en la reforma de 21 de junio de 2009 a la LOTFJFA,³ las Salas del tribunal debieron actualizarse para poder otorgar el servicio de justicia en línea, los Presidentes de las Salas de ésta modalidad estarán al pendiente para mantener actualizado el sistema de control y seguimiento de juicios y, supervisar la debida integración de las actuaciones de dicho sistema; debe además hacer su propuesta a la Sala sobre la medida cautelar que puede tomarse para otorgar la suspensión al contribuyente en esta nueva modalidad.

La Junta de Gobierno y Administración creada en diciembre de 2007, es un órgano que atiende la administración, vigilancia, disciplina y carrera jurisdiccional, es autónoma técnicamente para cumplir con sus obligaciones de administración, no ejercerá funciones jurisdiccionales, la integran el Presidente del Tribunal, quien también será el Presidente de la Junta de Gobierno y Administración; Dos Magistrados de Sala Superior, y Dos Magistrados de Sala Regional, los cuales estarán cumpliendo sus funciones por un periodo de dos años.

El Tribunal Federal de Justicia Administrativa conocerá de las siguientes resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos regulados en el artículo 3 de la LOTFJA:

“I.- Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, en que se determine la existencia de una

³ Vid. Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de junio de 2009.

obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación.

b) Las que nieguen la devolución de un ingreso de los regulados por el Código Fiscal de la Federación, indebidamente percibido por el Estado o cuya devolución proceda de conformidad con las leyes fiscales.

Los decretos y acuerdos de carácter general, diversos a los reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta con motivo de su primer acto de aplicación;

II. *Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, en que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación;*

III. *Las que nieguen la devolución de un ingreso de los regulados por el Código Fiscal de la Federación, indebidamente percibido por el Estado o cuya devolución proceda de conformidad con las leyes fiscales;*

IV. *Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales;*

V. *Las que causen un agravio en materia fiscal distinto al que se refieren las fracciones anteriores;*

VI. *Las que nieguen o reduzcan las pensiones y demás prestaciones sociales que concedan las leyes en favor de los miembros del Ejército, de la Fuerza Aérea y de la Armada Nacional o de sus familiares o derechohabientes con cargo a la Dirección de Pensiones Militares o al erario federal, así como las que establezcan obligaciones a cargo de las mismas personas, de acuerdo con las leyes que otorgan dichas prestaciones.*

Cuando para fundar su demanda el interesado afirme que le corresponde un mayor número de años de servicio que los

reconocidos por la autoridad respectiva, que debió ser retirado con grado superior al que consigne la resolución impugnada o que su situación militar sea diversa de la que le fue reconocida por la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, según el caso; o cuando se versen cuestiones de jerarquía, antigüedad en el grado o tiempo de servicios militares, las sentencias del Tribunal sólo tendrán efectos en cuanto a la determinación de la cuantía de la prestación pecuniaria que a los propios militares corresponda, o a las bases para su depuración;

VII. *Las que se dicten en materia de pensiones civiles, sea con cargo al erario federal o al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado;*

VIII. *Las que se originen por fallos en licitaciones públicas y la interpretación y cumplimiento de contratos públicos, de obra pública, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal centralizada y paraestatal, y las empresas productivas del Estado; así como, las que estén bajo responsabilidad de los entes públicos federales cuando las leyes señalen expresamente la competencia del tribunal;*

IX. *Las que nieguen la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado, declaren improcedente su reclamación o cuando habiéndola otorgado no satisfaga al reclamante. También, las que, por repetición, impongan la obligación a los servidores públicos de resarcir al Estado el pago correspondiente a la indemnización, en los términos de la ley de la materia;*

X. *Las que requieran el pago de garantías a favor de la Federación, las entidades federativas o los Municipios, así como de sus entidades paraestatales y las empresas productivas del Estado;*

XI. Las que traten las materias señaladas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior;

XII. Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo;

XIII. Las que resuelvan los recursos administrativos en contra de las resoluciones que se indican en las demás fracciones de este artículo;

XIV. Las que se funden en un tratado o acuerdo internacional para evitar la doble tributación o en materia comercial, suscritos por México, o cuando el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se haya aplicado en su favor alguno de los referidos tratados o acuerdos;

XV. Las que se configuren por negativa ficta en las materias señaladas en este artículo, por el transcurso del plazo que señalen el Código Fiscal de la Federación, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo o las disposiciones aplicables o, en su defecto, en el plazo de tres meses, así como las que nieguen la expedición de la constancia de haberse configurado la resolución positiva ficta, cuando ésta se encuentre prevista por la ley que rijan a dichas materias.

No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior en todos aquellos casos en los que se pudiere afectar el derecho de un tercero, reconocido en un registro o anotación ante autoridad administrativa;

XVI. Las resoluciones definitivas por las que se impongan sanciones administrativas a los servidores públicos en términos de la legislación aplicable, así como contra las que decidan los

recursos administrativos previstos en dichos ordenamientos, además de los órganos constitucionales autónomos;

XVII. *Las resoluciones de la Contraloría General del Instituto Nacional Electoral que impongan sanciones administrativas no graves, en términos de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales;*

XVIII. *Las sanciones y demás resoluciones emitidas por la Auditoría Superior de la Federación, en términos de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, y*

XIX. *Las señaladas en esta y otras leyes como competencia del Tribunal”.*

Este Tribunal Federal tiene su fundamento constitucional en el artículo 73, fracción XXIX-H, de la misma Constitución. Como se recoge en este estudio, se trata de un órgano con plena autonomía a la hora de emitir sus fallos, con independencia orgánica (a pesar de formar parte del Poder Ejecutivo). Desde su fundación en 1936, y hasta la actualidad, ha venido funcionando de manera eficaz, tanto en favor de la Administración como de los ciudadanos, lo cual le ha permitido ir incrementando ampliamente sus competencias; esto lo vemos en el sistema tradicional, con el sistema de justicia en línea, el juicio sumario y ahora novedoso Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo.

Se trata de una Institución honesta, eficaz, disciplinada, que cumple con lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Mexicana, al impartir justicia de manera expedita, imparcial y gratuita. Sus sentencias son completas, oportunas, y dentro de los plazos que señala el Código Fiscal, resultado evidente de su especialización. En definitiva, se trata de una Institución de acreditado prestigio, que debe conservar su independencia y especialidad, y que no consideramos oportuno su incorporación al Poder Judicial de la Federación.

El referido Tribunal es un Tribunal de lo contencioso administrativo autónomo, doctrinalmente de justicia delegada, con las características del contencioso de anulación, en principio, pero dotado también de diversas facultades de plena jurisdicción.⁴

La posible absorción del Tribunal por parte del Poder Judicial provocaría un colapso de trabajo, las sentencias tardarían más tiempo en emitirse, perjudicando la celeridad con la que hoy cuenta, los magistrados se ocuparían de cualquier asunto administrativo, y la especialidad en materia tributaria y administrativa hasta ahora ganada por el Tribunal, quizá podría verse afectada.

Lo afirmado anteriormente no impide que nos pronunciemos también en favor de cuantas reformas sean necesarias para la mejora y adaptación de este Tribunal a las nuevas realidades, pero siempre conservando sus actuales líneas básicas. Si está demostrado que es una Institución eficaz, y que cumple con los requisitos que le son exigibles desde un punto de vista legal y democrático, consideramos que se debe mantener su actual status y ubicación.⁵

En 1997 Cortina González Quijano, para incidir en el mejor funcionamiento del Tribunal, afirmaba que “*el Instituto será el órgano de acceso al Tribunal Fiscal, deberá tener a su cargo exámenes selectivos y concursos de oposición para los aspirantes a plazas de Secretarios de Estudio y Cuenta y de magistrados, a imagen y*

⁴ MARTÍNEZ ROSASLANDA, S., *El fundamento constitucional de la jurisdicción administrativa, en la colección: Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a los LXV años de la Ley de Justicia Fiscal*, RTFJyA, Tomo III, 2001, pp. 84 y 85.

⁵ ARREOLA ORTÍZ, L. R., *El Tribunal Fiscal de la Federación: ¿Poder Ejecutivo o Judicial?*, RDF núm. 25, Informe especial, México 2000, pp. 11-16, señala que este Tribunal “es uno de los mejores, si no el mejor Tribunal que existe en nuestro país... es uno de los organismos más honestos que existen en México, ...por lo que su probable transferencia al Poder Judicial generaría la destrucción de este organismo como tal, o al menos de los atributos que lo caracterizan y que han quedado señalados...”.

*semejanza de la introducción que, de esta nueva figura, se está llevando a cabo con éxito en el Poder Judicial de la Federación”.*⁶

Para garantizar una adecuada especialización de los funcionarios que forman parte de este órgano, se crea el Centro de Estudios Superiores en Derecho Fiscal y Administrativo regulado en el artículo 64 de la LOTFJA, el cuál es supervisado por la Junta de Gobierno.

El Director General del Centro de Estudios Superiores de Derecho Fiscal y Administrativo el cual será nombrado por el Pleno General, a propuesta del Presidente del Tribunal.

III. REGULACIÓN ACTUAL DEL JUICIO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO

1. El acto administrativo, la demanda y la contestación en el Juicio Contencioso-Administrativo Tributario

El Juicio Contencioso-Administrativo Tributario se regulaba en el Código Fiscal de la Federación (que entró en vigor el 1 de abril de 1983),⁷ Título VI, artículos 197 a 263.

Actualmente, el juicio contencioso lo encontramos regulado en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA),⁸ la cual, entró en vigor el 1 de enero de 2006, y finalmente se separa la parte sustantiva y la parte adjetiva.

⁶ CORTINA GONZÁLEZ, QUIJANO, A., *Ceremonia de Clausura LXI Aniversario del Tribunal Fiscal de la Federación, Congreso de Justicia Administrativa 1997*, TFF, Tomo II, 1ª Edición, 1998, pp. 340 y 341. MALPICA DE LA MADRID. L., *Reflexiones sobre la carrera jurisdiccional en el Tribunal Fiscal de la Federación*, en: *VII Reunión Nacional de Magistrados*, RTFF, México 1998, pp. 123 y ss.

⁷ Normativa derogada del actual Código Fiscal de la Federación, *Vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, E., *La analogía en los ordenamientos tributarios Latinos e Iberoamericanos mas representativos*, RTFF núm. 17, México 1983, pág. 49 y ss.

Este juicio se encuentra debidamente estructurado y definido. El Tribunal tiene un margen reducido de discrecionalidad para resolver las situaciones que se presentan durante el procedimiento; esto supone una garantía muy importante para el contribuyente, al saber anticipadamente la posible resolución que recaerá en su asunto.⁹

En principio, todos los actos que emite la autoridad se consideran correctos y ajustados a derecho; esta deberá justificar su actuación y los motivos que la llevaron a dirigirse a una persona que debe dar cumplimiento a una obligación.

Como bien sabemos, el Estado ejerce el poder público, no de forma ilimitada sino con sometimiento a la legalidad y a otros límites de actuación. Los administrados cuentan con medios para controlar las posibles irregularidades de la Administración, tales como los recursos administrativos que se interponen ante la misma autoridad emisora del acto o ante los órganos jurisdiccionales, ya sean de carácter administrativo o judicial.

Señala Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa “*el sistema de control de la legalidad de la actuación de la administración integra lo que se conoce como justicia administrativa*”.¹⁰

Para que el acto emitido por la autoridad sea válido, además de firmado y notificado por escrito al interesado, con indicación de la dependencia emisora, tiene que estar debidamente fundado y motivado e indicar el nombre de la persona a la que

⁸ RODRÍGUEZ LOBATO, RAÚL, *Derecho Fiscal*, Ed. Oxford, 2008, México, pp. 195 y ss., hace un estudio importante sobre los aspectos generales del procedimiento fiscal y las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

⁹ ABRIL ABADÍN, E., *Los Tribunales Económico-Administrativos en el ordenamiento tributario español*, TFJFyA, Tomo III, México, 2001, pp. 174, habla sobre las ventajas y desventajas de los Tribunales Económico-Administrativos y las posibles soluciones para mejorar sus funciones, tales como medios económicos y contratación de personal especializado en la materia.

¹⁰ DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., y LUCERO ESPINOZA, M., *Elementos de Derecho Administrativo 2º Curso*, Ed. Limusa, México, 2018.

va dirigido, y si existe responsabilidad solidaria señalar la causa de la misma.¹¹ Los artículos 14 y 16 de la CPEUM exigen esas garantías en base a los criterios de audiencia y legalidad.¹²

Si un acto no se ajusta a derecho puede ser impugnado por los particulares ante los órganos competentes, tratándose de actos emitidos por la autoridad fiscal el órgano competente para conocer del recurso será el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

El acto emitido por la Administración en materia tributaria puede ser impugnado mediante recurso de revocación,¹³ que es optativo y se presenta ante la misma autoridad que dictó el acto; este recurso se trató en el inciso primero de este capítulo. Si el contribuyente no acude al recurso de revocación, puede impugnar directamente el acto mediante el juicio contencioso administrativo.

Como ya se mencionó a lo largo de este estudio, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa es un órgano autónomo, de justicia delegada para dictar sus fallos, creado especialmente para conocer de la materia tributaria (actualmente cuenta con mayores competencias).

¹¹ ACOSTA ROMERO, M.: *Teoría General de Derecho Administrativo*, Cuarta edic., Ed. Porrúa, S.A., México, 1981, pp. 360 y ss., señala que los elementos del acto son: “el sujeto, la manifestación externa de voluntad, objeto y forma”.

¹² *Vid.* Artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señalan: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito ante la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

¹³ MARTÍNEZ ROSASLANDA, S., *Los Recursos Administrativos*, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 2ª Época, Año VII, Núm. 71, México, 1985, pp. 496 y ss., señala que “los recursos administrativos no constituyen un medio plenamente eficaz como vía de defensa de los particulares”, asimismo, señala las posibles soluciones a los problemas que se suscitan en los recursos administrativos.

La doctrina se ha preguntado si el procedimiento ante el Tribunal es un contencioso de anulación, o de plena jurisdicción. Mediante jurisprudencia emitida por el Pleno del Tribunal (los días 28 de junio y 5 de julio de 1937) se aprobó la tesis jurisprudencial que señala lo siguiente:

“TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN.- La naturaleza jurídica del procedimiento que ante él se desarrolla es simplemente la de un contencioso de anulación y no de plena jurisdicción”.¹⁴

La Ley de Justicia Fiscal de 1936, creadora del Tribunal, en su exposición de motivos, ya indicaba que el procedimiento a seguir ante el mismo sería un contencioso de anulación.

Sin embargo, autores como Cortina Gutiérrez consideraban que, desde la aparición del Tribunal, el juicio fiscal es algunas veces de anulación, y otras de plena jurisdicción, y señalaban:

“En la plena jurisdicción el objeto del juicio no se limita a la declaración de nulidad de un acto o de un hecho de la Administración; sus efectos procesales van más allá de este efecto negativo, porque una de las consecuencias de la sentencia revocatoria es con frecuencia la de que el órgano demandado se sustituye por el juzgador, el que después de nulificar el acto o hecho impugnado, de las instrucciones a la autoridad demandada sobre los términos en que debe dictar una nueva resolución. El contencioso de la anulación, que salvo para algunas situaciones concretas se identifica con el recurso por exceso de poder, tiene

¹⁴ Vid. CORTINA GUTIERREZ, A., *Ensayos jurídicos en materia tributaria*, 1ª edic., Ed. Themis, México, 1993, p. 209.

como único objeto eliminar una decisión ejecutoria; en esa vía procesal la sentencia se limita a este efecto meramente negativo”.¹⁵

Este juicio en México se interpone ante la oficialía de partes del Tribunal; el interesado cuenta con un plazo de treinta días a partir de la notificación del acto,¹⁶ durante el cual podrá presentar la demanda. Esta podrá enviarse por correo certificado con acuse de recibo, siempre que el demandante tenga su domicilio fuera de la ciudad donde se ubica la sede de la Sala.¹⁷

La mayoría de las veces el juicio se interpone directamente por el contribuyente afectado. Sin embargo, si el acto perjudica a dos o más personas, por lo que puede nombrarse un representante común entre ellos al presentar la demanda, en caso contrario, es obligación del magistrado instructor designar al que considere más idóneo.

En el juicio contencioso intervendrán: demandante, demandados (autoridad que dictó el acto, o el particular cuando la resolución le beneficie y la autoridad pretenda la nulidad del acto), los superiores jerárquicos de la autoridad que dictó el acto, el tercero interesado a quien afectan las pretensiones del demandante.

¹⁵ CORTINA GUTIERREZ, A., *Ciencia Financiera y Derecho Tributario (Colección de Estudios Jurídicos)*, 1ª Edición Edic., Vol. I. Ed. Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1981, p. 212, señala: “El contencioso de la anulación es, por lo tanto, un procedimiento abstracto del control de la legalidad de los actos administrativos”.

¹⁶ LÓPEZ CASTILLO, M. E. A., *Algunos aspectos de las notificaciones en el procedimiento contencioso*, en: *El juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación (Primera Reunión Nacional de Magistrados del TFF de 27 de agosto de 1992)*, Ed. RTFF, México, 1992, pp. 169 y ss.

¹⁷ CALVO ORTEGA, R., *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario Parte General*, Ed. Thomson, España, 2008, p. 184, Señala: el domicilio “es un elemento esencial para la configuración de las situaciones y relaciones tributarias, para la determinación del régimen jurídico aplicable a ellas, para fijar las competencias de los órganos de administración tributaria y, en definitiva, para la seguridad jurídica de los diferentes sujetos”.

La demanda debe contener unos datos esenciales: el domicilio y los demás datos personales del demandante, los hechos, el acto que se impugna y las pruebas, los conceptos de impugnación y las cantidades, las autoridades demandadas, y si se trata de peritos o pruebas testimoniales deben señalarse los domicilios de esas personas.¹⁸

El demandante, además de anexar en la demanda todos los documentos en que basa sus pretensiones, también deberá presentar el poder que acredita su personalidad si se trata de una representación. Debe adjuntar las copias simples de traslado para las partes señaladas en la demanda, el original de notificación del acto impugnado el cuestionario del perito y el interrogatorio de la testimonial, en caso de que se ofrezcan.

Los mismos requisitos exigidos por el citado artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) son necesarios, también, para una posible ampliación de la demanda, que se presentará en el plazo de los diez días siguientes a partir del momento en que surta efectos la notificación de la contestación a la demanda.

La ampliación procede si se impugna una negativa ficta, cuando se den a conocer en la contestación el acto principal (del que deriva el acto impugnado) y su notificación, si el acto administrativo no se notificó, y también cuando se comuniquen al demandante nuevas cuestiones que no conocía al presentar la demanda, y por sobreseimiento cuando la autoridad alegue extemporaneidad.

Una vez que el Tribunal tiene en su poder la demanda integrada con todos sus elementos, dará traslado a la autoridad demandada para que en el plazo de treinta días de contestación a la misma. Si el demandante interpone ampliación de la demanda, la

¹⁸ Vid. Artículos 13, 14 y 15 de la LFPCA. Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, E., ALVARADO ESQUIVEL, M.J., et. al., *Manual de Derecho Tributario*, Ed. Porrúa, México, 2008, p. 233, sobre el domicilio fiscal señala TORRES ESPINOSA: “Ninguna persona debe carecer de domicilio, ya que éste, además de ser el centro de ubicación de la persona, es el lugar donde van a surgir las relaciones de su vida frente a otras personas y con la Administración”.

autoridad contará con un plazo de veinte días para contestar acreditar su competencia, confirmar o negar los hechos, y ofrecer las pruebas pertinentes.¹⁹

La autoridad, al contestar la demanda, no puede alterar los fundamentos de derecho del acto que emitió, ya que estaría modificando el contenido del documento y se infringirían los principios constitucionales de audiencia y legalidad consagradas en los artículos 14 y 16 Constitucionales.

Si a criterio del Tribunal alguna autoridad no señalada en la demanda debe ser parte en el juicio, de oficio se le dará traslado de la demanda para que se persone y conteste.

Debemos señalar que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso-Administrativo señala que el contribuyente puede elegir entre el sistema de justicia en línea o la vía tradicional en expediente físico, sin que pueda ser posible un cambio en ambos casos, esto con el fin de dar celeridad a los juicios y evitar a su vez, el cúmulo de expedientes en el tribunal, nos parece una buena solución al problema, ya que desde su oficina, las partes atienden sus asuntos en línea.²⁰

En todo caso, es necesario tramitar la e- firma (antes: firma electrónica avanzada) y una clave de acceso ante el tribunal para poder acudir a la justicia en línea, señala el artículo 1-A fracción XV: “Sistema de Justicia en Línea: Sistema informático establecido por el Tribunal a efecto de registrar, controlar, procesar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificar el procedimiento contencioso administrativo que se sustancie ante el Tribunal”.

En la demanda, el actor deberá proporcionar una dirección de correo electrónico con el fin de recibir las notificaciones en relación a su juicio, lo mismo sucederá con

¹⁹ Vid. Artículos 19, 20, 21, 22 y 23 de la LFPCA.

²⁰ Vid. Artículos 58-A al 58-S, 65 a 68 de la LFPCA.

las autoridades demandadas, deberán someterse al sistema de justicia en línea incorporado en el artículo 58-B de la LFPCA.

2. Influencia de los incidentes de previo y especial pronunciamiento en el Juicio Contencioso-Administrativo Tributario, causantes de la suspensión parcial del juicio

Señala Briseño Sierra que *“el incidente es una anomalía, en cuanto desviación del tronco principal de la serie que, sea que sustancie sumariamente, durante la tramitación de éste o por cuerda separada, tiene una peculiaridad que le distingue de las cuestiones previas y, por supuesto, de las prejudiciales,... por incidente, debe entenderse una tramitación eventual y para la resolución de una cuestión procesal”*.²¹

Para Tron Petit los incidentes *“esencialmente son un miniproceso que, en forma de juicio, se da dentro de un proceso principal en el que se satisfacen las formalidades esenciales del procedimiento, cuya finalidad es resolver algún obstáculo de carácter procesal y excepcionalmente de fondo sustantivo que impide o dificulta la tramitación y ejecución del juicio principal”*.²²

Existen en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (arts. 29 a 39) cinco tipos de incidentes de previo y especial pronunciamiento que se interponen ante la Sala que esté conociendo del juicio contencioso. La influencia que tienen sobre la litis es que durante su tramitación paralizan o suspenden el curso del proceso, hasta que se resuelvan.

Según sea el caso, los incidentes regulados en la ley son: 1) la incompetencia por materia, 2) el de acumulación de juicios, 3) el de nulidad de notificaciones, 4)

²¹ BRISEÑO SIERRA, H., *Derecho Procesal Fiscal, (Regímenes Federal y Distrital Mexicanos)*, Ed. Porrúa, México, 1990, pp. 601 y 603.

²² TRON PETIT, J. C., *Manual de los incidentes en el Juicio de Amparo*, 2ª Edic., Ed. Themis, México, 1998, p. 12.

recusación por causa o impedimento, 5) reposición de autos, 6) La interrupción por causa de muerte, disolución, declaratoria de ausencia o incapacidad.

La interposición de un incidente trae aparejada la suspensión del procedimiento hasta en tanto el Tribunal resuelva la procedencia o no del mismo.

3. Las pruebas, el cierre de instrucción y la sentencia en el Juicio Contencioso-Administrativo Tributario

Al igual que en cualquier proceso, son admisibles toda clase de pruebas que presenten las partes, excepto la confesional de cualquier autoridad (mediante el desarrollo de preguntas) y la petición de informes, salvo que, en esta última, los informes que se soliciten se refieran a documentos que la autoridad tiene en su poder.²³

Si las pruebas son oportunas y guardan relación con la litis, a criterio de la Sala, serán admitidas mediante auto, que se notificará a la parte contraria para que manifieste lo que a su derecho convenga.

En materia fiscal abundan las pruebas documentales por excelencia, no obstante, antes del cierre de instrucción el Magistrado Instructor podrá solicitar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los hechos si lo considera oportuno.

Son admisibles también las pruebas periciales y testimoniales de particulares, su desarrollo será el mismo que en un procedimiento común, es decir, las partes nombran a sus peritos y deben protestar su cargo ante el Tribunal; en el caso de las testimoniales, es preciso presentar a los testigos cuando la autoridad jurisdiccional lo solicite, esto con el fin de lograr el desahogo de preguntas a las que se someterán en relación con la litis.

²³ *Vid.* Artículos 40 al 46 de la LFPCA.

Como en todo juicio, cumplidos los plazos y completado el expediente, el instructor notifica a las partes la posibilidad de formular alegatos por escrito. Finalmente se cierra la instrucción y se dicta la sentencia,²⁴ dentro de cuarenta y cinco días siguientes. Al dictar la sentencia el Tribunal, además de respetar la legalidad, invocará los hechos notorios que se hayan producido durante el juicio. Cuando exista una causa de ilegalidad suficiente para decidir sobre el fondo del asunto se declarará la nulidad lisa y llana.

La sentencia, al poner fin al litigio puede indicar diversos efectos que recaerán sobre el acto impugnado: 1) reconocer su validez, 2) declarar su nulidad, 3) declarar la nulidad para ciertos efectos indicando de forma precisa la forma y los términos en que la sentencia debe ser cumplida por la autoridad, 4) reconocer la existencia de derechos subjetivos y obligar al cumplimiento de una determinada conducta (para obligaciones de hacer, no hacer o soportar), y declarar la nulidad de la resolución impugnada.²⁵

Si el acto de autoridad es reconocido como válido por la sentencia emitida por el Tribunal, la Constitución Mexicana, en el artículo 104, concede el derecho al contribuyente para acudir ante los Tribunales Federales (Tribunales Colegiados de Circuito) para interponer el correspondiente juicio de amparo directo, si no está de acuerdo con el fallo.²⁶

En caso de que la sentencia imponga a la autoridad la obligación de realizar un acto o iniciar un procedimiento, contará con el plazo de cuatro meses para dar cumplimiento.

²⁴ Comenta la instrucción en el juicio: ARMIENTA HERNÁNDEZ, G., *La instrucción en el Juicio Contencioso Fiscal a la luz de las reformas vigentes a partir de 2001*, TFJFYA, Tomo II, México, 2001, pp. 69 y ss.

²⁵ *Vid.* Artículos 49 a 56 de la LFPCA.

²⁶ *Vid.* Ley de Amparo Mexicana artículo 163. Estudios más amplios sobre el tema del Amparo: *Vid.* BURGOA ORIHUELA, I., *El Juicio de Amparo*, 43ª Edic., Ed. Porrúa, México 2018, pp. 683 y ss.

Si la autoridad no se encuentra conforme con la obligación que en la sentencia se le impone, podrá recurrirla mediante recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente quedando suspendido el cumplimiento de la obligación hasta la resolución definitiva.

La sentencia que dicte el Tribunal para determinados efectos indicará en que términos debe reponerse el procedimiento, o como debe emitir la nueva resolución la autoridad responsable.

Si la sentencia dictada a favor del particular es incumplida por la autoridad, este podrá acudir dentro de los siguientes quince días a interponer queja ante la Sala que dictó el fallo (art. 58, fracc. II LFPCA), para exigir el cumplimiento de su derecho; durante la substanciación del recurso se suspenderá el procedimiento administrativo de ejecución.

Por otra parte, si las sentencias que dicta el Tribunal Federal de Justicia Administrativa son ambiguas o contradictorias, el afectado podrá interponer escrito aclaratorio de las mismas dentro de los diez días siguientes a la notificación del fallo. La aclaración será resuelta en un plazo de cinco días y será notificada a las partes del juicio.²⁷

Durante el desarrollo de este inciso, es notorio que en México el procedimiento contencioso es eficiente y especializado, las sentencias que dicta el tribunal deben ser acatadas por las partes; al analizar en la práctica el contenido de dichos fallos, es notorio que los Magistrados son especialistas de la materia.

²⁷ Vid. Art. 54 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

4. La suspensión y las garantías solicitadas en el Juicio Contencioso-Administrativo Tributario

La suspensión (también llamada medida cautelar por la LFPCA) del acto que solicita el contribuyente, en la demanda o con posterioridad, pretende que durante la substanciación del juicio sus bienes no sean ejecutados provisionalmente por la autoridad para obtener el cobro de la deuda que tiene a su favor.

Burgoa Orihuela, señala que *“la suspensión in genere, como fenómeno o acontecimiento, es de realización momentánea; en cambio, bajo el aspecto o carácter de situación, implica un estado o posición de desarrollo prolongado, pero limitado, desde el punto de vista temporal”*.²⁸

La suspensión durante el juicio es muy importante para el contribuyente. La paralización de la ejecución dependerá de las garantías²⁹ que preste para garantizar el interés fiscal; si no se concede, la autoridad ejecutora, de forma inmediata, puede iniciar el procedimiento para hacer efectivo su crédito.

Una vez presentada la demanda de nulidad (Juicio Contencioso) el particular puede solicitar la suspensión del acto en dos momentos: en el escrito inicial (opción mayormente usada), o en cualquier momento posterior del juicio, hasta antes de que se dicte sentencia. Desde que se solicita la suspensión, y hasta que se resuelve sobre su concesión, procede siempre la suspensión provisional.³⁰

²⁸ BURGOA ORIHUELA, I., *El Juicio de Amparo*, ob. cit., p. 709.

²⁹ MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, pp. 501 y ss., señala: “podría entenderse como garantías todas las medidas normativas con que se protege y rodea de cautelas la prestación tributaria, asegurando su efectividad”, y en normativa española *Vid. Revisión de actos Tributarios*, Ed. IEF, Madrid, 2006, pp. 433 y ss.

³⁰ *Vid.* Artículo 28 de la LFPCA.

En el caso de México, es muy importante que la Sala que va a resolver la petición de suspensión dicte, lo antes posible, la correspondiente sentencia interlocutoria, con el fin de dar a conocer en qué situación se encuentra el interesado.

Al igual que en el derecho español, en el ámbito mexicano hay también un equilibrio de intereses de forma general, pero, de forma excepcional y a criterio del Tribunal, puede prevalecer el interés general sobre los intereses de los particulares; en este supuesto, la Sala correspondiente negará la suspensión del acto, el cual surtirá todos sus efectos jurídicos.

Hasta antes de dictar sentencia, y de acuerdo a las circunstancias que se presenten durante el juicio, la Sala podrá revocar o modificar el auto que concedió la suspensión, siempre que las circunstancias lo justifiquen, por ejemplo, cuando la garantía otorgada por el contribuyente se convierte en insuficiente, por desistimiento de la autoridad, por acuerdo entre las partes, por pago de la deuda, etc.

De acuerdo con el artículo 141 del Código Fiscal que estamos citando, las garantías que indistintamente el interesado puede presentar para garantizar el interés público pueden ser:³¹ a) depósito en efectivo, b) prenda o hipoteca, c) fianza otorgada por institución autorizada, d) obligación solidaria garantizada por tercero con suficiencia económica, e) embargo en vía administrativa, f) títulos valor o cartera de créditos del contribuyente (los cuales serán aceptados únicamente si no puede garantizar el crédito mediante las garantías antes señaladas).

Cualquiera de las garantías arriba indicadas, además de asegurar la cantidad principal, también debe garantizar los accesorios de la deuda y los que se generen en los próximos doce meses a su otorgamiento. Concluido este periodo de tiempo, y hasta

³¹ Sobre las garantías: Vid. ESQUIVEL VÁZQUEZ, G. A., *La suspensión de la ejecución de actos impugnados ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, TFJFyA, Tomo II, México, 2001, pp. 207 y ss. y 245.

en tanto el proceso no haya llegado a su fin, el contribuyente debe actualizar el importe total por otro año más.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público será la encargada de vigilar la suficiencia y actualización de las garantías; si estas no se cumplen, se ordenará el secuestro o embargo de los bienes, aún cuando la litis no se haya resuelto. Las garantías, que estarán vigentes durante todo el juicio contencioso, el Tribunal debe cuidar la suficiencia de las garantías, de lo contrario la suspensión podría dejar de tener vigencia.

La fianza es la garantía que con mayor frecuencia se presenta por los contribuyentes para garantizar su crédito ya que, además de la facilidad para obtenerla, su coste es relativamente accesible para los ciudadanos, y es cobrada inmediatamente por la autoridad beneficiaria si acredita su derecho.

Las garantías únicamente podrán ser canceladas siempre que se presenten los siguientes supuestos: a) por el pago de la deuda, b) por sustitución de la garantía, c) cuando se haya dictado sentencia definitiva que deje sin efectos el acto reclamado, d) se cumpla la fecha de la vigencia de la garantía y e) mediante otros supuestos que la ley establezca.

Cuando los bienes en garantía se encuentren inscritos en el Registro Público de la Propiedad, el contribuyente solicitará a la autoridad responsable que gire un oficio a dicho organismo, ordenando la cancelación del gravamen impuesto (sobre los bienes propios o del tercero responsable).

Si la garantía fue asumida por un tercero mediante obligación solidaria, éste, con la copia del fallo definitivo, acudirá a la notaría para cancelar la obligación contraída, y los gastos correrán a cargo del contribuyente.

Tratándose del embargo administrativo, además de la deuda principal y las cantidades accesorias, el deudor también deberá soportar los gastos de ejecución y adjudicación de bienes que se generen si el fallo es favorable para la Administración.

IV. JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO (REFORMA A LA LFPCA DE 27 DE ENERO DE 2017)

El juicio de resolución exclusiva de fondo se tramitará a petición del actor y versará únicamente sobre la impugnación de resoluciones definitivas que deriven del ejercicio de las facultades de comprobación a que se refiere el artículo 42, fracciones II, III o IX del Código Fiscal de la Federación y la cuantía del asunto sea mayor a doscientas veces la Unidad de Medida y Actualización (UMA) (art. 58-17 LFPCA), elevada al año, vigente al momento de emisión de la resolución combatida. El demandante no podrá variar la elección de la vía. Los supuestos son los siguientes:

- 1. Hubiese requerido al contribuyente (responsables solidarios o terceros relacionados con él) para que exhibiera en su domicilio, establecimientos, en las oficinas de las propias autoridades o dentro del buzón tributario, dependiendo de la forma en que se efectuó el requerimiento, la contabilidad, así como que proporcione los datos, otros documentos o informes que se le requiera a efecto de llevar a cabo su revisión. Lo que en la práctica comúnmente se conoce como revisión de escritorio o gabinete;*
- 2. Hubiese efectuado una visita al contribuyente (los responsables solidarios o terceros relacionados con él) y haya revisado su contabilidad, bienes y mercancías; o,*
- 3. Haya practicado una revisión electrónica al contribuyente (responsables solidarios o terceros con ellos relacionados) basándose en el análisis de la información y documentación que*

obre en poder de la autoridad, sobre uno o más rubros o conceptos específicos de una o varias contribuciones.

El juicio de resolución exclusiva de fondo entró en vigor el 1 de julio de 2017, asimismo, este juicio no podrá tramitarse en vía tradicional, en línea o sumaria. Y los principios básicos de este medio de defensa son la oralidad y la celeridad.

Son válidos los conceptos de impugnación que tengan por objeto resolver el fondo de la controversia que se plantea y siempre que el demandante acredite que no se produjo omisión en el pago de contribuciones.

Se entenderá por concepto de impugnación cuyo objeto sea resolver exclusivamente sobre el fondo de la controversia, entre otros, aquéllos que, referidos al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa de las obligaciones revisadas, pretendan controvertir alguno de los siguientes supuestos (artículo 58.17 de la LFPCA):

I. La manifestación expresa de que se opta por el juicio de resolución exclusiva de fondo.

II. La expresión breve y concreta de la controversia de fondo que se plantea, así como el señalamiento expreso de cuál es la propuesta de litis.

III. El señalamiento respecto del origen de la controversia, especificando si ésta deriva de:

a) La forma en que se apreciaron los hechos u omisiones revisados;

b) La interpretación o aplicación de las normas involucradas;

c) Los efectos que se atribuyeron al incumplimiento total, parcial o extemporáneo, de los requisitos formales o de procedimiento que impactan o trasciendan al fondo de la controversia, o

- d) *Si cualesquiera de los supuestos anteriores son coincidentes.*
- IV). *Los conceptos de impugnación que se hagan valer en cuanto al fondo del asunto.*

Posteriormente el Magistrado Instructor al admitir la demanda, ordena suspender la ejecución del acto, esto, sin necesidad de presentar garantía de las señaladas en el artículo 141 del Código Fiscal de la Federación. Dicha suspensión estará vigente hasta que se dicte fallo del juicio y quede firme.

En la demanda se debe señalar el origen de la controversia, especificando si ésta deriva de:

- a) La forma en que se apreciaron los hechos u omisiones revisados;
- b) La interpretación o aplicación de las normas involucradas;
- c) Los efectos que se atribuyeron al incumplimiento total, parcial o extemporáneo, de los requisitos formales o de procedimiento que impactan o trasciendan al fondo de la controversia, o
- d) Si concurren los supuestos anteriores.

Fijada la Litis una vez recibida la contestación y la contestación a la ampliación a la demanda, el Magistrado Instructor citará a audiencia para exponer oralmente la controversia de las partes, las cuales, manifestarán lo que a su derecho convenga, limitándose a lo manifestado en la demanda.

Las partes tienen derecho a ser representados legalmente, y en caso de no asistir a la audiencia cualquiera de ellas, la audiencia se desarrollará con la que se encuentre, precluyendo además su derecho para formular cualquier alegato posterior en el juicio, ya sea en forma verbal o escrita.

Si durante la tramitación del juicio alguna de las partes solicita una audiencia privada con el Magistrado Instructor o de la Sala Especializada, ésta deberá celebrarse invariablemente con la presencia de su contraparte, si alguna no acude a la audiencia privada, ésta se llevará a cabo con la parte que esté presente.

Los juicios que se encuentren en trámite ante el TFJA, se tramitarán hasta su total resolución, asimismo, la parte actora, tendrá la opción de solicitar ante el Magistrado Instructor que el juicio que promovió se remita a las Salas Regionales Especializadas en materia de resolución exclusiva de fondo, siempre y cuando, en el juicio iniciado antes de la reforma, no se haya cerrado la instrucción y dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del inicio de las funciones de dichas Salas, exclusivamente se estudiarán los argumentos de fondo que se hayan planteado en la demanda en la ampliación de la misma.

El plazo para promover la demanda será de 30 días hábiles y deberá admitirse o requerirse, en un plazo de tres días hábiles; y el plazo para contestarla será de 30 días. El plazo para fijar la litis será de 20 días hábiles y para formular alegatos cinco días hábiles. La sentencia se dictará en el plazo de 45 días siguientes al cierre de instrucción.

La audiencia oral se dará solamente en la audiencia de fijación de la litis y, en la audiencia de presentación de peritos y de alegatos, tratándose de un juicio atraído por la Sala Superior.

Se establecen causas de nulidad específicas en la sentencia:

- 1) Si los hechos u omisiones que dieron origen a la controversia no se produjeron o fueron apreciados por la autoridad en forma indebida;
- 2) Si las normas involucradas fueron incorrectamente interpretadas o mal aplicadas en el acto impugnado, o

- 3) Si los efectos atribuidos por la autoridad emisora al incumplimiento total, parcial o extemporáneo, de requisitos formales o de procedimiento a cargo del contribuyente resultan excesivos o desproporcionados por no haberse producido las hipótesis de causación de las contribuciones determinada.

El juicio de resolución exclusiva de fondo, no será procedente cuando se haya interpuesto recurso administrativo en contra de las resoluciones numeradas en el párrafo anterior y dicho recurso haya sido desechado, sobreseído o se tenga por no presentado. (Art. 58-17 LFPCA). Asimismo, no procederá el juicio cuando se señale que la resolución administrativa que se impugna no fue notificada o, lo fue ilegalmente art. 58-19 LFPCA. Por otra parte, en el artículo 58-17 aclara que en ningún caso el juicio de resolución exclusiva de fondo podrá tramitarse a través del juicio en la vía tradicional, sumaria o en línea. Por lo tanto, el juicio de fondo no podrá tramitarse en línea, sino que obligatoriamente tendrá que ser presentada la demanda.

V. ANÁLISIS DOCTRINAL AL JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO Y LA NECESIDAD DE AMPLIAR LAS CAUSALES DE PROCEDENCIA

Después de realizar un estudio procesal de las diversas vías que contempla la LFPCA en relación al juicio de nulidad (tradicional, sumario y exclusivo de fondo), es necesario hacer algunas reflexiones al respecto.

El juicio de resolución exclusiva de fondo si bien es cierto ha sido novedoso en la materia contenciosa federal y con dos años desde su entrada en vigor, lo cierto es que, se hace necesario reducir los plazos para realmente atender al principio de celeridad que se pretende en ésta vía, ya que son prácticamente los mismos que en la vía tradicional.

Una situación más que se presenta en éste juicio, es el relativo a la creación de solo una Sala Especializada en la materia, lo cual, hace complicado a los contribuyentes de los demás estados, su traslado y cubrir los gastos que esto genera, pero, sobre todo, atender a la ya mencionada celeridad, por lo que sería conveniente que en las principales ciudades del territorio mexicano hubiese una sala que atendiera al público.

Sabemos que éste juicio tiene dos años de vigencia, y es una vía de solución pronta para el contribuyente y la administración, pero debe abrirse a cualquier supuesto de fondo y que pretenda dar solución al problema, aun cuando las Salas recibieran un gran cúmulo de asuntos en el futuro, habría la necesidad de que el Tribunal pudiera dar apertura a mas Salas de la misma naturaleza para cubrir las necesidades de la sociedad.

Asimismo, a pesar de ser un juicio en donde las partes están presentes y se intenta dar solución a la controversia, el principio de acceso a la justicia para cualquier ciudadano se ve limitado, ya que si su controversia a pesar de ser de fondo, no está contemplado en los supuestos del artículo 42 fracciones II, II y IX, no tiene posibilidad de acudir a ésta vía; y aun cuando se encuentre en los supuestos señalados, sino supera la cantidad regulada en el artículo 58-17 primer párrafo de la LFPCA ($84.49 \times 200 \times 365 = \$6, 167,770.00$ pesos en 2019) no podrá solicitar éste juicio; en nuestra opinión, el principio de igualdad se vulnera para las personas, ya que de alguna manera discrimina y limita su acceso.

Finalmente, consideramos que, en una futura reforma, se deberían agregar más supuestos de procedencia (cualquiera que fuera de fondo) para acceder a este juicio atendiendo al artículo 3º de la LOTFJA, por ejemplo, en el caso de reclamo de devoluciones debidamente acreditadas y negadas por la administración al particular; atender la aclaración y reducción de multas por incumplimiento a las disposiciones fiscales, la impugnación de normas generales, prescripción, compensaciones entre otros y, desde nuestro punto de vista reducir el monto ya que es muy elevado, todo

con el fin de que cualquier persona tenga acceso a éste juicio en cumplimiento de la igualdad jurídica que debe prevalecer en México.

VI. CONCLUSIONES

1. Actualmente tenemos cuatro tipos de juicios en materia fiscal: 1. Juicios en la Vía Tradicional 2. Juicios Sumarios 3. Juicios en Línea y 4. Juicios de resolución exclusiva de fondo (éste no se tramita en línea).

2. Una ventaja en el juicio de resolución exclusiva de fondo, es que el contribuyente no debe garantizar el monto del crédito, lo cual se traduce en un ahorro importante para el contribuyente.

3. El juicio de resolución exclusiva de fondo no atiende de momento al principio de igualdad entre las personas, ya que lo limita a tres supuestos y a un monto que consideramos muy elevado para el común de los contribuyentes.

4. Al contar con una sala especializada en juicios de resolución exclusiva de fondo competente para toda la República Mexicana, es difícil decir si realmente este juicio está beneficiando a todos los contribuyentes, ya que, al ser un juicio oral, debe ser presencial, y lo mejor en todo caso debido a la lejanía de varios Estados con la Ciudad de México, es seguir el juicio en la vía tradicional, lo que conduce a esperar más tiempo para saber el destino de un asunto.

5. Finalmente se hace necesario agregar más supuestos de procedencia de este juicio, cualquiera que pretenda dar solución de fondo al problema, por ejemplo, en el caso de reclamo de devoluciones debidamente acreditadas y negadas por la administración al particular; atender la aclaración y reducción de multas por incumplimiento a las disposiciones fiscales, prescripción, pago, compensaciones y, desde nuestro punto de vista, reducir el monto de procedencia del juicio.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, M.: *Teoría General de Derecho Administrativo*, Cuarta edic., Porrúa, S.A., México, 1981.
- ARMIENTA CALDERÓN, G., *El Proceso Tributario en el Derecho Mexicano*, Porrúa, México, 1977.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, “*El Juicio de Amparo*”, Porrúa, 43ª edic., México, 2018.
- CORTINA GONZÁLEZ, QUIJANO, A., *Ceremonia de Clausura LXI Aniversario del Tribunal Fiscal de la Federación, Congreso de Justicia Administrativa 1997*, TFF, Tomo II, 1ª Edición.
- CORTINA GUTIERREZ, A., *Ciencia Financiera y Derecho Tributario*, (Colección de Estudios Jurídicos), 1ª Edición Edic., Vol. I. Ed. Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1981.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., y LUCERO ESPINOZA, M., *Elementos de Derecho Administrativo 2º Curso*, Ed. Limusa, México, 1996.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, LUIS HUMBERTO / DELGADILLO LOZANO, “*Principios de Derecho Tributario*” Sihemi, Limusa, 2018.
- FLORIS MARGADANT, G., *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971.
- GARCÍA ROJAS, G., *Importancia y Consistencia del Juicio Contencioso Administrativo en México*, RTFF, Año VI, 2ª Época, 60, México, 1984.
- GARCÍA, E., *La analogía en los ordenamientos tributarios Latinos e Iberoamericanos más, representativos*, RTFF núm. 17, México, 1983.
- GONZÁLEZ HERMOSILLO FARÍAS, O., *El Tribunal Fiscal de la Federación Antecedentes en la Colonia, (45 Años al Servicio de México)*, RTFF, Tomo III, México 1982.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Nueva ordenación del Procedimiento Económico-Administrativo*. En: Administración y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Mesa Moles, Ed. Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1981.

- HEDUÁN-VIRUÉS, D., *Cuarta Década del Tribunal Fiscal de la Federación*, Ed. AMDF, México, 1974.
- LOMELÍ CERESO, M., *50 Aniversario del Tribunal Fiscal de la Federación (Exposición de Motivos de la Ley de Justicia Fiscal y Evolución del Tribunal Fiscal de la Federación)*, RTFF., México, 1986.
- MALPICA DE LA MADRID. L., *Reflexiones sobre la carrera jurisdiccional en el Tribunal Fiscal de la Federación, en: VII Reunión Nacional de Magistrados*, RTFF, México, 1998.
- MARTÍNEZ ROSASLANDA, S., *El Consejo de Estado Francés. Su estructura y competencia actual*, RTFF, 3ª Época, Año VI, 70, 1993.
- MARTÍNEZ ROSASLANDA, S., *El fundamento constitucional de la jurisdicción administrativa, en la colección: Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a los LXV años de la Ley de Justicia Fiscal*, RTFJyA, Tomo III, 2001.
- MARTÍNEZ ROSASLANDA, S., *El Ingreso y el Ascenso en los Tribunales Administrativos y en el Consejo de Estado de Francia*, RTFF, 3ª Época, Año I, No. 3, México, 1988.
- NAVA NEGRETE, A., *Derecho Procesal Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 1959.
- ORTEGA CARREÓN CARLOS ALBERTO, "*Derecho Fiscal*", Ed. Porrúa, México, 2015.
- ORTEGA MALDONADO, JUAN MANUEL, "*Derecho Fiscal*", Ed. Porrúa, México, 2018.
- RODRÍGUEZ LOBATO, RAÚL, *Derecho Fiscal*, Ed. Oxford, México, 2008.
- SUÁREZ, E., Vid. el discurso pronunciado el 31 de diciembre de 1936 con la instalación del Tribunal Fiscal.
- TORO, A., Los Tribunales de la Época Colonial, *Revista General de Derecho de Jurisprudencia*, Año II, Núm. 4, 1932; Año III, Núm. 1, 1932; Año III, Núm. 4, 1933; Año IV Núm. 2, México 1931.
- VENEGAS ALVAREZ SONIA, "*Derecho Fiscal*", Ed. Oxford, México, 2017.

Hemerografía

- ARREOLA ORTÍZ, L. R., *El Tribunal Fiscal de la Federación: ¿Poder Ejecutivo o Judicial?*, RDF núm. 25, Informe especial, México, 2000.
- CARRILLO FLORES, A., *Orígenes y desarrollo del Tribunal Fiscal de la Federación*, en: *Memoria de las Conferencias sustentadas con motivo del XXX Aniversario de la Promulgación de la Ley de Justicia Fiscal*, RTFF, 3er., Número Extraordinario, 1966.
- DÍAZ OLIVARES, A., *Evolución de la Justicia Administrativa en México*, Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 2ª Época, Año VIII, Núm. 90, México, 1987.
- FIX ZAMUDIO, H., *Organización de los Tribunales Administrativos*, en: *Conferencias sustentadas para Conmemorar el XXXV Aniversario de la Promulgación de la Ley de Justicia Fiscal que creo el Tribunal Fiscal de la Federación*, RTFF, Cuarto Número Extraordinario, 1971.
- Ley de Justicia Fiscal*, Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Año IV, 3ª Época, México 1991.
- MARTÍNEZ ROSASLANDA, S., *Los Recursos Administrativos*, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 2ª Época, Año VII, Núm. 71, México, 1985.

Páginas de internet

<http://t21.com.mx/opinion/arquitectura-aduanera/2017/01/27/tiro-gracia-constitucion-juicio-resolucion-exclusivo-fondo>

http://www.tfjfa.gob.mx/tribunal/resolucion_exclusiva_fondo/

<https://www.ccpm.org.mx/avisos/2018-2020/el-juicio-de-resolucion.pdf>

LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS MENORES DE EDAD EN TABASCO

CLAUDIA ABIGHAHIL HERNÁNDEZ NOLAZCO*

“No puede haber una revelación más intensa del alma de una sociedad que la forma en que trata a sus niños”.

Nelson Mandela.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los menores infractores y la reinserción social.* III. *Fallas en el Centro de Tratamiento para Adolescentes del Estado de Tabasco.* IV. *Perfil psicológico del menor infractor.* V. *Una nueva reinserción Social.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de los menores infractores y su conflicto con la ley penal es un tema que lleva debatiéndose por mucho tiempo, ya que la ley no muestra piedad a la hora de sancionarlos, pero tampoco los deja ser tratados como adultos y purgar una pena, por lo cual muchas veces surgen conflictos a la hora de sancionar a menores de edad, el artículo 18 constitucional establece la creación de un sistema de justicia penal encargado de ver por los delitos que se cometan por menores de edad, sin embargo en las últimas líneas del citado precepto legal, menciona que las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un delito sólo podrán ser sujetos de asistencia social, lo que lleva a la cuestión principal de este proyecto de investigación, ¿en qué consiste dicha asistencia social?

* Estudiante de la licenciatura en derecho, por la Universidad de Sotavento A. C. (US), incorporada a la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Prácticas profesionales realizadas en el Juzgado Tercero Familiar de Primera Instancia, del Estado de Tabasco. Prácticas profesionales realizadas en la Coordinación General de Asuntos Jurídicos del Estado de Tabasco en el área de Derechos Humanos. Correo electrónico: abby_nolazco@outlook.com.

La respuesta a la interrogante anterior es la reinserción social, la cual se desarrolla por medio de diferentes mecanismos que buscan a través de refuerzos educativos, psicológicos y sociales, enfocados a una capacitación laboral, lograr que una persona que ha cometido un delito, pueda reintegrarse a la sociedad y ser productiva para esta, buscando la menor tasa de reincidencia, es decir, que las personas que han purgado su pena al salir no vuelvan a cometer delito alguno, cuando un menor de edad comete un delito, surgen diversas interrogantes, la más importante es ¿debemos juzgar a los menores de edad como adultos?, la respuesta es no, por su condición de vulnerabilidad, por lo cual debemos tener en cuenta diversos factores que impiden que puedan llevar un tratamiento correctivo similar al de los adultos, por lo cual se deben implementar medidas de tratamiento especiales, que se enfoquen en disminuir los factores de riesgo, y crear los factores protectores necesarios para asegurar un verdadero cambio en el comportamiento, de los menores infractores.

Por lo cual, se debe definir cuáles son los factores de riesgo por los cuales un menor infractor se puede ver afectado durante su tratamiento, por lo cual “se entiende aquellas variables cuya presencia incrementa la probabilidad de la aparición de la conducta antisocial,¹ de la misma forma debe definirse lo que es un factor protector, ya que “cuando son detectados los factores de riesgo deben implementarse los factores protectores, los cuales disminuyen la vulnerabilidad del individuo o incrementan su resistencia a tener comportamientos desviados”.²

Para poder establecer una verdadera reinserción social se deben considerar alternativas que no tengan como fin el encierro o que tengan como prioridad sancionadora el mantener a los niños y adolescentes en un lugar determinado por un periodo de tiempo prolongado, sino que se establezcan centros educativos, que pasaría si dejamos de ver a la privación de la libertad como parte de una reformatión para los

¹ VILARIÑO, Manuel , AMADO, Bárbara y ALVESB, Carla, “*Anuario de psicología jurídica 2013*”, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España, 2013, p. 40, <https://multimedia.elsevier.es/PublicationsMultimediaV1/item/pdf/S1133074013700072?idAp=UINPBA00005C&text.app=http://apj.elsevier.es>

² *Ibidem*, p. 40.

menores, si se estableciera una reinserción educativa, crear centros especializados de educación que traiga al Estado profesionistas que al salir estén preparados para trabajar y no menores con problemas mentales causados por el encierro, o con problemas de salud por las malas condiciones de los Centros de Tratamiento.

El sistema de justicia para adolescentes “no tiene el fin de disminuir la delincuencia juvenil si no el de configurar un dispositivo que respete los derechos de los adolescentes de cometer delitos”,³ aunque en este punto sería pertinente una contraposición ya que se ha reducido tanto la severidad de las sentencias y velan tanto por los derechos de los adolescentes que podría decirse que en cierto punto llega a beneficiar excesivamente a aquellos jóvenes que probablemente necesiten una estancia mayor en instituciones de reinserción para que realmente obtengan un cambio en sus conductas antisociales, pero no de manera que sea un castigo, sino que busque de manera positiva a través de refuerzos educativos que fomenten la lectura, la creación de talleres, la música, y sobre todo una educación intensiva en los diferentes niveles, que evite al máximo el que los menores se encuentren reclusos, debiendo tener como apoyo principal a la familia.

II. LOS MENORES INFRACTORES Y LA REINSERCIÓN SOCIAL

La delincuencia por parte de los menores de edad es un fenómeno muy representativo de la época actual, por ello se considera como uno de los problemas que crece cada día más, no solo en nuestro país, sino que también, se puede encontrar en el ámbito mundial, pues se extiende desde los rincones más alejados de la ciudad hasta los suburbios de las grandes ciudades, puede localizarse en cualquier clase social, pues esta no es exclusiva de la clase más pobre, en definitiva es un problema que se da en todas las capas sociales y en cualquier rincón de nuestra civilización, por lo cual debemos tener mayor atención a los problemas que resulten por parte de los menores

³ VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, “*Claroscuros en el desarrollo del sistema de justicia juvenil en México*”, *Revista DFensor*, México, 2010, http://dfensor.blogspot.com/2010_05_09_archive.html

infractores, ya que deben ser analizados desde un enfoque que no los vulnere y que respete su condición de menores de edad, y no afecte sus derechos humanos.

Ahora bien, en que consiste la delincuencia juvenil se puede definir “como una de las acciones socialmente negativas que van al contrario de lo fijado por la ley y a las buenas costumbres creadas y aceptadas por la sociedad. Es por tanto, un fenómeno social que pone en riesgo la seguridad pública de la sociedad”.⁴ Para poder entender lo que es un menor infractor y lo que lo conduce a tener ese comportamiento asocial, debemos enfocarnos en los factores que lo crean, cuales son los motivos que funcionan como detonante, y que causan que un menor de edad pueda cometer los mismos delitos que un adulto en su plena conciencia, pues su conducta social se ve deteriorada por distintos factores, normalmente empezando desde una temprana edad como lo indica Agüero, 1999:

*La aparición de conductas antisociales en los MI, por lo general, empieza desde la infancia, manifestándose en conductas tales como el discutir con los adultos, no seguir instrucciones, llegar tarde a la escuela o salirse de ella, pelearse con los compañeros, etc. Se ha encontrado que muchos de estos adolescentes presentaron antecedentes de trastorno de conducta, siendo especialmente frecuente el ocasionado por déficit de atención e hiperactividad y el trastorno negativista desafiante, en proporciones que oscilan entre 33% y 45% en poblaciones de varones, y entre 11% y 30% en mujeres.*⁵

⁴ BECERRA, Cristina, “Alternativas educativas ante la responsabilidad penal de los menores infractores”, Universitat Jaume I, España, 2007, http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/78267/forum_2007_7.pdf?sequence=1

⁵ SÁNCHEZ, Pedro, VALDÉS, Ángel, “El menor infractor: una categoría infundada en el sistema de educación especial de México”, México, 2003, p. 75, <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v25n99/v25n99a5.pdf>

Derivado de lo anterior, podemos notar que los menores infractores empiezan a tener problemas de conducta desde muy temprana edad, por lo cual, estos comportamientos fungen como detonante para que el menor, cometa algún delito, u ocasione daños, o lesiones en contra de terceros, lo que causa un rechazo frente a otros creando un espacio de aislamiento, y al sentirse solos, produce efectos negativos en su comportamiento, así como afectaciones internas en cuanto como se desarrolla con los demás, Kazdin y Buela-Casal (1999) sostienen que:

Los MI manifiestan un patrón de conducta antisocial y un deterioro significativo en el funcionamiento diario, tanto en el hogar como en escuela, además de una conducta que resulta incontrolable para los familiares y amigos. Esto hace evidente que el comportamiento de los MI se torna peligroso para la sociedad, ya que se caracteriza por violaciones importantes de las normas sociales e incluso de las leyes establecidas.⁶

De esta forma se deja ver que el comportamiento de los menores infractores es nocivo, y por lo tanto no es de sorprenderse que los resultados de dicho comportamiento termine en violencia, lo cual los lleva a cometer delitos a temprana edad, lo que crea un conflicto con las leyes penales, pues llevan a considerarse la idea de si un menor de edad puede ser castigado como un adulto, pero en esencia por el simple sentido de justicia, cualquiera podría decir que sí, que merecen purgar una pena como lo haría cualquier adulto por la acción realizada, sin embargo, no debemos olvidar que son menores de edad, y por lo tanto no pueden ser confinados al mismo lugar que un adulto, y de esa idea nacen los Centros de Tratamiento para Adolescentes, que tiene como objeto que los menores de edad puedan llevar dentro del mismo una serie de procesos sistemáticos de acciones que se inician desde su ingreso al centro de tratamiento, y que se prolongue durante el período de cumplimiento de la condena y prosigue cuando el menor retorna a su vida en libertad,

⁶ *Ibidem*, p. 76.

dicho proceso es conocido como reinserción social, pero, ¿Cómo se aplica en los menores dicha reinserción social?

La reinserción social se debe aplicar de forma que se incentive al menor a realizar diversas actividades y desarrolle un gusto o cree alguna afinidad con un campo educativo, cultural, o musical, de forma que utilice el tiempo que deba permanecer en el Centro de Tratamiento con un incentivo que lo ayuda a reforzar su carácter y lo enfoque para desarrollar una capacitación laboral, con la cual se pueda desenvolver y sostener cuando termine su condena, tal como lo señala Hawkins y Weis (1985), ya que:

*Plantean que la prevención de la delincuencia comienza por el desarrollo de un vínculo positivo del niño con la escuela, a través de oportunidades para que éste desarrolle las habilidades sociales, cognitivas y conductuales necesarias para actuar adecuadamente en el ambiente escolar. Por lo anterior, resulta fundamental promover el desarrollo de habilidades académicas básicas que faciliten una buena adaptación a la escuela y se traduzca en un rendimiento académico aceptable en aritmética, escritura y lectura.*⁷

Por esta razón se considera que la educación, o los proyectos educativos deben formar gran parte de los programas de reinserción social para menores, puesto que fomenta sus habilidades que servirán para su integración al culminar su tratamiento, o bien hasta que termine su sentencia dictada, sin embargo deben analizarse los factores de deserción educativa, es decir, cuáles fueron los motivos por los cuales los menores optaron por abandonar la escuela o bien, que es lo que no les agrada de la misma, para poder implementar el plan que más les favorezca, pues es cierto que la reinserción

⁷ *Ibidem*, p. 79.

educativa es un gran apoyo para el avance hacia una reformatión, no todos tendrán las mismas aptitudes de aceptación, por lo cual, se deben adoptar diversos cursos, talleres, conferencias a fin de incentivar a los menores a optar voluntariamente por esta medida a fin de que tenga determinada libertad para acudir a centros especializados de enseñanza en los cuales obtengan el apoyo que necesitan para desarrollarse en el ámbito educativo toda vez que uno de los factores más influyentes en la deserción escolar es la ausencia de atención por parte de los familiares, por lo cual debe tenerse como factor importante dentro de la reinserción social para menores, ya que ellos crearan las bases para que el niño pueda desenvolverse dentro de un ámbito social por lo cual “las intervenciones desarrolladas dentro de la familia han sido generalmente de tres tipos: a) entrenamiento a padres; b) creación de servicios de apoyo a la familia, y c) Creación de servicios de terapia y consejo familiar”.⁸

Ahora bien, la educación no es el único factor importante a través del cual se puede ver reflejada la reinserción social, ya que para que los menores de edad tengan un verdadero tratamiento, dejando de pensar que están enfermos o que hay algo mal con ellos, se debe trabajar dependiendo las necesidades de estos, ya sea por bloques con aspectos como: los que tengan adicciones a algún psicotrópico o estupefaciente, los que tengan una mala relación con la familia, o sufrieron de violencia familiar, los que se encuentran en el centro de tratamiento por delitos violentos, etcétera, ya que como mencionan José Luis Graña Gómez, M^a José Rodríguez Biezma (2010):

Un ajuste personal y social adecuado requiere la capacidad para afrontar con éxito las demandas del entorno personal y social en el que se desarrolla un adolescente. Así, si un menor infractor muestra una escasa destreza para manejar adecuadamente situaciones conflictivas de su vida diaria, será menos capaz de identificar los problemas que le puedan surgir, construir respuestas alternativas ante los eventos estresantes, establecer

⁸ Ídem, p. 79.

*relaciones de causa-efecto entre sus acciones y las de otras personas, calcular las consecuencias que siguen a sus conductas tanto para él como para los demás, establecer pasos intermedios en la solución de problemas y comprender la conducta de otras personas.*⁹

Por lo tanto deben desarrollarse programas a través de los cuales se analice el comportamiento de los menores de edad con el fin de adecuar a su realidad situaciones que involucren la convivencia social, de forma que desarrolle sus lazos y conexiones con el exterior, pues cortar de tajo ciertos aspectos de la libertad, causan el aislamiento en el menor, pues el encierro prolongado es más perjudicial que benéfico, debe dejar de plantearse como la única alternativa que hay frente a esta situación, ya que como se explicara más adelante hay otras alternativas, a través de las cuales el menor puede desarrollarse en un mejor entorno, y pueda considerarse un verdadero tratamiento de reinserción social.

III. FALLAS EN EL CENTRO DE TRATAMIENTO PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE TABASCO

El centro de tratamiento del Estado de Tabasco, tiene como objetivo que los adolescentes que cometan algún ilícito, pasen su tiempo reformándose a través de las diversas técnicas e incentivos mencionados con anterioridad, sin embargo la realidad es otra, ya que no cumple con las medidas necesarias para un pleno desarrollo en su interior, tal como se refleja a través del informe 4/2017, emitido por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, mediante el cual establece sus conclusiones después de visitar los diversos Centros de Reinserción Social, así como el Centro de tratamiento para adolescentes del Estado de Tabasco, donde se pueden observar las

⁹ GRAÑA, José, y RODRÍGUEZ, María, “Programa central de tratamiento educativo y terapéutico para menores infractores”, Agencia de la comunidad de Madrid para la reeducación y reinserción del menor infractor, España, 2010, p. 20, <https://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/f07022012130358.pdf>

diferentes fallas, desde lo más básico, lo que refleja que un menor de edad no recibe la verdadera reinserción que nos establece el artículo 18 constitucional, ya que en el informe dicho órgano garante de los derechos humanos establece:

En el Centro de Tratamiento para Adolescentes, la cocina se encuentra en malas condiciones de mantenimiento e higiene, y los utensilios para la preparación de los alimentos están deteriorados. Si se considera que cuando el Estado priva a una persona de la libertad está obligado a tratarla humanamente y con absoluto respeto a su dignidad, esto debe garantizar un nivel mínimo de bienestar respecto a las condiciones de alojamiento con las que deben contar las instituciones.¹⁰

Lo cual nos deja ver que las condiciones bajo las cuales opera el Centro de Tratamiento, no son las adecuadas, por lo tanto, no se da cumplimiento a las bases fundamentales de la reinserción social, lo que afecta considerablemente el tratamiento de los mismos, además de ser graves faltas de derechos humanos, pues si no se cuenta con lo más básico que es la alimentación no se puede hablar de un verdadero tratamiento, ya que en el citado informe 4/2017 en rubro denominado “alimentación” menciona que “se obtuvo información sobre comida insuficiente y de mala calidad, y/o deficientes condiciones de higiene durante su elaboración y distribución”.¹¹

Ahora bien en cuanto a las áreas designadas para mujeres en el mismo informe se puede observar que carecen de áreas que son esenciales para poder desarrollar una vida si bien no plena, aceptable en centro de tratamiento, sin embargo de la

¹⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Informe 4/2017 del mecanismo nacional de prevención de la tortura sobre lugares de privación de libertad que dependen del gobierno y de la fiscalía general del estado de tabasco”, México, 2017, p. 5, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/PrevTortura/4_2017.pdf

¹¹ AZAOLA, Elena, “Diagnóstico de las y los adolescentes que cometen delitos graves en México”, UNICEF, México, 2015, p. 15, https://www.unicef.org/mexico/spanish/Diagnostico_adolescentes_web.pdf

investigación realizada por la CNDH, se ve que esto no es así ya que se menciona en el informe que “las secciones femeniles carecen de diversas áreas tales como: ingreso, médica, protección, locutorios, sancionadas, visita íntima, patio, actividades deportivas, aulas, biblioteca, talleres, cocina y/o comedor”, por lo cual crea la interrogante de ¿realmente se están reinsertando a la sociedad?

De forma clara y concisa cualquiera respondería rápidamente que no, puesto que de la revisión realizada a dicho centro de tratamiento se ve reflejada la negligencia con la que se trabaja, por lo cual se puede concluir que el sistema de reinserción social para menores no garantiza nada, no tiene efectividad, ya que el menor cuando sale vuelve a tener las mismas tendencias, es decir vuelve a cometer delitos, lo cual demuestra la ineficacia del sistema, ya que no garantiza las protecciones primordiales que debe tener el menor infractor, frente a la realidad social que se le pone enfrente, es decir, no les dan las herramientas necesarias para desarrollarse en el ambiente de privación de la libertad, eso sin mencionar que como consecuencia directa no se lleva ningún tratamiento correctivo ni incentivo, lo que nos lleva al cuestionamiento de siempre, ya que la reinserción social en México, es severamente criticada por su incompetencia, sin explicar ¿por qué no funciona?, y se tiende a regresar a la privación de la libertad como llano castigo, como segregación, como en sus orígenes, una pena de contención y de castigo, entonces, ¿que está mal en el sistema?, fácil, quienes lo aplican, pues aunque el sistema de reinserción es inútil debe aplicarse de manera efectiva, y no se hace, pues no se cumple con los estándares normativos, pues se ha dejado de lado, considerándose que el mantenerlos cautivos es enseñarles una lección, ya que aunque se estableciera el mejor sistema de reinserción social, si quienes deben instaurarlo, aplicarlo, y supervisarlo no lo hacen, y no cumplen con sus funciones, simplemente no va a funcionar, lo que nos lleva a fracasar en lo más básico, el sistema de justicia penal, que solo se preocupa por encerrar a los menores en un determinado lugar sin dar un tratamiento que ayude a los adolescentes en su vida futura, ya que cuando cumplen su sanción deben ser ciudadanos productivos, y así evitar la reincidencia de

manera efectiva, trayendo consigo personas que aporten algo a la sociedad y no futuros problemas.

Como consecuencia de la falla del sistema de justicia penal para adolescentes, no se obtiene resultados favorables, todas las deficiencias encontradas en el mismo afectan a los M.I. de forma que no pueden desarrollar las actitudes necesarias para que su comportamiento mejore o bien pueda desenvolverse por fuera, pues el aislamiento al que fueron sometidos, junto con los malos tratos y la falta de todo, hasta de lo más básico puede afectar su forma de relacionarse con los demás, por lo cual deben afrontarse a la realidad, y toman posiciones de aislamiento, como se ve reflejado en las encuestas realizadas a menores de edad que se encuentran en centros de tratamiento la cual refleja “Cómo se sienten con mayor frecuencia: 40% solos; 49% tristes; 42% desanimados; 50% aburridos; 35% desesperados, y 25% enojados”.¹² Por lo cual, se puede notar que los adolescentes se sienten de cierta forma alejados de todo, ya que el 50% dice estar aburrido, por lo cual no tiene en que invertir su tiempo, o bien en que invertirlo, el 49% está triste, por sus condiciones dentro de los centros de tratamientos que no son las mejores, ya que en el Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos Sobre los Centros de Tratamiento Interno para Adolescentes que Infringen las Leyes Penales que dependen de los Gobiernos Estatales y del Distrito Federal en la República Mexicana, se establece que en los centros de tratamiento interno femenino en Villahermosa, “las adolescentes refirieron que se les desnuda y encierra en un espacio utilizado como bodega, con fauna nociva, sin servicios sanitarios ni ventilación”, las cuales son graves faltas a los derechos humanos de las adolescentes, y no solo eso, infringen el medio que las lleva a asilarse y considerar que no tienen salida de tal sufrimiento y por lo tanto, los lleva a considerar que no hay futuro para ellos, por lo cual el 42% se encuentra desanimado, porque no se ven con los motivos para enfocar su mente en algo que les sirva a futuro

¹² AZAOLA, Elena, “*Diagnóstico de las y los adolescentes que cometen delitos graves en México*”, UNICEF, México, 2015, p. 15, https://www.unicef.org/mexico/spanish/Diagnostico_adolescentes_web.pdf

o bien no les dan las herramientas suficientes para hacerlo, lo que los lleva al sentimiento de la soledad presentando el 40% dicho sentimiento, para evitar malos tratos por parte del personal del centro de tratamiento o bien, de los demás compañeros, el 35% asegura sentirse desesperado, por qué no encuentran la salida a su problema, saben que tienen que estar ahí por un largo tiempo, y piensan que el tiempo pasa muy lento, por lo cual los lleva a tener el sentimiento más peligroso, el 25% asegura sentirse enojado, con la situación, el estar encerrado, los malos tratos, la falta de comida, la impotencia de no poder hacer nada, los hace sentir enojados, y que deben desquitarse, es aquí donde surge el principal problema con los centros de tratamiento, maltratar a los menores no solo es una violación a sus derechos, también produce sentimientos dañinos en los menores y produce ciertas dificultades a la hora de querer aplicar un tratamiento verdadero, como se ha comentado con anterioridad si quienes deben aplicar las formas de tratamiento o de reinserción social no lo hacen ¿Cómo esperan que los adolescentes salgan del centro de tratamiento como personas aptas y capacitadas para desenvolverse en sociedad? Si no pueden darle una vida digna dentro del mismo, pues en los centros de tratamiento adolescente en Tabasco, faltan muchas cosas, no hay regulación en cuanto a lo que se realiza dentro de las instalaciones, por lo cual no se puede garantizar que se esté dando el cuidado debido a los menores de edad internados en el mismo, pues además de lo ya mencionado a lo largo de este tema, se puede encontrar:

*También falta de mantenimiento en dormitorios, talleres, aulas, servicios sanitarios, instalaciones hidráulicas, eléctricas y de drenaje; fallas en el suministro de agua corriente para el aseo de los adolescentes, las estancias y los inodoros. Paredes con grietas y muebles de servicios sanitarios rotos. Instalaciones eléctricas improvisadas y cables expuestos, lo que provoca riesgo de corto circuito; filtraciones y encharcamientos.*¹³

¹³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Informe especial de la comisión nacional de los derechos humanos sobre los centros de tratamiento interno para adolescentes que

Las pésimas condiciones en las que se encuentran los centros de tratamiento solo dejan ver que no hay una revisión de lo que se hace en los mismos, no hay un control de los planes que manejan, si hay un reglamento, si cumple con la normatividad respectiva, del estado en que se encuentran los menores de edad, la calidad de la reinserción social, y deja ver lo inhumano que es el que un menor infractor sea internado en un centro de tratamiento, pues, son tratados peor que animales, por las condiciones en las que tienen que permanecer, además de estar rodeado de personal que o bien no está capacitado o es escaso, por lo tanto, no es de sorprenderse cuando un menor sale, y reincide, pues viendo la problemática desde otra perspectiva, ¿Qué es lo que le ha dejado estar encerrado? Nada, aprenden a aislarse, aprenden que son escoria, y por lo tanto deben comportarse como tal, si en vez de eso, se les enseñara a realizar actividades fuera del encierro, podría lograrse que los puedan desenvolverse en sociedad y realizar actividades distintas a las delictivas, evitando así la reincidencia, aportando profesionistas o bien estudiantes en progreso, trabajadores productivos, personas que puedan continuar desarrollándose fuera de las cuatro paredes habituales.

IV. PERFIL PSICOLOGICO DEL MENOR INFRACTOR

Si bien es cierto, se denominan menores infractores a aquellos menores de edad que han cometido un delito, y por lo tanto deben purgar una pena en un determinado centro de tratamiento, tal como se definía en el capítulo II de este trabajo de investigación, también es menester para este trabajo de investigación analizar cuáles son los factores influyentes de los menores, para así analizar su situación en la realidad jurídica, por lo tanto cuando se habla de un perfil psicológico en un menor se dice que:

infringen las leyes penales que dependen de los gobiernos estatales y del distrito federal en la república mexicana.”, México, 2015, p. 11,
http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2015_IE_adolescentes.pdf

En términos clínicos encontramos, en contraste con la población normal, que los menores de reforman presentan un cuadro clínico comórbido compuesto por somatización, obsesivo-compulsivo, depresión, ansiedad y psicoticismo (véase Tabla 1). Específicamente, los menores que están cumpliendo alguna medida judicial apuntan hacia un perfil clínico caracterizado por una mayor somatización, obsesivo-compulsivo, depresión, ansiedad y psicoticismo.¹⁴

La razón principal de los síntomas presentados por los menores es el aislamiento, el encierro, lo que produce desconfianza, baja autoestima, y diversos problemas de tipo interno, autopercepción, y autoestima, la personalidad del menor delincuente:

Se caracteriza por: a) una inmadurez que es excesiva para su edad, lo cual le impide un desenvolvimiento racional en su vida; b) un vacío de sí mismo, que se representa por la no asunción de su propia historia personal, el hecho de vivir en el aquí y el ahora, la falta de expectativas y el no aprender de sus errores; y c) inseguridad, especialmente respecto a las personas que no encajen en su tipo.¹⁵

Por la falta de una verdadera reinserción social los menores de edad, no desarrollan actitudes de entender por qué se encuentran ahí, y al no crear programas de apoyo por medio de los cuales se les pueda inducir hacia una actividad en la que se desarrollen en trabajo en equipo, e individual, se sienten aislados y marginados de la sociedad,

¹⁴ FARIÑA, Francisca, ARCE, Ramón, y VÁZQUEZ, María, “Estudio de la psicopatología en menores infractores”, España, 2006, p. 3, https://www.researchgate.net/publication/276406047_Estudio_de_la_psicopatologia_en_menor_es_infractores

¹⁵ SÁNCHEZ, Pedro, y VALDÉS, Ángel, “El menor infractor: una categoría infundada en el sistema de educación especial de México”, México, 2003, p. 77, <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v25n99/v25n99a5.pdf>

pues al estar encerrados los apartan de todo lo conocido para confinarlos en un lugar donde simplemente sufren maltratos, mala alimentación y una pésima convivencia, lo que los hace perder la confianza en sí mismos y solo se preocupan por sobrevivir hasta que su “castigo” termine, lo que lleva a conductas agresivas y autodestructivas, asimismo:

El encierro produce nuevas circunstancias que alimentan las posibilidades de reingreso y garantizan la autoreproducción del sistema carcelario. Lo central es que estos efectos, generalizables a todos los individuos sometidos a penas o medidas que impliquen privación de libertad, adquieren especial importancia en la adolescencia, ya que es un período crítico del desarrollo en las esferas cognitiva, emocional y social.¹⁶

Por lo cual, cuando se trata de adolescentes, se debe tratar con delicadeza el tema del encierro puesto que su condición de vulnerabilidad, y los procesos que implican la adolescencia, que es la etapa de desarrollo en la que más se tienen ciertas confusiones y arranques de emociones, no se puede tratar al adolescente como si fuera un adulto que comprende la situación al cien por ciento, es por esta razón que nacen los centros de tratamiento, pues se considera que los menores de edad no pueden ser influenciados por las actitudes o comportamientos de los adultos, ya que en cierta hay más confianza al pensar que un menor de edad pueda corregir su conducta, y obtener una redirección al momento de salir del centro de tratamiento que un adulto, pues al estar plenamente desarrollado no hay pretextos, sin embargo a los menores de que se encuentran en situaciones difíciles, pueden ser apoyados para que sus vidas tomen otros rumbos, y no solo se trata de ayudar a un menor a través de refuerzos educativos, se trata que en un futuro la tasa criminal disminuya, pues todo menor que

¹⁶ SARMIENTO, Alfredo, GHISO, Claudio, SIDERAKIS, Melina, y DE SIMONE, Claudia, “Aproximación teórica: efectos de la privación de libertad en jóvenes infractores a la ley penal”, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 239, <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/anuinv/article/download/8896/9883>

sea ingresado en un centro de tratamiento, deberá cumplir con un verdadero tratamiento que lo impulse a continuar una vida digna fuera de este, y por lo tanto beneficiar a la sociedad a la que pertenece, sin embargo, nos enfrentamos a una realidad social diferente como se ha mencionado con anterioridad los centros de tratamiento ubicados en Tabasco, no cuentan ni con lo más esencial, por lo tanto, la idea de una reinserción social efectiva es una utopía, solo se critica al sistema de ser inefectivo, pero nadie se pregunta por qué los menores se comportan de esa manera, puesto que al salir, tienen actitudes por las cuales no pueden obtener una adaptación a la sociedad, eso sin incluir que la sociedad en si misma los marca y los rechaza de forma que es casi imposible reinsertarlos en una comunidad.

El encierro no es la única forma de reinserción social, como se explicará más adelante se pueden aplicar diferentes métodos que sustituyan en gran parte el encierro, y que genere resultados positivos en los adolescentes, ya que ese tipo de aislamiento produce efectos negativos en los mismos, y al no ser supervisados o vigilados, poco a poco van desarrollando más y más sentimientos autodestructivos, de forma que no pueden tener confianza en alguien que en el mismo, lo que afecta su trabajo en equipo, y su autopercepción, pero de que formas puede afectar el encierro a los adolescentes, pues:

El encierro siempre resulta nocivo para los adolescentes, porque los priva de un desarrollo integral. El costo de la internación es muy alto, y se inscribe en lo que Goffman denomina “mutilación del yo”: los sujetos ven disminuidas su capacidad de vincularse con los otros: viven en mundos que se han “angostado”, ya no pueden volver a confiar en alguien.¹⁷

¹⁷ SARMIENTO, Alfredo, GHISO, Claudio, SIDERAKIS, Melina, y DE SIMONE, Claudia, “Aproximación teórica: efectos de la privación de libertad en jóvenes infractores a la ley penal”, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 239, <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/anuinv/article/download/8896/9883>

Prácticamente es como si el adolescente no sintiera que hay algo más fuera del centro de tratamiento pues el encierro, les da la percepción que solo pueden tener y ya, no hay más, lo cual les reduce la visión del camino a seguir, haciéndolos pensar que no hay otra salida más que cometer los mismo errores que los llevarán de nuevo al centro de tratamiento, pues es lo único que conocen, porque no se les ha enseñado otra cosa, solamente se les hace sentir que están ahí porqué causaron un daño, pero no los hacen entender por qué es un daño, y porque su comportamiento está mal, y por lo tanto deben estar ahí hasta que lo entiendan, y de esa forma, trabajar su autoestima, su autopercepción, y enseñarles que hay mucho más de lo que parece, se tiene que empezar a ver la reinserción social como algo más, como un reformatorio, y no como un lugar donde se encierran a los menores de edad que cometieron delitos, y que no importan si salen mejor o peor, y no solo la sociedad lo ve así, el “45% considera que saldrán de la institución igual o peor que como entraron”.¹⁸ Por lo cual se puede ver que los mismos adolescentes consideran que después de estar en centro de tratamiento no habrá diferencia o bien simplemente no funcionara porque solo saldrán a hacer lo mismo o cosas peores, si ellos mismos lo dicen, la situación en la que se encuentran es preocupante, pues desde un aspecto psicológico están sufriendo y el sistema de reinserción no funciona en lo absoluto, pues no vela por la debida recuperación de los adolescentes que se encuentran en los centros de tratamiento, ya que requiere un análisis de antecedentes personales y de circunstancias vitales que hayan llevado a la persona a cometer un delito, es decir, todas las situaciones que fungieron como detonante para llevar a cabo dicho ilícito y de esta forma poder darle un abordaje terapéutico óptimo que tome en cuenta todos los aspectos de su personalidad, ya que debe adaptarse a las necesidades del menor. Así se puede cumplir directamente el objetivo de la reinserción social: una reeducación de los factores psicológicos que influyen en las actitudes de los menores así como de los valores perdidos y una posterior reinserción positiva a la sociedad, por lo cual es fundamental que haya

¹⁸ AZAOLA, Elena, “Diagnóstico de las y los adolescentes que cometen delitos graves en México”, UNICEF, México, 2015, p. 15, https://www.unicef.org/mexico/spanish/Diagnostico_adolescentes_web.pdf

intervención de calidad por parte de profesionales, específicamente psicólogos, para favorecer su reinserción social, de forma que lleven un control de cada caso que se presente y de forma personal atienda las necesidades de los adolescentes, así asegurando una calidad en el tratamiento.

El ámbito de encierro puede afectar a los adolescentes de gran manera como ya se ha manifestado y es importante que, antes de que sean liberados, y vuelvan a formar parte de la sociedad recuperen su esencia positiva, se vean como una persona productiva, reconstruyan sus valores, que conforme a sus vivencias han ido perdiendo y se reen cuentren con ellos mismos, pues como se perciban es lo que proyectaran a los demás.

Por lo cual la mejor forma de llevar los casos de los adolescentes internados, debe separarse por rubros tales como: los que tengan adicciones, para que lleven un programa de apoyo y desintoxicación, los que vengan de familias problemáticas o conflictivas, los cuales puedan llevar programas de apoyo psicológico, apoyo grupal, y programa de autoestima, los que se encuentren internados por delitos violentos, que a su vez puedan llevar programas de apoyo psicológico, terapia emocional, talleres y cursos de autopercepción, y los que se encuentren por delitos leves, quienes deberán llevar de igual forma terapia psicológica, cursos, talleres, grupos de lectura, y grupos de apoyo emocional, de esta forma cada adolescente podrá llevar un tratamiento especializado, ya que el que todos lleven el mismo no ayuda en nada, porque no se adapta a las necesidades del menor, y por lo tanto no podrá corregir las actitudes nocivas que lo impulsen a cometer delitos, por lo cual, la idea de crear programas especializados, o bien crear rubros donde se tomen medidas particulares debe ser una realidad, más que una idea lanzada al aire, de esta forma se tendría una respuesta positiva por parte de los adolescentes que son internados en algún centro de tratamiento, “Se estima que alrededor de 51% de los MI presentan serios problemas de salud mental y 60% algún problema emocional. Entre 50% y 70% muestran serios

problemas de abuso de sustancias, y de 6% a 28% ha presentado intento de suicidio.¹⁹ De esta forma podemos ver que en cada caso es distinto, los problemas que presentan los adolescentes y las causas que lo generan son diversos, por lo tanto para poder mejorar su comportamiento se deben aplicar medidas distintas para cada situación, una vez identificados las clasificaciones, se deben separar por grupos que lleven diferentes actividades y de esta forma, empezar un verdadero tratamiento, se debe dar apoyo emocional de la mano con la familia que deberá ser un pilar fundamental, no importa si solo es el padre o la madre, “Uno de los aspectos esenciales en el desarrollo de comportamientos antisociales lo establece el correcto funcionamiento, trato y comunicación entre los padres y el menor.”²⁰ Por lo tanto es de vital importancia que se encuentre en todo momento presentes para la correcta evolución del menor, pues serán su apoyo, y recuperaran los vínculos afectivos que pierden al estar tanto tiempo aislados, de igual forma fomentará la confianza del menor, por lo tanto, es indispensable la presencia de la familia durante el tiempo que dure el internamiento.

Desafortunadamente los que pertenezcan al rubro de violencia familiar o bien no tengan familia, deberán ser apoyados a través de refuerzos psicológicos que les permita entender las circunstancias en las que se encuentran, y buscar de manera positiva, su cooperación ante el programa de apoyo.

V. UNA NUEVA REINSERCIÓN SOCIAL

Las medidas alternativas a la privación de la libertad son actualmente más factibles que dejar encerrados a los adolescentes que cometen delitos, puesto que como se ha expuesto a lo largo de este proyecto de investigación, se pueden obtener resultados positivos a través de diferentes medidas, siendo la principal la modalidad de

¹⁹ SÁNCHEZ, Pedro, y VALDÉS, Ángel, “*El menor infractor: una categoría infundada en el sistema de educación especial de México*”, México, 2003, p. 77, <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v25n99/v25n99a5.pdf>

²⁰ AGUILAR, Marta, “*La influencia del contexto familiar en el desarrollo de conductas violentas durante la adolescencia: factores de riesgo y de protección*”, España, 2014, p. 38, <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v54n2/v54n2a03.pdf>

“tratamiento de externación”, el cual es un medio de ejecutar la sanción penal, de carácter eminentemente técnico, por el que se somete a un menor de edad a un proceso tendiente al fortalecimiento de los valores sociales, éticos, cívicos y morales, que le permitirá una adecuada reinserción a la sociedad, el cual podrá comprender diferentes modalidades las cuales podrán consistir en la semilibertad, la cual puede ser definida como:

*La Semilibertad es un beneficio penitenciario que permite a un interno sentenciado egresar del establecimiento penal para efectos de trabajo o educación, y cumplir en libertad una parte de su condena, con la obligación de observar determinadas reglas de conducta, y siempre que no tenga proceso penal pendiente con mandato de detención.*²¹

En vista de lo anterior, se entiende que la semilibertad es un bien que se recibe, sin embargo para poder otorgarlo se deben considerar ciertas modalidades, con los requisitos que estos deban cumplir para obtenerlo como el que los adolescentes puedan salir del centro de tratamiento los fines de semana, ya sea a visitar a sus familias o a tener actividades recreativas, en las cuales pueda fomentarse el esfuerzo, ya que podría aplicarse de forma que el menor cumplan con ciertos requisitos dentro del centro de tratamiento, como cumplir con sus actividades escolares, ser participativo en el programa de apoyo al que pertenezca, tener un buen comportamiento dentro y fuera del centro de tratamiento, de forma que sientan que la libertad, es algo que deben ganarse a base de esfuerzo, otra de las modalidades que maneja este tipo de tratamiento, es el que solo los fines de semana se encuentren dentro del centro de tratamiento a tiempo completo, y de lunes a viernes acudan a un centro educativo, según el nivel del adolescente, y regresen por las tardes al centro de tratamiento a trabajar en el programa de apoyo al que estos pertenezcan así como

²¹ LECHUGA, Ernesto, “Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio”, Perú, 2012, p. 55, https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/publicaciones/manual_beneficios.pdf

realizar sus actividades escolares, de forma que se fomente la confianza en los adolescentes.

Para poder implementar un programa que a lo largo del tiempo sea efectivo y traiga consigo un porcentaje exitoso, de manera que se evite la reincidencia en su totalidad o en gran parte de los casos, se necesita una planificación y estrategia, debiendo investigar todos los factores que rodean a los adolescentes, así como la identificación de la población de los menores infractores, pues no todos podrán llevar el mismo programa de tratamiento, ya que sus circunstancias pueden variar, por lo tanto:

*Al comienzo, una de las tareas más difíciles en el diseño de programas de reintegración es determinar sus objetivos, alcance y métodos. Se trata de elegir opciones y posiblemente alinear tales opciones con las prioridades de prevención del delito de la comunidad. Se debe definir muy claramente cuál es la población delictiva objeto del programa y se deben comprender muy bien los factores de riesgo, necesidades y circunstancias particulares de ese grupo objetivo. A continuación se describen algunos de los pasos necesarios para desarrollar un programa de reintegración exitoso.*²²

Debe estudiarse en su totalidad los factores necesarios para implementar el programa de reinserción social, ya que de esto dependerá el éxito del mismo, puesto que “La meta es desarrollar programas adecuados que respondan a las preocupaciones comunitarias, construyan sobre las cualidades de la comunidad y le permitan manejar los riesgos a los cuales puede estar expuesta”.²³

²² Naciones Unidas, “*Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes*”, 2013, New York, p. 23, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf

²³ *Ibidem*, p. 24.

Para así implementar la que mejor dé resultados, pues se debe investigar la realidad social en la que se encontraba el menor, y saber si su semilibertad se desarrollará en un lugar donde puede caer en reincidencia, o bien no cuenta con el apoyo familiar, pues normalmente los adolescentes infractores vienen de familias conflictivas, que no ayudan en lo absoluto a la hora de su tratamiento, por lo cual, “en resumen, podemos concluir que en la familia del MI existe siempre algún grado de disfuncionalidad que dificulta su adecuado desarrollo afectivo e intelectual”.²⁴ Por lo cual se debe tomar en cuenta como punto de partida a la hora de desarrollar el programa que mejor convenga a la comunidad adolescente, pues si el problema principal es la familia, tendrán que aplicar refuerzos educativos que tengan como factor principal, el que se desenvuelva en un ambiente de cooperación con otros compañeros en la misma situación. Cuando se obtiene el diseño del programa en el que se desarrollaran los menores, se debe tomar en cuenta que no se pueden quedar solos, es decir, su libertad está condicionada a la vigilancia, así como tras su salida se debe estar en constante revisión de su comportamiento, por lo tanto es necesario la creación de un modelo de intervención institucional, a través del cual se lleven constantemente revisiones de las actividades realizadas por los menores infractores, por lo tanto, “el modelo de intervención para la reinserción social consiste en elaborar un diagnóstico e identificar los ejes y tipos de injerencias necesarias para que las y los usuarios del Instituto de Reinserción Social recuperen sus derechos, construyan un plan de vida e incentiven el cuidado de su salud integral”,²⁵ por lo tanto, dicho diagnostico deberá realizarse a través de entrevistas que generen la información suficiente para comprender la situación del menor y de esta forma poder aplicar el plan de reinserción social que mejor se adapte a estos.

²⁴ SÁNCHEZ, Pedro, y VALDÉS, Ángel, “*El menor infractor: una categoría infundada en el sistema de educación especial de México*”, México, 2003, p. 77, <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v25n99/v25n99a5.pdf>

²⁵ Dirección General del Instituto de Reinserción Social, “*Estrategias de reinserción social Propuestas para una Política Pública en la Ciudad de México*”, México, 2018, p. 57, <https://www.reinsercionsocial.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/5b6/b5b/019/5b6b5b019c0cf579067633.pdf>

Una vez fuera del centro de tratamiento las instituciones deberá asegurarse que los refuerzos educativos surtieron efectos, y por lo tanto deberá verificar que los menores se encuentran culminando sus estudios o bien se encuentran en un trabajo estable, y esta vigilancia no solo debe consistir en verificar las faltas que cometan sino también, se siga apoyando a través de capacitaciones, en caso de ser necesario, ya que:

Una vez establecido el plan de vida, el Instituto de Reinserción Social realizará las canalizaciones y trámites necesarios. Además establecerá las facilidades para el desarrollo de las capacitaciones y llevará a cabo el seguimiento para verificar la efectiva implementación de dicho plan de vida en cada una de las personas liberadas.²⁶

De esta forma se evita la reincidencia y se estaría hablando de una verdadera reinserción social, ya que se implementaría un sistema que fomenta la educación, que genera personas que al salir tendrán algo con que defenderse, una educación que les dará las herramientas necesarias para poder afrontarse a su nueva realidad social, y contando con un refuerzo psicológico que los ayudará a superar los problemas que detonaron su comportamiento delictuoso, y de esta forma se estará atento a las actividades que se realizan dentro de los centro de tratamiento.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo de investigación se ha dejado firma la idea de necesitar un cambio dentro de los centros de tratamiento que se ubican en nuestro Estado, viendo claramente las deficiencias dentro de los mismos, las condiciones que se tienen dentro y la forma en que esto afecta a los menores de edad que se encuentran

²⁶ Dirección General del Instituto de Reinserción Social, “*Estrategias de reinserción social Propuestas para una Política Pública en la Ciudad de México*”, México, 2018, p. 61, <https://www.reinsercionsocial.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/5b6/b5b/019/5b6b5b019c0cf579067633.pdf>

purgando una pena en su interior, se ha venido señalando en algunos temas que, se debe tener mayor atención a los jóvenes que tengan problemas familiares, puesto que son los que de manera especial, preocupan y sobre los cuales se quisiera insistir a manera de conclusión. Es necesario llevar la atención hacia determinados grupos de adolescentes quienes, por su mayor grado de vulnerabilidad, requerirían programas de atención especializados que, desafortunadamente, no están recibiendo, como los que tengan problemas de drogas, pues deben llevar un tratamiento enfocado a su desintoxicación así como, un refuerzo psicológico para evitar el consumo de las drogas, de igual manera los más jóvenes y los recién ingresados, puesto que es difícil el proceso de adaptación y por lo tanto se debe manejar con especial cuidado dicha situación, asimismo los que vivieron en la calle y no regresaron a vivir con sus familias; los que no contaron con la protección de familiares aunque no fueran sus padres; los que actualmente no cuentan con el apoyo de su familia o no los visitan; los que carecen de sueños o de perspectivas para su futuro; los que no confían en nadie; los que sienten que su padre o su madre les hizo un daño que no logran reparar; los que fueron maltratados por sus padres y no encontraron a alguien que los apoyara; los que fueron objeto de abusos sexuales; los que tienen deseos de salir a vengarse; los que continúan consumiendo drogas; los que cometieron homicidio y no tienen arrepentimiento o buscan el perdón de los familiares de las víctimas y, por último, los que se encuentran tristes, deprimidos, desesperados y/o enojados. Todos ellos requieren con urgencia programas que atiendan e intenten reparar los profundos daños que los han afectado y han propiciado que cometan daños en contra de los demás, esto es lo que debe buscar la reinserción social de manera que se realicen programas verdaderamente efectivos, y que no solo se preocupen por mantener encerrados a los menores edad, pues de esta forma no se logra un cambio en el comportamiento del adolescente, sino todo lo contrario, aumenta sus condiciones de forma que como ya se ha explicado se siente solo, aislado, rechazado, sentimientos que fomentan un comportamiento agresivo, problemático, conflictivo, de forma tal que al salir, no busca el ser productivo para la sociedad sino todo lo contrario.

Por tanto, sería interesante poder profundizar en el hecho de que la intervención judicial en menores es un proceso difícil, pero con efectos positivos reales y posibles, ya que como se ha explicado anteriormente al implementarse los tratamientos necesarios puede darse un cambio en los adolescentes de forma que se pueda evitar la reincidencia, pretendiendo que las medidas acordadas sean una respuesta adecuada a la conducta infractora del menor, cuya idea central es corregir o paliar las necesidades o posibles carencias apreciadas, puesto que al momento de ser ingresados presentan diferentes problemas de tipo psicológico, emocional, y de autopercepción que se hace fundamental el que lleven un programa de tipo psicológico pues no hay que dejar de mencionar a los psicólogos y psicólogas, así como de otros profesionales de disciplinas afines, que deberán llevar a la práctica una intervención individualizada con los menores de cara a dotarles de una mayor competencia social y de autonomía, apoyando sus procesos formativos y su verdadera inserción social, que dadas sus edades, es también laboral, pues se busca que concluyan su educación dentro del programa, hasta culminar su tratamiento, de esta manera se busca fomentar en los menores la capacidad de asumir la responsabilidad sobre su comportamiento, reflexión sobre sus actos, maduración como personas, reducción de focos de riesgo, evitando que se produzcan reincidencias.

VII. BIBLIOGRAFIA

Lesgigrafía

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *“Informe 4/2017 del mecanismo nacional de prevención de la tortura sobre lugares de privación de libertad que dependen del gobierno y de la fiscalía general del estado de Tabasco”*, México, 2017. (Véase en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/PrevTortura/4_2017.pdf)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *“Informe especial de la comisión nacional de los derechos humanos sobre los centros de tratamiento interno*

para adolescentes que infringen las leyes penales que dependen de los gobiernos estatales y del Distrito Federal en la República Mexicana”, México, 2015. (Véase en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2015_IE_adolescentes.pdf)

Naciones unidas, “*Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes*”, New York, 2013. (Véase en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf)

Páginas de internet

FARIÑA FRANCISCA, ARCE, Ramón, y VÁZQUEZ, María, “*Estudio de la psicopatología en menores infractores*”, España, 2006. (Véase en: https://www.researchgate.net/publication/276406047_Estudio_de_la_psicopatologia_en_menores_infractores)

GRANA JOSÉ, y RODRÍGUEZ, María, “*Programa central de tratamiento educativo y terapéutico para menores infractores*”, Agencia de la comunidad de Madrid para la reeducación y reinserción del menor infractor, España, 2010. (Véase en: <https://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/f07022012130358.pdf>)

LECHUGA, Ernesto, “*Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio*”, Perú, 2012. (Véase en: https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/publicaciones/manual_beneficios.pdf)

SÁNCHEZ, Pedro, y VALDÉS, Ángel, “*El menor infractor: una categoría infundada en el sistema de educación especial de México*”, México, 2003. (Véase en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v25n99/v25n99a5.pdf>)

SARMIENTO, Alfredo, GHISO, Claudio, SIDERAKIS, Melina, y DE SIMONE, Claudia, *“Aproximación teórica: efectos de la privación de libertad en jóvenes infractores a la ley penal”*, Buenos Aires, Argentina, 2016. (Véase en: <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/anuinv/article/download/8896/9883>)

EL PRINCIPIO DE HUMANIZACIÓN DE LA JUSTICIA JUDICIAL Y SU IMPACTO EN LAS CUALIDADES DEL JUEZ FAMILIAR

LORENA DENIS TRINIDAD*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Humanización de la Justicia Judicial.* III. *Estándares o cualidades del juez humanizado.* IV. *El razonamiento del Juez humanizado.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCION

Desde la implementación en México de derechos humanos en el 2011, se ha dado un dinamismo jurídico que ha producido nuevas corrientes ideológicas, nuevos paradigmas para el sistema de justicia, los cuales han impactado en muchas áreas del derecho. El derecho familiar no es la excepción. Bajo todas estas tendencias, hemos visto el nacimiento de figuras jurídicas que nos hacen reconsiderar los principios generales del derecho procesal.

La “humanización del derecho judicial”, es un nuevo principio del derecho procesal, que el operador jurídico debe conocer e identificar, al impactar y producir un cambio radical en la forma de impartir justicia en nuestro país. De ahí que esta nueva tendencia jurídica, modifique los estándares y exigencias que debe tener juzgador.

Humanizar la justicia judicial, es un término utilizado para poner énfasis, a la necesidad de respetar los principios de derechos humanos en los procedimientos y trámites haciendo juicios efectivos que cumplan con los fines del derecho y se ajusten

* Jueza de Primera Instancia del Distrito Judicial de Tabasco, Contacto: lorenadenis@outlook.com

a la realidad y exigencia de la sociedad, se trata de actuaciones de personas para juzgar a otras personas, cuyos problemas son, por consiguiente, profundamente humanos, sobre todo en el derecho de familia el cual ha sufrido cambios radicales y drásticos.

La humanización del proceso judicial en materia familiar, conlleva a procurar la inmediación del juez con los justiciables en todo proceso, para que aquel pueda conocerlos y apreciar mejor su problema. Se trata entonces, de un juez que no sólo cumpla con cualidades superficiales, suficientes para cubrir un natural idealismo, una personificación a la esperanza o el embellecimientos idealista, sino que se trata de nuevos jueces, “jueces virtuosos”, dado que en ellos descansa la confianza de la Justicia, la tutela y protección de los derechos humanos. Para ello, se analizarán cuáles son los estándares o cualidades que debe tener un juez que garantice el principio procesal de humanización del derecho familiar, haciendo énfasis y tomando como base algunos de los descritos de manera magistral por María Amalia Amaya Navarro,¹ pero enfocándolo a derechos humanos y a la justicia familiar.

En el estudio de estas cualidades, iremos abordando los principios Generales de Derechos Humanos: Progresividad, Indivisibilidad, universalidad, interdependencia, así como todos aquellos principios que rigen actualmente en el derecho de familia como son: El principio de Autonomía de la voluntad, Interés Superior del Menor, Principio de Proporcionalidad, Principio de Igualdad y protección a los integrantes vulnerables de una familia, perspectiva de género, Adulto mayor, inmigrantes entre otros.

La Humanización de la Justicia Familiar, destaca cualidades en el juzgador, según el problema o situación jurídica que se le presenta, según el tipo de juicio, vulnerabilidad de uno o más miembros de la familia o circunstancias de cada caso en

¹ AMAYA NAVARRO, María Amalia, *Virtudes judicial y argumentación, Una aproximación a la ética Judicial. Temas selectos de Derecho Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Serie 6, México, D.F., 2009. http://www.filosoficas.unam.mx/~amaya/publicaciones/06_virtudes.pdf

específico. Situaciones que trascienden e impactan actualmente en la forma en que los jueces deben aplicar el razonamiento jurídico.

Bajo este contexto, en este trabajo se fusiona el estudio de las cualidades de un Juez, con los principios protectores de derechos humanos, en especial, el principio de humanización del derecho judicial.

II. HUMANIZACIÓN DE LA JUSTICIA JUDICIAL

La “Humanización de la Justicia Judicial”, es un término que utiliza Devis Echandia,² denominándolo “Principio de la humanización de la justicia judicial”, considerando que todo proceso judicial de cualquier clase, exige formas y rituales que lejos de ser inconvenientes representan una garantía importante para el debido proceso. ¿Pero de que se trata realmente este concepto? ¿Existe realmente la humanización de la justicia judicial? ¿Han cambiado los principios procesales que rigen el Derecho y por ende, el derecho procesal de la Justicia Familiar?

En los programas de estudios de la mayoría de las Universidades en México, aún no hablamos de este principio, nuestros más grandes procesalistas como Don Cipriano Gómez Lara,³ al tratar de los principios procesales, su enunciación y análisis enuncia como principios procesales del derecho civil, los siguientes: principio de adaptación del proceso, adquisición procesal, concentración, congruencia de sentencias, consumación procesal, contradictorio, convalidación, economía procesal, eficacia procesal, eventualidad, igualdad, impulsión procesal, iniciativa de partes, intermediación, libertad de formas, probidad, protección de prueba por escrito, publicidad, subrogación, subsistencia de cargas, sustanciación, dispositivo e inquisitivo.

² ECHANDIA, Devis, *Teoría General del proceso*, 3ª.ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2004, p. 77.

³ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General de proceso*, 8a. Ed, México, 1990, p. 340.

De Pina y Castaño Larrañaga, apoyándose precisamente en Chiovenda el primer autor citado, hace referencia, a principios lógicos, principios jurídicos, principios políticos, principios económicos, con los cuales un proceso pretende introducir las máximas garantías sociales.⁴

Briseño Sierra, enumera como principios procesales: la imparcialidad del juzgador, la transitoriedad, la igualdad de ocasiones de instancias de partes.

De tal forma, que pudiéramos citar a innumerables procesalistas, que nos dan su opinión y referencia sobre los principios procesales del juicio civil, pero ninguno de ellos, trata sobre el principio de humanización del derecho, ni sobre los principios procesales en derechos humanos que rigen actualmente la Justicia Familiar, siendo que es evidente, que los procesos son fenómenos dinámicos, transitorios y proyectivos y que cualquier procedimiento, tuvo un impacto en México, con las reformas de derechos humanos de junio del 2011 en materia de derechos humanos.

En una sociedad cada vez más compleja, el derecho procesal debe poder funcionar de manera más accesible, humana, rápida y eficaz, para que todo ciudadano pueda hacer valer sus derechos. Se trata entonces, que es indispensable humanizar al máximo los procedimientos y trámites, al tratarse de actuaciones de personas para juzgar a otras personas, cuyos problemas, sobre todo en el ámbito familiar, son eminentemente humanos.⁵

III. ESTÁNDARES O CUALIDADES DEL JUEZ HUMANIZADO

La humanización del proceso judicial en materia familiar, conlleva a procurar la inmediación del juez con los justiciables en todo proceso, para que aquel pueda conocerlos y apreciar mejor su problema.

⁴ *Ibidem*, p. 341.

⁵ ECHANDIA, Devis, *op. cit.*, p. 77.

Se trata entonces, de un juez con muchas cualidades, en su momento *Piero calamandrei*,⁶ escribió sobre las cualidades humanas de los jueces, siendo su estudio una larga experiencia forense que le llevo realizar por más de 40 años, y que concluyo en la obra titulada “El elogio de los Jueces”,⁷ y donde destaca como cualidades del buen juzgador: la fe, el amor, la honestidad, la fortaleza, perfección y el convencimiento.

Existiendo una frase que refleja mucho lo que la sociedad espera de un juez, la cual citamos a la letra:

*Tan elevada es nuestra estimación en la misión del juez y tan necesaria la confianza en el, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro, parecen inconcebibles en él. Los Jueces, tienen que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe en la justicia.*⁸

Es decir, el juez a diferencia de cualquier profesión debe ser un ejemplo de virtud, en todos los aspectos. Ya que en su persona y decisiones se encuentra la fe de la sociedad en la justicia.

Un Juez o Jueza que garantiza la humanización del derecho procesal, no sólo debe cubrir un natural idealismo juvenil, una personificación a la esperanza o embellecimientos idealistas, sino que además de tener determinadas cualidades, debe ser como lo dijo Calamandrei un ser virtuoso, sin olvidar que como parafraseaba el mismo autor: “También los jueces son hombres y mujeres” y que en realidad, el buen funcionamiento de la administración de justicia depende de hombres y no de leyes, por

⁶ CALAMANDREI, Piero, *Derecho Procesal Civil*, 1ra. Serie, Volumen 2, Oxford, México, pp. 252-253.

⁷ CALAMANDREI, Piero, “El elogio de los Jueces” https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429015775_elogiodelosjuecesescritoporunabogado.pdf

⁸ CALAMANDREI, Piero, *Derecho procesal Civil*, op. cit., p. 135.

tanto, los jueces o juezas deben servir a la justicia, pero una justicia que funcione humanamente.

Es decir, un Juez humanizado, debe ser virtuoso, porque en ellos descansa la confianza de la Justicia, pero sin olvidar que ellos también son seres humanos, entonces, podríamos hacernos el cuestionamiento que en su momento hiciera *Malem, Seña, Jorge F.* ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? ⁹¿Pueden las malas personas ser jueces que garanticen el proceso de humanización del derecho?

Un juez que garantice el proceso de humanización del derecho procesal, podría actuar con inconductas impropias o inmorales? En este sentido, deberíamos reflexionar entonces, cuales son los estándares o cualidades que debe tener aquel funcionario judicial que garantice el principio procesal de humanización del derecho familiar.

A este respecto, sustentaremos este análisis en los cinco estándares que enumera de manera magistral María Amalia Amaya Navarro¹⁰ y agregando algunas otras, como virtudes que debe tener un juez, siendo que no son un catálogo distinto de virtudes de otras profesiones, sino que en realidad son un conjunto de rasgos de carácter orientados a la mejor realización de objetivos de la profesión que guarda una relación de “especificación” con respecto a las virtudes morales generales.

Ahora, estas virtudes, se analizarán desde los lineamientos de un Juez que respeta el principio de humanización de derecho familiar.

⁹ MALEM SEÑA, Jorge F., *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, Universitat Pompeu Fabra, Doxa, Barcelona, 2001. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142059.pdf>

¹⁰ AMAYA NAVARRO, María Amalia, *Virtudes judicial y argumentación, una aproximación a la ética Judicial. Temas selectos de Derecho Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Serie 6, México, D.F., 2009. http://www.filosoficas.unam.mx/~amaya/publicaciones/06_virtudes.pdf

1. La imparcialidad

Es de las más necesarias para el desarrollo adecuado de la función judicial. El juez imparcial es el que no permite que razones extrañas al derecho influyan sobre su decisión. No favorece a las partes por razón de amistad, parentesco, afinidad ideológica o religiosa, interés económico o de cualquier tipo.

Esta idea de imparcialidad, requiere la posesión de cualidades como la ausencia de prejuicios o cualquier idea preconcebida y construida culturalmente.

Entonces, ¿Cómo debe ser el actuar de un Juez imparcial que respeta el principio de humanización del derecho de familia?

Las familias han cambiado y este tipo de juez debe estar consciente de esta realidad, nuevos juicios, nuevos paradigmas, nuevas realidades, nuevos problemas familiares: Procesos internacionales, como lo es, la restitución internacional de menores, contratos de maternidad subrogada, parejas homoparentales, mujeres y hombres vulnerables, personas que no tienen posibilidad de acceso a la justicia, inmigrantes con distintos problemas familiares, indígenas, niños, niñas y adolescentes que requieren de protección integral, mujeres víctimas de violencia, por ende, el juez familiar que presuma de garantizar el proceso de humanización del derecho, debe ser totalmente imparcial y libre de prejuicios, como los que se citan a continuación: El hombre es el quien está obligado a proveer las necesidades de una familia; El hombre es el que debe salir a trabajar; La mujer debe es quien de estar al cuidado de los miembros de la misma; Las mujeres son amas de casa; Las mujeres deben hacerse cargo del cuidado de los niños y de los quehaceres del hogar; En una separación los niños deben quedar con la madre; En una separación cada padre debe hacerse cargo de los niños de acuerdo al sexo de éstos; Existen ciertas actividades profesionales para hombres y otras para mujeres; Las obligaciones de crianza de los hijos sólo pertenecen a las mujeres; Algunas mujeres son golpeadas por que se lo merecían; Las mujeres son

víctimas de violencia sexual por su vestimenta. Cuando una mujer trabaja descuida su rol de madre y ama de casa; La esposa que se divorcia no debe recibir pensión por que nunca trabajó durante el matrimonio.

De igual forma, debe detectar desde el inicio, durante y hasta la conclusión de un procedimiento, cualquier barrera u obstáculo que pudiera producir desventajas en una u otra parte o eliminar cualquier situación que pudieran discriminar a las personas por razón de su sexo y género.

Bajo este contexto, es indispensable que los jueces en materia de familia, que garanticen el proceso de humanización del derecho, sean totalmente imparciales, juzguen con perspectiva de género, visualicen los estereotipos de género y las categorías sospechosas que pueden presentarse por la imagen concebida y aceptada por la mayoría de los integrantes de una sociedad. Se trata de quien imparta justicia humanizada este compelido a que los derechos de hombres y mujeres se traduzcan en una realidad y en un plano de igualdad, sin discriminación y acceso a la justicia.

La perspectiva o visión de género es una categoría analítica que toma que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma teórica, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad.¹¹

Un Juez imparcial humanizado, debe esencialmente tomar en cuenta dos preceptos constitucionales en el ámbito nacional, y que a continuación citamos:

Artículo 1º. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la

¹¹ HENDEL, Liliana, *Perspectiva de Género para la niñez*, Unicef, Argentina, 2017, p. 4. https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/COM-1_PerspectivaGenero_WEB.pdf

condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 4º. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Efectivamente, aun cuando constitucionalmente pareciera que debe quedar claro que está prohibida toda forma de discriminación y que el varón y la mujer somos iguales ante la ley. Que el núcleo conceptual debemos distinguir “sexo” y “género”. Pues el primero se refiere a diferencias biológicas entre hombre y mujer, el segundo se refiere a costumbres, prácticas y normas en un determinado contexto sociocultural y momento histórico.¹² Lo cierto, que en la realidad, al juzgar muchas veces, no tomamos en cuenta la trascendencia y el enfoque de género que se desprenden de dichos preceptos.

Bajo este contexto, un juez humanizado debe respetar el principio de igualdad, de no discriminación e imparcialidad juzgando con perspectiva de género.

2. La sobriedad o prudencia

Que es aquella en el que el juez no se deja llevar por los impulsos sino que tiene la capacidad de controlar sus deseos y sujetarlos a la razón. Este tipo de juez examinará las distintas alternativas y en las consecuencias que se siguen antes de aceptar una hipótesis. Es decir, examinará cuidadosamente los hechos de los casos antes de tomar una decisión. El juez que respeta el principio de humanización de justicia familiar, debe ser prudente y sobrio. Y ello equivale a eliminar procesos mentales establecidos o ideas preconcebidas, como decimos comúnmente, reaprender nuevamente.

¹² TRAMONTANA, Enzamaría, “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte de San José”, *Revista HDM*, p. 143.

Citemos un ejemplo: El divorcio incausado o divorcio sin causa, es un procedimiento que no se encuentra legislado o contemplado en la mayoría de los Estados, no obstante, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 73/2014, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 28/2015 (10a.), de título y subtítulo: “DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS)”, implícitamente incorporó la figura del divorcio sin expresión de causa en el sistema jurídico mexicano.

En este contexto, al juez familiar que se le presenta esta situación, probablemente su primer deseo sería desechar dicha solicitud por no existir esa figura contemplada en su ordenamiento legal y tampoco tener una regulación especial para su tramitación, ese es el primer impulso o deseo, lo cual hasta cierto punto podemos considerar que es comprensible, ya que el pensamiento jurídico que generalmente forma parte de la formación de jueces en México, es totalmente positivista, de esta forma, si no está en la ley, no existía para el derecho.

Sin embargo, un juzgador que tenga la cualidad de la “sobriedad”, como principio de humanización de derecho, aplicará la razón y admitirá la petición de divorcio incausado bajo las reglas procesales que rigen el juicio de divorcio en lo general, así como las del divorcio necesario que sean acordes y no contravengan la naturaleza del divorcio incausado.

Es decir, el juez prudente humanizado es aquel que antepondrá su deseo inmediato a la razón para juzgar bajo los principios de derechos humanos y de convencionalidad.

3. La valentía

El juez debe tener la fortaleza necesaria para enfrentar peligros que se le puedan presentar en el ejercicio de su función. Es decir, debe tomar decisiones sin temer las consecuencias que esta pueda tener en cuanto a su status o aprobación social. Se trata entonces de una valentía intelectual.

El juzgador que vela por el principio de humanización de derecho judicial no debe temer aplicar principio *pro homine*, aplicar convencionalidad o desaplicar algún precepto por inconstitucional o inconveniente, si es necesario, debe ser valiente para ponderar principios de derechos humanos, para impartir justicia de acuerdo a la realidad que la sociedad está viviendo.

Debe ser valiente para eliminar cualquier obstáculo que infrinja los principios de derechos humanos, que no garantice el derecho humano, inclusive debe renunciar al propio pensamiento, sin temor a la opinión tradicional.

Un ejemplo de ello, lo constituye, los matrimonios homoparentales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en jurisprudencia definida¹³ que las definiciones legales de matrimonio que contengan la procreación como finalidad de éste, vulneran los principios de igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 1o. de la Constitución, al excluir injustificadamente a las parejas del mismo sexo de dicha institución, toda vez que no está directamente conectada con dicha finalidad. Sin embargo, existen muchos ordenamientos del país, que aun contemplan la procreación como finalidad.

Un Juez Valiente, debe decidir como lo ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, protegiendo a la familia como realidad social, es decir, todas las

¹³ Tesis: 1a./J. 85/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 184.

formas y manifestaciones de familia que existen en la sociedad, entre las que se encuentran las homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos, pues de lo contrario, se excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales, lo que ocasiona que se les prive de obtener los beneficios tangibles e intangibles que otorga dicha institución a estas parejas y a los niños que decidan criar.

Lo mismo sucede al aplicar convencionalidad, o desaplicar algún precepto por inconstitucional o inconvencional, un juez que cumple con el principio de humanización judicial debe dar cumplimiento a los ordenamientos nacionales e internacionales, garantizando los derechos humanos con valentía a fin de que sea un garante de los derechos humanos de las personas.

4. La sabiduría

Un juez virtuoso es un juez sabio. Y la sabiduría debe ser no sólo teórica, sino también práctica, el juez virtuoso debe ser un estudioso continuo que tenga estímulo de la investigación científica y jurídica, quien debe conocer todo el sistema de protección de Derechos Humanos Universal e Interamericano.

Un Juez sabio que protege el principio de humanización de derecho debe conocer, aplicar y garantizar todos los principios rectores de derechos humanos a nivel general, y en específico los principios de derecho de familia: Los principios de Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, el Interés Superior del Menor, el principio de Proporcionalidad, los principios de Igualdad y protección a los integrantes vulnerables de una familia: Perspectiva de género. Adulto mayor, inmigrantes.

4.1. Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad¹⁴

El artículo primero de la Constitución Federal reconoce los principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad de los derechos humanos que han sido reconocidos y desarrollados con la protección internacional de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

- a) **Principio de Universalidad** Los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual, sin discriminación alguna. El párrafo quinto del artículo primero citado, prohíbe toda discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas y enuncia: “por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra”. No obstante, en ocasiones, para lograr la igualdad real se deben atender las circunstancias o necesidades específicas de las personas. Todas las personas son titulares de todos los derechos humanos, en eso consiste el principio de universalidad, estrechamente relacionado con los derechos a la igualdad y no discriminación.
- b) **Principios de Interdependencia e Indivisibilidad:** Los derechos humanos son interdependientes, es decir están vinculados entre ellos y son indivisibles, que no pueden separarse o fragmentarse unos de otros. Todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales deben comprenderse como un conjunto. Lo anterior, también implica que el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de derechos; así como la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos.

¹⁴ Cfr. Comisión Nacional de Derechos Humanos “*Los principios de Universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de derechos humanos*”, Home Print, S.A. DE C.V., México, Agosto 2018, p. 8-15.

- c) Principio de Progresividad:** paso a paso, sin retrocesos El principio de progresividad de derechos humanos implica el gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento, es decir, que para el cumplimiento de ciertos derechos se requiera la toma de medidas a corto, mediano y largo plazo, pero procediendo lo más expedita y eficazmente posible. El principio de progresividad se ha relacionado particularmente con los derechos económicos, sociales y culturales, pero aplica también para los civiles y políticos, procurando por todos los medios posibles su satisfacción en cada momento.

4.2. Interés Superior del Menor

El interés superior del niño, es un concepto indeterminado, un principio universal de derecho humano que surge de una transformación cualitativa de interpretación, comprensión y atención a las personas menores de edad. Y dada la importancia de su satisfacción los operadores jurídicos deben seguir lineamientos mínimos para su correcta observancia y aplicación: En primer lugar, debe atender cuál es su naturaleza, comprender que cada niño es distinto, identificar cual es el sistema de protección que existe a favor de la niñez, ponderarlo siempre como un derecho prioritario cuya satisfacción debe ser inmediata. Atender a las circunstancias personales del menor, no separarlo abruptamente de sus padres, ni de su residencia habitual, siempre debe escucharse la opinión del menor atendiendo a su edad y estado de madurez y por último, debe tomar en cuenta cuales son las políticas públicas económicas y jurídicas que deben implementar en los Estados para garantizarlos.¹⁵

4.3. Derecho Prioritario

Los derechos del niño, son un derecho prioritario. Y prioritario, según la real

¹⁵ DENIS TRINIDAD, Lorena, Interés superior del niño, lineamientos que debe seguirse en su correcta observancia y aplicación, *Revista Primera Instancia*.

academia española,¹⁶ proviene del latín medieval “*prioritas*” *prior.-oris*, que significa: El primero entre dos, anterior, Anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden. Anterioridad o precedencia de algo respecto de otra cosa que depende o procede de ello. Es decir, que antes de considerar cualquier otro derecho o principio, debe ponderarse el “interés superior del niño”. Y este, debe ser satisfecho antes en tiempo y orden que cualquier otro.

De tal manera, que si tomamos en cuenta la “ley de peso” o el juicio de ponderación de derechos, de la que habla Robert Alexy:¹⁷ “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de unos de los principios, tanto mayor sea el grado de la importancia de la satisfacción de otro”, cuando debamos realizar una ponderación de derechos, siempre será de mayor relevancia, los derechos del niño.

En este orden de ideas, un juez sabio que respeta el principio de humanización del derecho judicial, podrá percatarse que si estamos ante un derecho de un adulto y un derecho del niño, prevalecerá siempre este último. Ejemplo: Si un asunto del orden penal, el Fiscal Adscrito dicta medida de protección y de seguridad para que el menor sea depositado en un albergue. Es innegable, que cuando el juez conozca del asunto, debe determinar lo concerniente a las medidas relacionadas con el menor (antes que otro). Y no esperar, resolver la situación jurídica del adulto, para después, determinar si debe prevalecer o no las dictadas respecto al niño. Asimismo, si nos encontramos ante un derecho sustantivo y ante derechos del niño deberá prevalecer siempre el derecho del niño. El interés superior del menor, implica la **Protección y Bienestar del menor**. Estos son dos vocablos “protección” y “bienestar”, al que podemos denominar la fórmula mágica para ponderar el interés superior del niño. El principio “interés Superior del niño”, es utilizado por la mayoría de los operadores jurídicos para apoyar sus decisiones, pero realmente las decisiones que se toman satisfacen

¹⁶ Cfr. Diccionario de la Real academia Española, <http://dle.rae.es/?id=UCd7HKS>.

¹⁷ CARBONELL, Miguel (coord.) Alexy Robert, “*Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*”, UNAM, Porrúa, México, 2011, pp. 1-25.

dicho principio. O a veces, se cometen excesos, atrocidades o violaciones a la integridad física, psicológica del menor amparado en ello.

Y entonces, ¿cómo puede saber el juez sabio si su decisión es adecuada o no? La respuesta está en atender a la formula o solución que nos da el propio artículo 3º de la Convención del Derecho del Niño, párrafo segundo,¹⁸ esencialmente cuando dice: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”,¹⁹ es decir, el operador jurídico, debe cuidar que su decisión realmente cumpla con dar protección y bienestar, en un ejercicio de mayéutica jurídica propuesta por Sócrates, podríamos hacernos las siguientes interrogantes:

1º. ¿Mi decisión, realmente protege al menor?

2º. ¿Mi decisión le otorga lo necesario para su bienestar?

3º. ¿Existe alguna otra forma de que el menor este mejor protegido y con mayor bienestar respecto de la que estoy decidiendo?

Si la respuesta alguna de las dos primeras interrogantes es NO, entonces, significa que mi decisión no está atendiendo al Interés Superior del Menor. Ejemplo: Decidir en primer orden separar al menor de su seno familiar, de su residencia habitual, para colocarlo abruptamente en un albergue, sin atender que existen otras posibilidades de otorgarle su protección y bienestar, como podría ser: Quedar al cuidado de algún familiar, que permanezca en el seno familiar bajo vigilancia periódica. Es por ello, que los jueces que respetan el principio de humanización del derecho, tiene la obligación de que cuando se trate situaciones de menores donde su protección es de mayor intensidad, debe realizar un estricto escrutinio de todos los elementos, es decir, todas las autoridades deben asegurar y garantizar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en las que se les involucre, todos los niños, niñas y adolescentes que

¹⁸ *Op. cit.*, p. 3.

¹⁹ *Cfr.* Artículo 3º de la Convención del Derecho del Niño, párrafo segundo.

tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, esto es, los que aseguran la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, elementos -todos- esenciales para su desarrollo integral. En ese sentido, el principio del interés superior del menor de edad implica que la protección de sus derechos debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas reforzadas o agravadas en todos los ámbitos que estén relacionados directa o indirectamente con los niños, niñas y adolescentes, ya que sus intereses deben protegerse siempre con una mayor intensidad. Razonamientos lógicos – jurídicos que forman parte del criterio de jurisprudencia emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable bajo el rubro: “INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES”.²⁰

4.4. Principio de Proporcionalidad y reciprocidad

Es el principio procesal que los jueces familiares debemos utilizar para resolver lo concerniente a alimentos, los alimentos se fijan atendiendo a la titularidad del derecho reclamado, las necesidades del acreedor, posibilidad del deudor y circunstancias aplicables al caso específico,²¹ por lo tanto, un parámetro matemático es insuficiente para cumplir con dicho principio, según el criterio de jurisprudencia siguiente: ALIMENTOS. EL PARÁMETRO ARITMÉTICO PARA FIJAR LA PENSIÓN RELATIVA, ES INSUFICIENTE PARA CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).²²

²⁰ Tesis: P./J. 7/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I.

²¹ *Cfr.* Artículo 307 del Código Civil del Estado de Tabasco.

²² Tesis: VI.2o.C. J/248, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Enero de 2005, Tomo XXI, p. 1465.

4.5. Principios de Igualdad y protección a los integrantes vulnerables de una familia: Perspectiva de género. Adulto mayor, inmigrantes

Este principio lo hemos estado analizando en líneas anteriores, precisamente cuando estudiábamos lo concerniente a la cualidad de imparcialidad. Sin embargo, debemos destacar que en cuanto al adulto mayor, no existe definido como tal, y como sucede en interés superior del menor, un principio determinado.

5. La Justicia

La propia María Amalia Amaya Navarro,²³ nos indica la complejidad de definir esta virtud, de esta manera, destaca lo señalado por Hart, refiriendo que la justicia es la más “jurídica” de las virtudes y una virtud especialmente apropiada para el derecho. La virtud de la justicia se puede predicar tanto de las instituciones sociales como de los individuos. La propia autora, cita a Rawls, aduciendo que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales; pero para Sócrates, Platón y Aristóteles, la justicia es una virtud de los individuos. Así entendida, sin embargo, su análisis presenta notables complicaciones.

Y en la parte final de su exposición, la autora cita a Aristóteles, con motivaciones características (por ejemplo, la virtud de la benevolencia involucra una disposición a tener motivos benevolentes), no hay un único motivo característico de la persona injusta, sino que la injusticia es una disposición a actuar por motivos por los que una persona justa no actuaría (por ejemplo, celos, deseo de venganza, miedo, etcétera.). Según Aristóteles, la justicia es una disposición que tiene dos campos de aplicación: el distributivo y el rectificador. La justicia distributiva es la relativa a la distribución del honor, la riqueza, etcétera, entre aquéllos que forman parte de una comunidad política.

²³ AMAYA NAVARRO, María Amalia, *op. cit.*, p. 31.

La justicia rectificadora se ocupa de restaurar la igualdad entre personas en aquellos casos en los que una de ellas ha ocasionado un daño a la otra. Ambos tipos de justicia están, según Aristóteles, íntimamente ligados a la idea de igualdad. Mientras que la justicia distributiva es una disposición a hacer distribuciones iguales entre personas iguales (en los aspectos relevantes), la justicia rectificadora es también una forma de igualdad, una disposición a restablecer la igualdad que ha sido destruida por la acción de una de las partes. El juez, por lo tanto, debe tener una disposición a promover la justicia, tanto distributiva como rectificadora, en otras palabras, el juez justo es aquel que debe promover la igualdad en la distribución y a restablecer la igualdad cuando ésta ha sido perturbada (por ejemplo, porque un bien jurídico, protegido penalmente, ha sido lesionado, o porque una de las partes ha incumplido sus obligaciones civiles, etcétera). El juez, en palabras de Aristóteles, debe ser “el guardián de la justicia.

Bajo esta referencia doctrinal, nos debe quedar claro que un juez justo y humanizado, respetará el acceso a la administración de justicia y cumplirá con los plazos razonables. Esto es, el juez que respeta el principio de humanización del derecho judicial, debe detectar y eliminar cualquier obstáculo que infrinja la figura jurídica de “plazo razonable o acceso a la justicia” cuantas veces por cuestiones de índole burocrático, un juicio puede durar muchos años: Ante la falta de peritos, psicólogos, expertos, falta de espacios en la agenda judicial, falta de personal, de equipo tecnológico.

Cuántas veces las partes pretenden tener acceso a la justicia, pero resulta que el trámite burocratizado de muchos de los juzgados familiares no se le permite.

Ejemplo 1: Juicios de Interdicción, donde la Secretaría de Salud, aduce que no puede proporcionar médicos alienistas. Y los procesos pueden tardar meses o hasta años buscando los dos alienistas exigidos por la legislación.

Ejemplo 2. Juicios de alimentos, donde la peticionaria con mucho sacrificio por falta de recursos económicos pudo llegar al juzgado a entablar su demanda, pero resulta que ese día no se llevará el oficio de embargo respectivo, si no le dirán venga nuevamente una y otra vez.

Ejemplo 3. Medidas que requieren “urgencia” por solicitar o ser para personas vulnerables pero pasan meses para que el juzgado pueda proveer.

Y así, podríamos dar numerosos ejemplos. Un juez justo humanizado debe ser capaz de detectar barreras, situaciones de vulnerabilidad y acortar plazos para impartir justicia de manera humanizada.

6. Independencia Judicial

Tratándose de la independencia judicial, existen diferentes ordenamientos, lineamientos, principios, directrices nacionales e internacionales que contemplan a la independencia judicial como condición necesaria para el respeto de los derechos humanos.

Las principales regulaciones jurídicas sobre el Poder Judicial están contenidas en las Constituciones vigentes en los países de Centroamérica y Latinoamérica. En efecto, las cartas constitucionales suelen regular los aspectos más relevantes de la organización y funcionamiento de la judicatura. La división de Poderes ajenos, de ese modo, se otorga mayores garantías de rigidez y permanencia al régimen jurídico del Poder Judicial, limitando las posibilidades de que sea alterado y manipulado con fines políticos. Y es que, si el régimen jurídico institucional está previsto en la Constitución, para su cambio se requiere seguir el procedimiento especial de reforma constitucional, lo que supone cumplir mayores exigencias formales y votaciones superiores a las establecidas respecto de la aprobación de las leyes ordinarias. En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la Asamblea General estableció en el

año de 1985, los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, los cuales especifican las garantías mínimas a observarse para asegurar la independencia en la función jurisdiccional. Principios formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura, ponderando que los Jueces deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacionales. Estos principios se han elaborado teniendo presentes principalmente a jueces profesionales, pero se aplican igualmente, cuando sea procedente, a los jueces legos donde éstos existan. Principios en los que se hace referencia a que el Estado debe garantizar la independencia judicial y que debe evitarse cualquier intromisión indebida o injustificada en un proceso judicial, ponderando entre otros: libertad de expresión y asociación, competencia profesional, selección y formación, condiciones de servicio de inmovilidad, el secreto profesional y las medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo.

Existen un sin número de documentos y manuales que establecen estudios, diagnósticos, directrices y parámetros en relación a la independencia judicial, fundada sustancialmente en lo previsto por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana que textualmente dicen:

Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo

ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

De ahí, que se desprendan una serie de obligaciones estatales que se deben garantizar a las personas afectadas en sus derechos para la búsqueda de justicia en sus respectivos casos. Adicionalmente, de dichas obligaciones estatales se desprenden determinadas garantías que los Estados deben brindar a las y los operadores de justicia a efecto de garantizar su ejercicio independiente y posibilitar así que el Estado cumpla con su obligación de brindar acceso a la justicia a las personas.

Por su parte, el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 58 de su Reglamento, con el objetivo específico de identificar las obligaciones que los Estados partes de la Organización de Estados Americanos (OEA) han asumido para asegurar el acceso a la justicia a través de garantías que deben ofrecer a las y los operadores de justicia para una actuación independiente, ampliando la sistematización de los estándares de derecho internacional e identificando algunos obstáculos que persisten en los Estados del hemisferio. La Comisión Interamericana, ha reiterado que las juezas y los jueces son los principales actores para lograr la protección judicial de los derechos humanos en un Estado democrático, así como del debido proceso que debe observarse cuando el Estado puede establecer una sanción en contra de dichos funcionarios. A ese respecto, cabe citar dos casos emblemáticos en relación a la independencia judicial. El (*caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*) donde la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con determinadas garantías debido a la independencia necesaria del Poder judicial para los justiciables, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. Dichas garantías son un corolario del derecho de acceso a la justicia que asiste a todas las personas y se traducen por ejemplo, en el caso de las juezas y

jueces provisorios y que requieren de estabilidad, se analizó que la independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías de debido proceso, por lo cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. Definiendo entonces, la Corte Interamericana que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive en situaciones especiales. Y el (*Caso Apitz Barbera y otros, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo vs. Venezuela*), en donde la Corte condena a la necesidad de adecuación del derecho interno atendiendo a los parámetros de la Convención, a fin de que se adoptara “medidas inmediatas para lograr un impulso eficaz de la aprobación del Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos, de que exista orden y reconocimiento en la labor de los jueces, de tal forma que se asegure que “dicha jurisdicción sea conforme con la Convención Americana y permita garantizar la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, debiéndose asegurar que en el proceso de selección de los jueces no intervengan criterios políticos u otras consideraciones indebidas.

El código Iberoamericano de ética judicial en su exposición de motivos, destaca como antecedentes, el estatuto del juez Iberoamericano aprobado en canarias en el año 2001, así como la carta de derechos de las personas ante la justicia en el ámbito judicial Iberoamericano (Cancún 2002), en los citados instrumentos de corte internacional, emitidos en el seno de las cumbres Iberoamericanas de presidentes de cortes supremas y Tribunales Supremos de Justicia, se alude a la evolución que las sociedades han tenido, que sin duda alguna vuelve aún más complejas las relaciones entre los gobernados y entre éstos y quienes detentan el poder público, circunstancias que sin duda alguna han situado al juez como encargado de ejercer la jurisdicción en nombre del estado para resolver los conflictos, en una situación de protagonismo no intencional, ni provocada con el afán de captar reflectores incongruentes con su labor cotidiana, sino por el hecho de que se hayan aumentados los conflictos y las materias sobre las que versan, que no es más que el reflejo de la dinámica social cambiantes, así

como de la necesidad latente de legitimar en muchos de los casos las decisiones provenientes del poder ejecutivo y/o del legislativo, quienes al carecer de credibilidad ante los ciudadanos, han optado por plantear ciertos litigios en instancias legales, con el fin de que ésta en funciones de árbitro judicial, determine lo procedente, otorgando a la decisión el carácter preponderante de verdad legal, que acabe en la mayoría de los casos con los cuestionamientos derivados de la falta de credibilidad y confianza en la sociedad, es decir que se ha tomado a los tribunales como instancias legitimadoras de un gran número de decisiones derivadas de los otros dos poderes con quienes co-gobierna. La problemática que se plantea, exige desde luego, que el poder judicial y específicamente los jueces, respondan adecuadamente a esa demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades, que realmente los jueces respondan a esa clara idoneidad técnica, profesional y ética, porque de ellos depende en último término la calidad de la justicia que se ofrece a la sociedad en general. Se requiere evolucionar hacia la consecución o consolidación de su independencia, no como un privilegio de los jueces, sino como un derecho de los ciudadanos y garantía del correcto funcionamiento del estado constitucional y democrático de derecho que asegure una justicia accesible, eficiente y previsible.

Sobre el tema de la independencia judicial, se han escrito diversos artículos, obras completas y se han dedicado proyectos de investigación, que sin duda alguna no terminan por agotar o abordar las múltiples aristas, dada la complejidad que en sí mismo encierra la temática, ¿pero será la independencia del juez un tema tradicional? pues aun cuando se han esgrimido numerosos escritos, la realidad es que aún existen muchos obstáculos para que los jueces obtengan independencia judicial.

La independencia judicial entonces, se manifiesta en el acto mismo de juzgar ejerciendo con libertad absoluta, la facultad jurisdiccional, al emitir una sentencia en un determinado caso concreto sometido a su consideración, puesto que tal acto y en

consecuencia el producto emanado del mismo (resolución judicial definitiva), deben obedecer únicamente a las constancias de los autos con exclusión de toda influencia externa o interna que pudiera afectarla con tintes de parcialidad.²⁴

Las personas que se someten a procesos familiares, requieren como un derecho humanos de Jueces independientes, de un sistema judicial sin factores internos o externos que influyan en él, pues son los principales actores para lograr la protección judicial de los derechos humanos en un Estado democrático.

7. La Sencillez

Efectivamente un Juez debe tener como estándar la **sencillez**, debe dar un trato sencillo y no arrogante a los involucrados, Devis Echandia²⁵ afirma que el Juez, debe compensar la ignorancia y pobreza de las partes que obstaculiza su derecho de defensa, tutelándolo en cuanto sea posible el uso real y efectivo de las facultades inquisitivas probatorias, de dirección de proceso, de fraude procesal, y colusiones de actos desleales de abogados. Se trata entonces de un ser que impere confianza en una buena justicia y eliminar temores que ordinariamente produce.

La sencillez en un juez es elemental en la justicia humanizada, dado que las partes deben saber que pueden ser escuchados en el momento que así lo consideren. De ningún modo, puede encontrarse ante un juez déspota, prepotente, con problemas emocionales de algún tipo.

La sencillez se refleja también en el propio juzgado, es increíble por ejemplo, que existan lugares de administración de justicia donde no existan sillas, las personas pasan horas en su audiencia sin tener la posibilidad de hacerlo cómodamente. Pero eso

²⁴ DENIS TRINIDAD, Lorena, La independencia judicial, como condición necesaria para garantizar derechos humanos, sus obstáculos y retos, UJAT, México, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, año 4, no. 8 Enero- Junio, 2017.

²⁵ ECHANDIA DEVIS, *op. cit.*, p. 345.

sí, si hay sillas, las mismas están ocupadas por torres de expedientes, pareciere que los expedientes tienen más derechos a un trato humano que las partes involucradas.

Un juez sencillo debe procurar (independientemente de los recursos que se le proporcione la institución) que él pueda administrar justicia con los recursos que tiene.

IV. EL RAZONAMIENTO DEL JUEZ HUMANIZADO

Como ya referimos, un Juez humanizado debe ser sabio en todo el sistema de protección de derechos de humanos, sabe todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional, debe conocer los principios rectores de derechos humanos. Pero además, debe razonar adecuadamente. Para ello, debe saber la estructura de su pensamiento, debe utilizar la lógica y la argumentación jurídica.

No se concibe aun juez humanizado que no conozca ni el tipo de pensamiento jurídico al que pertenece: Iusnaturalista, positivista, realista o de alguna escuela de pensamiento jurídico. No se concibe una institución, sino sabe o ignora qué tipo de jueces está eligiendo o formando. Que sólo navega con la corriente, pero sea incapaz de crear nuevas estructuras y nuevas generaciones de jueces.

El razonamiento de un juez humanizado requiere que éste conozca y se deje guiar por los principales autores de la interpretación y argumentación Jurídica, por citar algunos: Ricardo Guastini, Manuel Atienza, Jose Raz, Robert Alexius, Herbert L.A Hart, Ronald Dworkin, Luis Rencansens Siches, Juan Ruiz Manero, Javier Esquiaga, Luigui Ferrajoli, Paolo Comanducci, Aharon Barak Erenesto Garzón Valdez, Ferrajoli, Toulmin, MacCormick, Noberto bobbio.

El juez humanizado debe aplicar parámetros de Constitucionalidad, interpretación conforme, principio pro – persona para legitimizar la optimización del derecho humano en riesgo, distinguir el control difuso de convencionalidad, distinguir entre

casos fáciles y casos difíciles, saber cuándo nos encontramos ante colisión de principios de derechos humanos, saber cuándo desaplicará la dimensión del derecho humano optimizado, cuando nos encontramos ante un conflicto sin efecto “*erga omnes*”.

Es decir, un juez humanizado debe conocer lo que Guillermo Nieto Arreola²⁶ ha denominado “Derecho Procesal Convencional”, considerándolo de esta forma, dado que la teoría general del proceso ha mutado, tiene nuevas tendencias, en los que es evidente la existencia de nuevos procesos, por tanto el papel de jueces nacionales y los métodos para aplicar la nueva convencional, los ha denominado derecho procesal convencional, pues la teoría general del proceso se encuentra ante distintos desafíos, al romper paradigmas internos de las distintas materia jurídica.

Y en este sentido, el control de convencional a cargo de jueces no es la excepción y debe respetar este derecho, en nuestro concepto, un juez que respeta la humanización de la justicia judicial debe aplicar todos los métodos y reglas de convencionalidad.

Veamos algunas reglas de este procedimiento, el control difuso de convencionalidad tiene dos dimensiones que guían la actuación de un juez nacional, consistente en una menor que implica la aplicación de principio pro persona e interpretación conforme para justificar la resolución de un conflicto y una mayor que supone la declaratoria de desaplicación de la norma cuando no cumpla los parámetros de convencionalidad.²⁷

²⁶ NIETO ARREOLA, Guillermo, *Derecho Procesal Convencional*. Esta obra aún no ha sido publicada, agradezco la atención del doctor hacia mi persona para compartirla.

²⁷ NIETO ARREOLA, Guillermo y COUTIÑO GUIZAR, Luis Alejandro, *control difuso de convencionalidad en México. Metodología teórica y práctica*, Editorial Laguna, México, 2016, p. 67.

V. CONCLUSIONES

En México, la implementación, garantía y cumplimiento de los Derechos Humanos en el sistema de Justicia, requiere de “Jueces Virtuosos” que tengan las cualidades siguientes: imparcialidad e independencia, la sobriedad o prudencia, valentía, sabiduría, justicia, sencillez, independencia. Cualidades que van más allá de idealismos o romanticismos en la figura del juzgador. Si no que se caracterizarán por el respeto del principio de humanización de la Justicia Judicial y de todos los principios procesales de derechos humanos.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Editorial Fontoroma, México, D.F., 2011.
- CARBONELL, Miguel, *Argumentación Jurídica, El juicio de Ponderación y Principio de Proporcionalidad*, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México,
- CARNELUTI, Francesco, *Clásicos del Derecho*, volumen 5, Editorial Oxford, México, 2000.
- COSSIO D., José Ramón, *Cambios social, cambio jurídico*, 1ra. Edición, Editorial ITAM, México, 2001.
- ECHANDIA, Devis, *Teoría General del proceso*, 3ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General de proceso*, 8a. Ed, México, 1990.
- HENDEL, Liliana, “*Perspectiva de género para la niñez*, argentina, 2017.
- HERRENDORF, Daniel, *El poder de los Jueces*, 3ra. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- HIGUERA CORONA, Jorge, “La independencia judicial, columna vertebral de los restantes principios, valores y virtudes de la función judicial”, *Revista Jurídica de la UNAM*, México, 2015.

- LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los Jueces*, Editorial Legis, Colombia, 2002.
- LOPEZ RAMOS, *Autonomía e independencia Judicial garantizan la plena defensa de los derechos humanos*, Editorial laguna, s.a. de c.v., México, 2012.
- MALEM SEÑA, Jorge F., *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?* Universitat Pompeu Fabra, Doxa, Barcelona, 2001.
- México, 2001.
- NIETO ARREGOLA, Guillermo, *Control difuso de convencionalidad en Mexico*, Editorial Laguna.
- PARODI REMÓN, Carlos, *La Carrera Judicial en América latina*, UNAM, México, 2002.
- PEREZ FUENTES, Gisela María, *Temas actuales de estudios Jurídicos*, Editorial tirant lo blanch, México, 2016.
- RAMIREZ GARCIA, Hugo Saúl, *Familia, Semántica de la humanidad, memorias de la II Jornadas Universitarias sobre la Familia*, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2012.
- REYNOSO DAVILA, Roberto, *La misión del juez ante la Ley injusta*, editorial Porrúa, México, 2002.
- RICO, José Ma., *Independencia judicial en América latina*, Florida Internacional, University, Miami, Fla U.S.A, Editorial Lil, S.A. San Jose Costa Rica, 1990.

Hemerografía

- AMAYA NAVARRO, María Amalia, *Virtudes judicial y argumentación, Una aproximación a la ética Judicial. Temas selectos de Derecho Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Serie 6.* México, D.F. 2009.
- BIACOTTI, Ricardo S., *“Independencia del Poder judicial y Presupuesto “Anuario de derecho Público, Buenos Aires, año 2007, número 10.p.54.*

- ENZAMARIA, Tramontana, “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de jurisprudencia de la Corte de San José, *Revista HDM*.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Juicio político a jueces, independencia judicial y desvío de poder” sobre el caso constitucional vs. Ecuador, *Revista Jurídica de la UNAM*, México, 2015.
- GONZALEZ PLACENCIA, Luis, “La formación de los Formadores Judiciales En México”, *Revista del Instituto de Judicatura Federal*, México, 2003.
- MARTIN ORTIZ, José Hugo, “La independencia Judicial, comentarios dirigidos a los estudiantes que se inician en la carrera de derecho”, *JUS*, Nueva Época, no. 13, noviembre-diciembre 2004, México.
- NEGRETTO, Gabriel L., “Diseño Constitucional de Poderes en América Latina”, *Revista Mexicana de Sociología*, México, año 65, número 1, Enero – Marzo 2003, pp. 43-72.

Corte IDH

- MORA MORA, Luis Paulino, *La independencia del Juez como derecho Humano*, San José Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

Jurisprudencia

- Tesis: 1a./J. 85/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 184.
- Tesis: P./J. 7/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I.
- Tesis: VI.2o.C. J/248, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Enero de 2005, Tomo XXI, p. 1465.

Páginas de internet

[http: www. biblio.juridicas.unam.mx/libros/95/10.pdf](http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/95/10.pdf)
[http: www.congresobc.gobmx.](http://www.congresobc.gobmx)
<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142059.pdf>
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_esp.pdf.](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_esp.pdf)
[http://www.dplf.org/es/resources/informe-presentado-en-audiencia-derechos humanos-e-independencia-judicial-en-guatemala-154.](http://www.dplf.org/es/resources/informe-presentado-en-audiencia-derechos-humanos-e-independencia-judicial-en-guatemala-154)
http://www.filosoficas.unam.mx/~amaya/publicaciones/06_virtudes.pdf
<https://cejil.org/.../organizaciones-cuestionan-ante-la-cidh-independencia>
[https://www.oas.org/es/cidh/defensores/.../Operadores-de-Justicia-2013.](https://www.oas.org/es/cidh/defensores/.../Operadores-de-Justicia-2013)
www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf
www.juridicas.unam.mx
www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/003.asp
www.ohchr.org
www.ordenjuridico.gob.mx
www.un.org/es/icj/

LOS DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN RESPECTO DEL PROCESO PENAL MEXICANO

PAOLA GUTIÉRREZ GARCÍA *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los derechos humanos dentro de la Constitución respecto del proceso penal mexicano.* III. *Conclusiones. Realidades y retos.* IV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad analizar los preceptos constitucionales en materia de derechos humanos, insertados dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto del proceso penal, de tal manera que si bien no se agote el tema por lo extenso del mismo, jurisprudencialmente hablando, si se analice en su totalidad los artículos 1, 16, 17, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo referente a los derechos humanos de las personas dentro de un proceso penal, de corte acusatorio.

En este análisis se abordará lo planteado en la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de tal manera que nos de luces para resolver el planteamiento sobre la efectividad del ejercicio de los derechos humanos dentro del proceso penal, y saber si al ser insertados los derechos humanos, dentro del sistema jurídico positivo, son eficientes o efectivos, evaluando la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y calidad de los mismos.

* Maestra en Derecho Constitucional, Amparo y Derechos Humanos, Maestra de Procuración de Justicia en Sistema Penal Acusatorio y Doctorando en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, el Programa de PNPC de CONACYT. Contacto: paogutzgar@hotmail.com

II. LOS DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN RESPECTO DEL PROCESO PENAL MEXICANO

1. Los derechos humanos en su concepción teórica

Los derechos humanos son derechos subjetivos, consideradas expectativas formadas en todas las personas con relación a la acción u omisión de los Estados, de acuerdo con lo planteado por Luigi Ferrajoli, un derecho subjetivo es “toda expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión)”;¹ considerando que es una expectativa formada en una persona con respecto a la acción u omisión de otra persona o autoridad, lo que nos lleva a pensar en los conceptos de: derecho y deber.

Los derechos humanos, de acuerdo a lo planteado por Pérez Luño, constituyen un “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas”.²

Es pertinente distinguir teóricamente la noción de derechos humanos de los derechos fundamentales, ya que estos últimos son solamente “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo”,³ consagrados constitucionalmente, acontecimientos que se suscitaron a partir del constitucionalismo moderno como parte esencial de las Constituciones, establecido así la base de protección en los órdenes jurídicos internos.

Los derechos fundamentales son “aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas

¹ FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006, p. 33.

² PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, 2da. ed., Madrid, 1986, p. 46.

³ *Ibidem*, p.46.

jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos capaces de obrar”.⁴ Refiriéndose a los bienes primarios socialmente reconocidos como elementos básicos de la dignidad humana, es decir, los concebidos como derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; lo que en sus inicios creó una confusión entre derechos fundamentales y derechos humanos, sin embargo, en la actualidad ya no es materia de discusión.

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles, acorde a lo previsto en el artículo segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El principio de la universalidad de los derechos humanos es la médula espinal del derecho internacional de los derechos humanos, pues se encuentra contemplado inicialmente dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, siendo insertado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos y en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, en donde se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo que dio cabida a la creación de las Comisiones de Derechos Humanos, en aras de promover y proteger los derechos humanos de las personas.

Los derechos humanos tienen la característica de ser inalienables, pues no deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales, sólo en casos específicos se pueden suspender o suprimir, tal como la

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 30.

restricción al derecho a la libertad si un órgano jurisdiccional dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito.

El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

Los Estados asumen las obligaciones y los deberes que conlleva todo derecho humano, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos, significando que, los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos o de limitarlos en sus normas internas, estando obligados los Estados a protegerlos e impedir los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos, a través de la implementación de medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

El principal problema de la concepción de los derechos humanos como derechos naturales es que no cuentan con la protección efectiva proveniente de su positivización en el marco legal. Por tanto, pueden existir derechos no reconocidos dentro del derecho positivo y por otro lado ser derechos humanos naturales. Otro problema radica en la naturaleza humana de concebirse los derechos fundamentales como derechos morales, cuando la moralidad de estos derechos proviene de elementos inmanentes de la persona, sino de construcciones a partir de procesos de argumentación razonables y acuerdos reflexivos.

Norberto Bobbio⁵ –desde la filosofía jurídica– como Luigi Ferrajoli⁶ –desde el positivismo crítico– dieron por hecho que con la emisión de la Declaración Universal de Derechos Humanos podía solventarse el problema del sustento de los derechos humanos puesto que están ahí y están positivizados. Ahora bien, los problemas fueron

⁵ BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ed. Trotta, España, 1999.

posteriores, toda vez que, a medida en que fueron insertos en el sistema jurídico positivo, la problemática cambió a la necesidad de hacerlos eficientes o efectivos.

La necesidad de hacer efectivos los derechos humanos nos llevan a plasmar en este texto los elementos esenciales para el ejercicio de los derechos, sin profundizar en ellos, sólo se citan, son: la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y calidad. Aunque estos elementos fueron construidos para hacer efectivo el derecho a la educación y, posteriormente, los demás derechos económicos y sociales, lo cierto es que su dinámica también es relevante para los derechos civiles y políticos.⁷

Las obligaciones de los Estados son las de proteger, garantizar y promover medidas de distinta naturaleza, para el cumplimiento progresivo o inmediato de los derechos, que permitan el acceso a estos, esto consiste en asegurar que los medios por los cuales se materializa un derecho sean accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna, a través de cuidado de cuatro aspectos: a) No discriminación, b) Accesibilidad física, c) Accesibilidad económica (asequibilidad) y d) Acceso a la información.

Luigi Ferrajoli postula un *modelo garantista* de derechos en su obra *Derechos y garantías: la ley del más débil*, en donde plantea un cambio en la aplicación del derecho y la concepción de la democracia, quien además reconoce una *crisis de legalidad*, *crisis del Estado social* y *crisis del Estado-nación*; para ello, en aras de solucionar la problemática normativa, plantea un sistema garantista, que pondría fin a las violaciones sistemáticas de las reglas por parte de los poderes públicos, la ineficiencia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia de los ordenamientos jurídicos.⁸

⁷ ONU, *Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación*, Sra. Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, (E/CN.4/1999/49), 55º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, 13 de enero de 1999.

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trota, Madrid, 1995, pp. 868-880.

El Estado mexicano atraviesa por una brecha de violaciones recurrentes a los derechos humanos, dicho en palabras de la Organización de las Naciones Unidas, motivo por el cual, analizar las normas y el derecho convencional desde la óptica garantista planteada por Ferrajoli, dará mejor apreciación para determinar si se cumple con la norma y medirla, pues el objetivo del filósofo es la búsqueda de elementos garantistas que controlen y limiten el poder de la democracia formal.

Las crisis del Estado y la jurídica: “una crisis de legalidad que permea a través de un sistema de corrupción en la administración pública, una crisis del Estado social y una crisis del Estado nacional, donde las decisiones en materia militar, política monetaria y políticas sociales son transferidas a los organismos internacionales no regidos por principios democráticos”.⁹ Lo que se traduce en la resolución de los conflictos jurídicos que el Estado no resuelve, a través de los organismos internacionales protectores de derechos humanos, lo que no significa en la atención idónea a la crisis el Estado.

Thomas Hobbes, inspirado en la metáfora de pacto social y desde la perspectiva iusfilosófica, vislumbra deficiencias que existen en el modelo garantista debido a la fuerte visión vertical de la Constitución; diametralmente opuesto a lo planteado por Ferrajoli, pues el primero considera el Estado como un ejemplo de pacto o contrato de sumisión y alineación a través del cual los ciudadanos delegan sus derechos y libertades fundamentales al Estado, y el segundo de ellos considera que la idea del contrato social es relegar el principio de autogobierno o principio de soberanía popular.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Trota, Madrid, 1999, pp. 15-20.

2. Los derechos humanos dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su deber de aplicación

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuenta con un catálogo de derechos humanos en gran extensión del documento, como si estos tuvieran mayor jerarquía y garantía de respecto por el hecho de estar contemplados dentro de la norma suprema del Estado mexicano; dentro de ellos, el artículo primero constitucional, el cual abre la puerta ampliamente no solo a la inserción de derechos en la Carta Magna, sino que deja abierta una ventana a todos los demás tratados internacionales de los que México sea parte, dejando claro que, tratándose de materia de derechos humanos, los ciudadanos mexicanos y quienes se encuentren en su territorio, cuentan con la más amplia protección de sus derechos; se cita a la letra para su análisis:

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*¹⁰

Lo establecido en el párrafo tercero del artículo en comento, compromete grandemente al Estado mexicano y sus autoridades, pues refiere que en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y dentro del respeto de ciertos principios como marco regulatorio de su aplicación; sin embargo, habría que analizar a profundidad si están dadas las condiciones para que todas las autoridades realicen esta función protectora, promotora y garante de los derechos humanos.

Las políticas públicas en materia de derechos humanos, se quedan cortas al pretender garantizar los derechos, y se han convertido únicamente en promotoras de los derechos humanos, a través de la difusión de los mismos dejando en la mano de los ciudadanos un preciado tesoro, sin saber apreciarlo, valorarlo ni hacer uso de él, puesto que no el tesoro invaluable de los derechos humanos, no basta con tenerlo sino están dadas las condiciones de instrumentos que garanticen el ejercicio de pleno de estos.

El Estado mexicano, además de ser garante y promotor de los derechos humanos a través de sus autoridades, *deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las*

¹⁰ Artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley, lo que implica poner contra la pared al Estado mismo sino se hiciera efectivo. Gudiño Pelayo en su obra “El Estado contra sí mismo”, expone las irregularidades y violaciones constitucionales que se dieron en la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en aras de presentar un país “respetuoso de los derechos humanos” en el marco de las circunstancias políticas nacionales e internacionales vividas al principio del sexenio 1988-1994; ya desde esos momentos se discutía sobre las violaciones a derechos humanos, cometidas por autoridades del Estado. En consecuencia, no se comparte en su totalidad la postura de la creación de un sistema que produzca efectos contra sí mismo, pero si un medio de control del ejercicio de las funciones de los servidores públicos del Estado, que ahora, además de las funciones inherentes al encargo, deberán *prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos*, este último aspecto es de analizarse en conjunto con las reparaciones de daños realizadas en México, con motivo de violaciones a derechos humanos.

Respecto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es de analizarse considerándose como la mayor premisa del derecho procesal, pues regula el actuar de las autoridades investigadores y jurisdiccionales, el cual refiere:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el

ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

El párrafo primero garantiza que ninguna persona puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento, el cual debe presentarse por escrito y donde funde y motive la causa de la decisión legal; lo que si bien es una garantía procesal, mucho se ha discutido sobre la viabilidad que sea dictada por escrito, pudiendo contravenir el principio oralidad del proceso jurisdiccional, sin embargo, se considera que, el mandamiento judicial al que se refiere este primer párrafo del artículo 16 constitucional, se trata de la emisión de un documento que haga constar la resolución del Juez de Control, siendo viable que sea dictada por escrito o verbalmente en audiencia, esto dependiendo de la forma de solicitud de la autoridad ministerial.

A manera de control de los mandos judiciales, sobre todos lo que priven o limiten el derecho a la libertad, se establece en el párrafo tercero que, “no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial”, esto extingue las anteriores órdenes de presentación dictadas por la autoridad ministerial, con el único fin de garantizar la comparecencia del imputado, puesto que ahora solo pueden ser ordenadas por la autoridad jurisdiccional, y ante denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, como requisito de procedibilidad que sea *sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*. Si alguno de estos no existiera, no se cumplen con los requisitos de procedibilidad para restringir tal derecho humano a la libertad, por mandato judicial.

Los párrafos octavo y noveno del artículo 16 constitucional, dan vida a la figura del *arraigo*, el cual es ordenado únicamente por la autoridad judicial, a petición expresa del Ministerio Público, exclusivamente ante la presencia de delitos de delincuencia organizada, y el cual no deberá superar los cuarenta días u ochenta en caso de solicitud de duplicidad del término, realizada por la autoridad ministerial, justificando dicha restricción del derecho a la libertad de una persona, *asegurar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia*, habiéndose esto convertido en una técnica de investigación por el uso desmedido y sin suficiente control, además de ser innecesaria la subsistencia de esta medida en la vida del sistema jurídico mexicano, pues las hipótesis del arraigo, -definido en el párrafo noveno del artículo en comento-, ya se encuentran garantizados a través de las medidas cautelares del sistema acusatorio vigente, siendo la más gravosa la prisión preventiva, la cual contribuye para garantizar la presencia del imputado en el proceso, proteger a la víctima y poner a salvo los indicios y los testigos, cuando se encuentren en riesgo.

La igualdad entre las partes y el debido proceso son derechos invocados en el artículo 17 constitucional, en donde además invita a las autoridades a privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, -recientemente insertado en el texto constitucional el 15 de septiembre de 2017-, además de citar constitucionalmente la necesidad de aplicación de mecanismos de reparación del daño, incluso a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias, a fin de solucionar el conflicto asegurando la reparación del daño.

En sentido similar al artículo 16 constitucional, en cuanto hace a la restricción del derecho a la libertad de una persona, el artículo 19 de la Carta Magna, refiere los plazos para una detención ante autoridad judicial, señalando los requisitos de procedibilidad y es justo en el párrafo segundo que dice refiere los motivos por los cuales el Ministerio Público podrá solicitar prisión preventiva, siendo *“cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.”*¹¹ Este precepto se confronta con lo establecido en el artículo 16 constitucional en sus párrafos octavo y noveno, pues la figura del arraigo viola el derecho humano a la libertad, tomando en cuenta que, subsisten dos figuras para garantizar lo mismo, sin ser exclusiva de un solo delito, tal como el arraigo lo es para la delincuencia organizada, que más bien pareciera que una política pública del Ejecutivo Federal del período 2006-2012, fue convertida en una política de Estado al insertarla en los preceptos constitucionales. Además de existir una duplicidad de aplicación de figuras con el mismo fin y para la misma conducta antijurídica, es decir, para la delincuencia organizada, es viable la solicitud de arraigo y a su vez la aplicación de la prisión preventiva oficiosa; cabe señalar que a criterio individual, se considera que ambas son violatorias de derechos humanos, todas vez que son excesivas, una por no tener un

¹¹ Artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

control de garantías y la otra por ser aplicación general sin dejar lugar a otra que permita garantizar el derecho humano a la libertad.

Los derechos humanos dentro del proceso jurisdiccional se encuentran regulados en su mayoría en el artículo 20 constitucional, previendo el primer párrafo los principios por los cuales se rige el sistema penal, que trae consigo el pleno respeto a los derechos humanos, desde el derecho convencional; seguidamente el citado artículo es dividido en tres apartados, el primero de ellos denominado apartado A, establece los principios generales del proceso, el denominado apartado B, establece un catálogo de derechos procesales del imputado en el proceso y por último el denominado apartado C, el cual contiene un catálogo de derechos de las víctimas. El artículo 20 constitucional dice a la letra:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los

elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su

detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación

se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de

delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

El artículo 20 constitucional, recoge una serie de derechos procesales para el imputado y la víctima, en igualdad de armas que deberán hacerse valer dentro del proceso mismo, los cuales, contrastados con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la premisa mayor es el principio de *debido proceso*, está contemplado fundamentalmente en su artículo 8, el cual se debe relacionar con los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 7,5 el artículo 9,6 el artículo 10,7 el artículo 24,8 el artículo 259 y el 27,10 todos de la Convención Americana.

La Convención Americana desarrolla algunos principios del debido proceso que en ella se anotan o se coligen y que son consecuencia del sistema penal y procesal penal actualmente en vigencia. Dichos principios apuntan hacia un “garanticismo

proteccionista”¹² del ciudadano frente al poder del Estado que realiza la función de investigar los actos que afectan la convivencia social.

Los derechos consagrados en el artículo 20 constitucional, se encuentran situados de tal manera que han sido criticados, pues una vez se deja a la víctima en último término, esto por el orden que se da a los apartados, aunque, sin lugar a dudas, que sean reconocidos y en rango constitucional, es un gesto de igualdad entre las partes, no afectando en lo mínimo el resultado derivado del orden de localización de los preceptos.

Las críticas más actuales son en relación con la protección de los derechos del imputado, pues en aras de la protección de estos, se ha incurrido en abusos de los mismos para obtener nulidades o atrasos en el proceso, produce desigualdad en cuanto hace a los derechos de las víctimas de los delitos.

La disyuntiva es pues, mantener un justo equilibrio entre la tríada libertad individual, interés general y derecho de las víctimas, de ahí que las nuevas corrientes procesales tienden hacia un sistema acusatorio, en donde todas las partes puedan intervenir en el proceso, no sólo el imputado, sino también los afectados por el hecho ilícito que se investiga; cabe señalar que México, realizó la tarea de insertar el sistema acusatorio en aras de una congruencia con los compromisos contraídos en materia de derechos humanos, sin embargo, lo hizo introduciendo aspectos del derecho anglosajón, en un modelo germánico, lo que hace una aplicación complicada, tal como sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos, que tampoco desarrolló este aspecto, ya que las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado, situación que debe ser objeto de revisión con el fin de buscar un equilibrio con los derechos de las víctimas. Se requiere, además, que

¹² RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos*, s.e., file:///F:/art%C3%ADculo/Victor%20Rodriguez%20Recia.pdf, p. 1297.

las legislaciones de los Estados se preocupen por darle mayor participación directa a las víctimas de los delitos dentro del proceso penal.

3. Criterios jurisprudenciales respecto a derechos humanos en el proceso penal mexicano

El derecho se construye todos los días a través de las resoluciones de las Cortes de acuerdo a sus competencias, tal es el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que de manera categórica sitúa a los derechos humanos dentro de las normas jurídicas mexicanas, para contribuir al mejor entendimiento y aplicación, considerándose ilustrativa la resolución de la tesis 293/2011, que a la letra dice:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

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

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

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

Voto concurrente que formula la señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en relación con la resolución de la contradicción de tesis 293/2011.

En sesión de tres de septiembre de dos mil trece, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analizó y resolvió la contradicción de tesis 293/2011, suscitada entre los criterios emitidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en los cuales se debatieron dos temas de la mayor trascendencia para el orden jurídico nacional y la eficacia en la protección de los derechos humanos; éstos consistieron esencialmente en determinar el papel que juegan los derechos humanos de fuente internacional respecto de la Constitución General de la República, así como la aplicación y en su caso el efecto vinculante de la jurisprudencia internacional de aquellos tribunales respecto de los cuales México ha reconocido su competencia.

Después de extensas discusiones que fueron de lo más enriquecedoras en la construcción del criterio del calado de la materia de que se trata, el Pleno del Alto Tribunal decidió por unanimidad de votos que es existente la contradicción de tesis. Por mayoría de diez votos, se estableció que debe prevalecer con el carácter de jurisprudencia el criterio del rubro y texto siguientes:

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el

parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.

Y finalmente, por mayoría de seis votos se determinó el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, conforme al criterio siguiente:

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

favorecedor para la protección de los derechos humanos”.

Respecto de la decisión del Pleno del Alto Tribunal, si bien mi voto fue con el proyecto del señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, con las modificaciones que se acordaron por la mayoría; pues el motivo esencial que determinó mi voto fue el reconocimiento de un bloque de derechos, que se integra tanto con los derechos humanos que consagra la Constitución General de la República, como los que se han establecido en los tratados internacionales. Postura que he guardado desde hace varios años, y da cuenta de ello el voto de minoría que suscribí en unión del señor Ministro Don Juan Díaz Romero, en el amparo directo en revisión 537/2002, resuelto por el Pleno en sesión de catorce de octubre de dos mil dos, en el que sostuvimos en lo que corresponde al bloque o masa que conforman los derechos humanos, lo siguiente:

“... En otro aspecto, la eventual controversia sobre la aplicación de la norma de derecho interno y el tratado internacional, constituye un conflicto de leyes en el espacio que se resolvería atendiendo a los criterios espaciales de validez de las normas jurídicas, que es otro método de clasificación de las normas jurídicas, por virtud del cual, se atenderá a la esfera de aplicación de la norma en un lugar y espacio determinados, lo cual nada tiene que ver con su jerarquía, cuyos elementos distintivos ya han sido analizados”.

“Además de lo anteriormente expuesto, otro aspecto por el que la tesis en comento no es sostenible, es porque al determinar indiscriminadamente la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes, deja de considerar que no todas las especies de ese género de acuerdos multinacionales tienen idénticos contenidos materiales, lo cual la conduce al equívoco de situar en una misma

categoría tanto a los que se refieren a derechos humanos como los que regulan aspectos comerciales, tecnológicos (telecomunicaciones), de cooperación, medio ambiente, etcétera, cuando no debe ser así, pues la jerarquía del tratado internacional radica fundamental y esencialmente en su contenido, pues sólo cuando regula una materia constitucional o elevada a este rango, puede supraordinarse a las leyes; en esta hipótesis desarrollará o ampliará principios de la norma fundamental que deben ser respetados por las normas de menor rango en el orden descendente y gradual ya anunciado al principio de este considerando, que constituye uno de los elementos distintivos de la categorización jerárquica del orden jurídico mexicano”.

“Al tenor de esta exposición queda de manifiesto que los argumentos que rigen la tesis plenaria número P. LXXVII/99 no son idóneos para sustentarla”.

“Por todas las anteriores razones, este Tribunal Pleno decide abandonar esa tesis para sustentar el criterio de que los tratados internacionales tienen supremacía respecto de las leyes, cuando además de satisfacer los requisitos de forma para su validez, regulen una materia que sea propia de la Constitución General de la República o que se encuentre elevada a rango constitucional y no menoscaben las garantías individuales otorgadas por la norma fundamental, sino que amplíen los derechos concedidos por ésta; bajo estas circunstancias, los principios y fundamentos que los rigen constituyen lineamientos a seguir por las normas federales ordinarias y también las locales que regulen o desarrollen alguna materia inherente a la del tratado internacional. Por lo tanto, los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que las leyes reglamentarias de la Constitución o constitucionales en estricto sentido, con supremacía jerárquica respecto de las leyes federales

ordinarias y las locales, cuando respecto de estas últimas no se haya restringido la aplicación del acuerdo internacional correspondiente en el ámbito estatal, en términos del artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. “Por lo tanto, bajo este esquema de categorización jerárquica: ‘CONSTITUCIÓN - LEYES CONSTITUCIONALES Y TRATADOS INTERNACIONALES QUE REGULEN UNA MATERIA DE CONTENIDO CONSTITUCIONAL - LEYES FEDERALES ORDINARIAS Y LOCALES, Y, TRATADOS INTERNACIONALES CUYA MATERIA SEA DE CONTENIDO ORDINARIO (NO CONSTITUCIONAL)’, estas últimas leyes deben respetar los principios del tratado internacional y si lo contradicen, ello implica una violación directa al artículo 133 constitucional, lo que constituye, esencialmente, un problema de constitucionalidad susceptible de plantearse y ser analizado por este Alto Tribunal”. En ese sentido, que en la contradicción de tesis 293/2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinara por mayoría de votos que los derechos humanos conforman un bloque especial, que se integra por lo que la Norma Fundamental establece, como los tratados y convenciones internacionales de los que México forma parte, es acorde con la postura que desde hace varios años he mantenido y que desde mi personal punto de vista, es esencial para el reconocimiento, respeto, protección y tutela de los derechos humanos, con la mayor plenitud.

No obstante ello guardo ciertas divergencias en relación con los alcances de las jurisprudencias que se han aprobado y con el contenido del engrose, que son las que motivan el presente voto concurrente, mismas que expondré a continuación.

En primer término, comparto parcialmente el sentido de la resolución y las consideraciones que integran el estudio respecto

de los precedentes de este Alto Tribunal en cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales, a través de los cuales se ha conformado toda una doctrina; sin embargo, me parece que en dicho estudio descriptivo y cronológico se omite señalar un asunto de lo más relevante en el tema, y que además, representa uno de los últimos sobre tal cuestión.

Me refiero a la solicitud de modificación de la jurisprudencia 22/2011, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el veinticinco de octubre de dos mil once; la cual, fue solicitada por el Ministro presidente Don Juan Silva Meza, con motivo de una de las determinaciones que se tomó en el cuaderno de varios 912/2010, respecto de la necesidad de modificar los criterios relativos al control concentrado de la Constitución, contenidos en las tesis de jurisprudencia P./J. 73/99 y P./J. 74/99, que habían venido imperando hasta antes de la reforma constitucional de junio de dos mil once.

En el referido asunto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, estimó que las tesis de jurisprudencia relativas al control concentrado de la Constitución han perdido su asidero constitucional, ya que los mandatos constitucionales contenidos en los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. de la Norma Fundamental dan lugar a concluir, atendiendo al principio de supremacía constitucional derivado de lo previsto en los artículos 15; 29, párrafo último; 40; 41, párrafo primero; y, 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que los Jueces del Estado Mexicano al conocer de los asuntos de su competencia deben hacer prevalecer los derechos humanos reconocidos en esa Norma Fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan preverse en los

ordenamientos que les corresponda aplicar para resolver los asuntos de su competencia.

En ese sentido, si bien se determinó que no procedía la sustitución de jurisprudencia, se concluyó que las referidas tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99, han dejado de tener vigencia.

. . .

JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. LA EMITIDA POR EL TRIBUNAL PLENO Y LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE FIJA EL CONTENIDO Y ALCANCE DE AQUÉLLOS, ES SUSCEPTIBLE DE PRODUCIR EFECTOS RETROACTIVOS, SI NO SE ESTÁ FRENTE A LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 217, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO). El artículo 217, último párrafo, de la Ley de Amparo prevé que la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Tal regla general ha sido recogida e instrumentada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer en los puntos sexto y séptimo del Acuerdo General Número 19/2013, de veinticinco de noviembre de dos mil trece, por el que se regula la difusión del Semanario Judicial de la Federación vía electrónica, a través de la página de Internet de ese Alto Tribunal, que la jurisprudencia tendrá fuerza vinculatoria a partir del lunes hábil siguiente, al día en que la tesis respectiva sea ingresada al mencionado Semanario, ello, en la inteligencia de que su aplicación futura se circunscribe a las actuaciones procesales, laudos o sentencias dictadas a partir de ese momento. Ahora bien, de conformidad con los artículos 1o., 14 y 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y toda vez que la interpretación de los derechos humanos reconocidos en la

Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, es un tema propiamente constitucional, se colige que la jurisprudencia emitida por el Tribunal Pleno y las Salas de la Suprema Corte es susceptible de producir efectos retroactivos cuando fijen el contenido y alcance de derechos humanos, siempre que no se esté frente a la autoridad de la cosa juzgada, pues el reconocimiento y protección a través de sus criterios interpretativos y aplicativos son incompatibles con las nociones de afectación y perjuicio reguladas por la legislación secundaria. En ese orden, la interpretación conforme del citado artículo 217 lleva a estimar que dicho mandato es inaplicable sobre jurisprudencia en materia de derechos humanos cuando se defina por el Máximo Tribunal alguna directriz interpretativa o determine la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una norma de conformidad con el mandato establecido en el invocado artículo 1o. constitucional, pues la vigencia de los derechos humanos, su carácter indisponible, irrenunciable e inalienable, conduce a establecer que su contenido no puede restringirse a un estado de calculabilidad, so pretexto de privilegiar la seguridad jurídica de las personas, pues ello implicaría desconocer el mandato constitucional, en virtud del cual, los Jueces están obligados a aplicar a cada caso el principio pro persona favoreciendo en todo tiempo a los gobernados con la protección más amplia. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo directo 379/2014. Jorge Alejandro Canché Valdez. 16 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Livia Lizbeth Larumbe Radilla. Secretario: José Francisco Aguilar Ballesteros. Nota: El Acuerdo General Número 19/2013, de veinticinco de noviembre de dos mil trece, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regula

la difusión del Semanario Judicial de la Federación vía electrónica, a través de la página de Internet de este Alto Tribunal citado, aparece publicado en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Tomo II, diciembre de 2013, página 1285.¹³

III. CONCLUSIONES. REALIDADES Y RETOS

Lo expuesto en este artículo no pretende, en modo alguno, agotar el tema de los derechos humanos del proceso penal, considerados dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues analizar toda la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sería materia de un estudio más profundo al respecto; sin embargo, lo que se pretende enfatizar en el presente análisis es que, como primera conclusión, tenemos que los derechos humanos procesales y de los intervinientes en el proceso penal, se encuentran insertos en la Constitución mexicana, como una manera de otorgarle jerarquía constitucional en particular todos los relacionados con la protección a los derechos humanos, se aplicarán todos los contemplados en los instrumentos internacionales que el Estado mexicano haya suscrito aun y cuando no se encuentren contemplados en la norma jurídica. A manera de una segunda conclusión se plantea que, el Estado mexicano, debe diseñar herramientas y mecanismos que permitan ser garante y promotor de los derechos humanos a través de sus autoridades, pues les instruye *prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos*, sin dotarla de mecanismos idóneos para accionarlos, siendo esto una tarea pendiente de México; en el mismo sentido de las tareas pendientes se considera urgente y necesaria una reforma legislativa que derogue la figura del arraigo del rango constitucional, pues es inoperante, posterior al término del mandato del ejecutivo federal que dio vida a una política de Estado, en aras del ataque a un tipo penal específico. En una tercera conclusión se refiere que los

¹³ Tesis 293/2011, *Semanario Judicial de la Federación*, inscrito en el Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 162.

derechos concentrados en los catálogos establecidos en el artículo 20 constitucional, se deja en desequilibrio a la víctima frente al imputado, en lo relativo al *debido proceso*, pues existe una aparente igualdad procesal y de cúmulo de derechos, además que ambas pueden intervenir en el proceso, sin embargo, al hablar del principio de *debido proceso* se deja en desigualdad de armas a las víctimas, pues no existe un principio ni derecho equivalente que le proteja, siendo posible que caiga en una desigualdad de derechos pues al aludir el imputado una violación al *debido proceso* puede ordenarse la reposición el procedimiento y dilatar la impartición de justicia para la víctima.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trota, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Trota, Madrid, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, 2da. ed., Madrid, 1986.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Jurisprudencia

Tesis 293/2011, *Semanario Judicial de la Federación*, inscrito en el Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 162.

Comisión de Derechos Humanos

ONU, *Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación*, Sra. Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos, (E/CN.4/1999/49), 55º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, 13 de enero de 1999.

Páginas de internet

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos*, s.e., file:///F:/art%C3%ADculo/Victor%20Rodriguez%20Recia.pdf

“TEORÍA CRÍTICA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN”

ALINA DEL CARMEN NETTEL BARRERA*

GABRIELA AGUADO ROMERO**

SUMARIO: I. *Introducción: Sobre el derecho administrativo y el ejercicio del poder.* II. *Actividad procedimental, corrupción y derechos humanos.* III. *Sobre silencio e inactividad.* IV. *Sobre la buena administración y los estándares de actuación administrativa.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EJERCICIO DEL PODER

El derecho administrativo, como el régimen jurídico de organización y funcionamiento de la Administración pública, que rige no sólo entre las distintas áreas o dependencias o las relaciones entre instituciones, sino también las relaciones de la Administración con los particulares, representa un baluarte de la construcción de un auténtico estado garante de los derechos humanos. Debemos tomar en consideración que la tradición administrativista racionalista del siglo XX dibujaba el marco jurídico de un derecho reservado al poder y al ejercicio de la autoridad. Este criterio se ve

* Autor de correspondencia. Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, miembro del Cuerpo Académico Consolidado “Derechos humanos y globalización” CAC-128, Coordinadora de los programas integrados de Maestría y Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Candidato a Investigador Nacional SIN, Responsable del proyecto de investigación “Inactividad administrativa en la prestación de servicios público: Una revisión desde la teoría crítica socio-jurídica en el marco de los colectivos vulnerables” FOFI UAQ2018. Contacto: alina.nettel@uaq.mx

** Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro, miembro del Cuerpo Académico Consolidado “Derechos humanos y globalización” CAC-128, colaborador del proyecto Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, miembro del Cuerpo Académico Consolidado “Derechos humanos y globalización” CAC-128. Candidata a Investigador Nacional. Contacto: aguadogabriela@hotmail.com

sujeto a revisión frente a la encomienda de validez y eficacia del derecho en el marco de un nuevo constitucionalismo.

El Derecho administrativo europeo, desde hace varias décadas, ha sido empujado a la reestructura a partir del fortalecimiento de un estado social, sin embargo, en América Latina este fenómeno ha sido incorporado parcialmente y el derecho administrativo ha quedado sujeto a un concepto de legalidad y de estado de derecho que, en aras del interés general, privilegia el formalismo y el autoritarismo. En el ámbito administrativo, tanto la actuación procedimental como la material, son un reflejo de la norma y su contexto. En este sentido, debemos preguntarnos qué derecho administrativo rige a uno de los Poderes Públicos que más incidencia tiene en una sociedad. Desde ambas vertientes, ya sea procedimental o material, la actuación administrativa potencialmente puede transformar nuestro entorno, e incide en la protección de los derechos humanos. Basta pensar en el derecho al medio ambiente sano y los deberes de actuación impuestos a los municipios a través del artículo 115 de la Constitución a la luz de la realidad en nuestro país. ¿Los municipios realmente cumplen con esta encomienda? ¿La validez y eficacia del derecho en materia administrativa permite reconocer un panorama progresista para la tutela de los derechos humanos más esenciales? Bajo este panorama, la teoría crítica del derecho ofrece una evaluación de la norma a la luz de la repercusión de la actuación administrativa, en particular la procedimental, en la vida de los ciudadanos para reposicionar su lugar en la vida pública.

El trabajo que se desarrolla a continuación es un momento de reflexión preliminar en el marco de un proyecto de investigación que enfrenta el reto de analizar, desde una posición crítica, la validez de la norma administrativista ante un nuevo contexto económico, político, social o, particularmente, por lo que se refiere a la existencia formal de un procedimiento frente a un marco de referencia de validez que pretende garantizar entre otros derechos, el debido procedo en sede administrativa.

II. ACTIVIDAD PROCEDIMENTAL, CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

La prevención de la corrupción, desde una perspectiva jurídica se encuentra en “el imperio de la ley” como se ha señalado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2004. El artículo 5.1 señala “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”. Sin perjuicio de que más adelante se aborde el análisis sobre la *buena administración* por ahora podemos señalar que, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, el principio de legalidad otorga la cobertura necesaria para actuar en los términos propuestos por la Convención de la ONU contra la corrupción. Pero también debemos decir que existe un doble discurso normativo a través de la permisibilidad del incumplimiento de la norma. En este sentido, el propio ordenamiento permite el despego de la ley, por ejemplo, a través del silencio administrativo. Por una parte, el artículo 16, fracción X de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala como una obligación de la Administración pública federal, en sus relaciones con los particulares “dictar resolución expresa sobre cuantas peticiones le formulen; así como en los procedimientos iniciados de oficio, cuya instrucción y resolución afecte a terceros, debiendo dictarla dentro del plazo fijado por la ley” y, en embargo, el siguiente artículo se prevé la producción del silencio negativo cuando no exista resolución expresa, es decir, cuando no se cumpla con la obligación prevista en el artículo 16. Por otra parte, tanto la Ley Federal de Procedimiento como otras leyes procedimentales y sectoriales prevén la producción del silencio administrativo positivo, espacio de inseguridad y comodidad para la corrupción, como he señalado en otro trabajo.¹

¹ NETTEL BARRERA, Alina del Carmen, *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*, Atelier, Barcelona, 2012.

El ordenamiento envía mensajes contradictorios, por un aparte obliga y, por otra, exime. No existe, en este sentido, una buena gestión de los asuntos públicos como se espera de la Convención de la ONU. Si bien el silencio negativo juega un papel de garantía para impugnar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, lo cierto es que la forma en que se regula no facilita al servidor público identificar sus obligaciones y, sobre todo, las consecuencias a su incumplimiento. Por su parte, el silencio positivo da lugar a que quede constancia de las actuaciones o medios de conformación de la decisión por lo que es un medio ideal de impunidad para el servidor público.

También debemos recordar que el principio de legalidad, como corolario de la actuación administrativa, forma parte de la propia construcción del Estado de Derecho. El control del poder a través de la norma ha comenzado a sistematizarse,² pero no parece haber alcanzado el análisis de sus aspectos más contradictorios, por ejemplo, cuando una interpretación estricta del principio de legalidad da lugar a la restricción del principio pro-persona. El alcance del principio de legalidad es un tema debatido por la doctrina puesto que, contra la postura que sostiene que las potestades de actuación administrativa son atribuidas a la ley de un modo concreto y específico, habilitando a la Administración para actuar en un ámbito definido, existe otra postura que, por el contrario, afirma que fuera de ámbitos con reserva de ley y sobre todo, en materia prestacional, en realidad, lo que la ley otorga a la Administración sólo son límites negativos de actuación. El principio de legalidad como expresión de la sujeción de la Administración al Derecho, ha tenido una evolución siempre sujeta a una dinámica compleja entre el control del poder y la funcionalidad del órgano administrativo pasando por ser un candado a la manipulación de los procedimientos y el meollo de la corrupción. Si bien su evolución ha sido lenta, aquel principio

² ALLI-ARANGUREN, Juan Cruz, *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004, p. 126. Este autor afirma que “aunque esta sujeción ya se haya dado en épocas anteriores, no se ha dado en las proporciones actuales ni se ha constituido en un principio sistemático como sucede actualmente”.

omnicomprensivo de legalidad que sin duda tiene origen en la Revolución Francesa,³ ahora encuentra en el principio de juridicidad, su mejor correlativo tras la evolución del Derecho administrativo en las últimas décadas. La ley no es la única fuente de Derecho que vincula la actuación de la Administración pública pues existen otras normas de diferente rango que también determinan su actuación, sin olvidar, a la jurisprudencia y a los principios generales del Derecho. Lo anterior no quiere decir que la ley pierda su posición de centralidad en la actuación administrativa sino que ésta viene formulada igualmente por otros instrumentos del Derecho.

Íntimamente relacionado con el principio de legalidad encontramos el principio de *seguridad jurídica*, el cual dota al tráfico jurídico de un ambiente de estabilidad, certeza y previsibilidad que facilita la convivencia armónica y congruente.⁴ El principio de seguridad jurídica permite poner en análisis la obligación de resolver los procedimientos como único medio válido y legítimo de actuación. Pero además, el principio de seguridad jurídica tiene una doble vertiente, puesto que también, ante la previsión de la producción de actos administrativos cobra un carácter reivindicador al exigir el respeto, coherencia y certeza ante las legítimas expectativas del ciudadano. La seguridad jurídica, en este sentido, provee una cobertura de estabilidad a la actuación de la autoridad y a las expectativas del particular, sobre todo si pensamos que la seguridad jurídica implica conocer previamente las formas de actuación administrativa procedimental y material.

La convención también aborda, en el artículo 5.3, la evaluación de los instrumentos jurídicos y medidas administrativas del Estado para combatir la corrupción. En este punto, la encomienda pendiente sobre la evaluación de las leyes sobre procedimiento es significativa si se observa a éste como una construcción jurídica que implica el

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Las transformaciones recientes de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional ¿un cambio de paradigma?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 16.

⁴ RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “Los principios generales del Derecho administrativo en la jurisprudencia española”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, No. 70, 2008, p. 55.

seguimiento de la actuación de los servidores públicos. Como ya se ha señalado, la actividad administrativa que discurre a través de un procedimiento favorece el control de la forma en que se toman las decisiones públicas pero, por lo que respecta a este apartado, se debe señalar que los programas de mejora regulatoria no abarcan cabalmente los objetivos de la Convención pues no se trata solamente de evitar duplicidades en los trámites ante una misma dependencia o facilitar los medios electrónicos de gestión sino que debe implicar la evaluación de aspectos contradictorios de las normas, como la tolerancia del incumplimiento frente a la obligación de resolver el procedimiento.

Una evaluación objetiva de los principios que rigen el procedimiento permite observar desde una perspectiva distinta la confluencia de intereses al procedimiento para el combate a la corrupción, no se trata de construir un expediente, se trata de poner en marcha los principios que orientan el procedimiento y ponderar, desde una perspectiva garantística, los intereses particulares, ya sean individuales o colectivos, para servir así al interés general

III. SOBRE SILENCIO E INACTIVIDAD

Tradicionalmente, los estudios de la doctrina mexicana sobre el silencio administrativo que la inactividad de la Administración pública en el ámbito académico. El derecho de petición, por su parte, como perspectiva de análisis de la inactividad, puede resultar parcial, sin perjuicio de su trascendental importancia en términos de garantías fundamentales. En este punto, se debe poner énfasis en que analizar la vulneración de derecho de petición y la negativa ficta desde una perspectiva común no quiere decir que se esté pasando por alto que, entre ambas instituciones, existe un abismo insalvable que es la absoluta inadecuación de la técnica del silencio administrativo en el contexto de un ordenamiento encabezado por una Constitución que consagra el derecho de petición. Simplemente se trata de despejar la visión del jurista que se acerca a este tema en el contexto mexicano pues ésta, normalmente, se

encuentra cristalizada por la intensidad que representa la vulneración constitucional. El agravio que el silencio de la Administración comete en contra de una garantía individual, tiene tal importancia, que el régimen de protección constitucional parece ser la respuesta más acertada. Esta inmediatez impide observar el origen del agravio, y por lo tanto, su régimen jurídico evaluando las diversas consecuencias que tiene el incumplimiento de la obligación de resolver desde la perspectiva de una justicia expedita y en relación con la jurisdicción contencioso administrativa.

La trascendencia que tiene el derecho de petición en México al constituir un derecho fundamental⁵ es innegable. En este sentido, el régimen jurídico del derecho de petición conforma los cimientos sobre los que se asientan las superestructuras que conforman las Administraciones públicas mexicanas. El régimen jurídico del derecho de petición se desprende del texto constitucional y de la jurisprudencia⁶ de los tribunales federales. Los antecedentes históricos ya han sido mencionados en el apartado primero de este Capítulo, a los que me remito. El texto actual comienza por señalar los sujetos de la Administración pública a los que se dirige una obligación positiva *Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de*

⁵ Las recientes reformas en materia de derechos humanos en México han permitido superar el estricto concepto de garantías constitucionales como derechos subjetivos públicos reconocidos en la Constitución para pasar a la protección de los derechos humanos, previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales suscritos por México. Aunado a esto, la reforma del artículo 107 de la Constitución reconoce la procedencia del proceso de protección de los derechos fundamentales no sólo ante la presencia de un interés jurídico o derecho, sino ante la presencia de un interés legítimo individual o colectivo “ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al ordenamiento jurídico”. En esta medida la inactividad administrativa como vulneración de un derecho fundamental no sólo queda reservada al derecho de petición sino que abarca aquellos casos en que no media la instancia del particular. Esperamos que las leyes de desarrollo de la reforma constitucional, como la importantísima ley de amparo, no desaprovechen la oportunidad de permitir al ciudadano recurrir la inactividad administrativa frente a determinados deberes de actuar como la prestación de servicios públicos o la protección de determinados intereses como el medio ambiente. Véase la obra colectiva dirigida por CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro. *“La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma”*, México, UNAM, 2011.

⁶ Como puede desprenderse del análisis que se hace del artículo 8º constitucional encargado por la Cámara de Diputados en 1994, véase, ANDRADE S., Eduardo. “Artículo 8º constitucional”, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*. H. Cámara de Diputados, Tomo II, México, 1985, pp. 915-941.

petición. El respeto a este ejercicio no consiste en un no hacer, sino en un hacer que es lo que el ciudadano espera de las autoridades al ejercer su derecho “en este caso nos encontramos, no ante una abstención por parte del Estado, que caracteriza a gran parte de los derechos públicos subjetivos, sino frente a una obligación positiva que las autoridades deben cumplir”.⁷ En efecto, esta obligación de hacer o de resolver, es la consecuencia jurídica adecuada al ejercicio de un derecho que se funda en una expectativa legítima de los ciudadanos. Esta afirmación se robustece de la lectura conjunta con el párrafo segundo de dicho artículo: *A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario*. Sobra decir que este párrafo resulta clarificador por cuanto corresponde a la *obligación* impuesta a los servidores públicos, pero no debemos olvidar, que lo que se menciona en el segundo párrafo es la consecuencia, o la añadidura, a la obligación contenida en el primer párrafo y que es la fuente del derecho de petición. Esta consecuencia o añadidura, por su parte, no es de menor importancia por cuanto evita que el cumplimiento de la obligación primaria sea burlada o simplemente inhabilitada por la falta de la notificación adecuada al interesado. Sobre la notificación, la jurisprudencia constitucional ha señalado su importancia y los extremos de su cumplimiento que constituirá una prueba a cargo de la autoridad demandada.

Las formalidades que concurren en el ejercicio del derecho de petición son dos, la primera, la petición debe constituir una instancia escrita, la segunda, debe ser redactada de manera pacífica y respetuosa. Ambas formalidades están íntimamente relacionadas al grado de confundirse en una misma puesto que prever que la instancia se formule por escrito responde a dos cuestiones, la primera, la claridad y certeza de la petición, la segunda evitar los enfrentamientos ante las autoridades. Sobre la segunda cuestión vale la pena recordar que los orígenes del derecho de petición están en una época convulsa para el Estado mexicano. No se puede entender el ejercicio del derecho de petición como en la actualidad respecto de la solicitud de una licencia de

⁷ Véase, ANDRADE S., Eduardo, “Artículo 8º (...)”, *op. cit.*, p. 905.

apertura de un establecimiento comercial, la redacción de este artículo se debe analizar también desde la perspectiva de un Estado en formación en el que el acceso a las autoridades estaba reservado a unas cuantas personas. Respecto a la primera cuestión, la certeza y la claridad de los términos de una petición escrita, debe agregarse la posibilidad de identificar al peticionario y de sentar la constancia de la recepción (sello del registro) como garantía para el interesado.

La certeza de la petición vincula a las Administraciones a resolver la petición bajo el principio de *congruencia*⁸ y *exhaustividad*,⁹ es decir, la resolución debe tener una correlación entre la resolución y las peticiones planteadas de acuerdo incluso con el contenido intrínseco de la petición¹⁰, así como también, por lo que respecta a la exhaustividad, el agotamiento de todos los puntos sobre los que verse la solicitud. La Constitución utiliza el término *acuerdo* a la respuesta que debe dar la autoridad, éste es un término genérico que si bien responde a la terminología en uso en la época en que se redacta el antecedente más próximo del derecho de petición (Constitución de

⁸ Se ha señalado que “las respuestas de la autoridad deben ser congruentes con la finalidad de que el peticionario se encuentre en posibilidades de impugnar o realizar las acciones que a sus intereses convenga” sin embargo, esta afirmación, que parece tener fundamento en la tesis jurisprudencial citada como *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. T. 115-130, sexta parte, Séptima época, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 123* en realidad lo que viene a establecer es que si la petición es “contestada incongruentemente, con respuestas evasivas o ambiguas, imprecisas: eso no es satisfacer el derecho de petición” debiendo además las autoridades fundar y motivar la decisión adoptada a fin de que el interesado cuente con los elementos necesarios para aceptar o impugnar la negativa. Véase, DEL ÁNGEL TENORIO, Carmen Erika. “*Silencio administrativo: la contravención de los principios y valores por la legislación ordinaria en el paradigma constitucional contemporáneo*”, Lex. Difusión y análisis, 4ª época, Año XIV, No. 170, agosto, 2009, p. 31.

⁹ Este principio ha sido institucionalizado en el artículo 59 de la LFPA *La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y de oficio las derivadas del mismo.*

¹⁰ En otros términos “debe haber una relación lógica entre lo que pide el particular y el acuerdo que recaiga a su solicitud” véase, ANDRADE S., Eduardo. “*Artículo 8º (...)*”, op. cit., p. 908. Por su parte, la LFPA en el segundo párrafo del artículo 59 establece *En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin perjuicio de la potestad de la Administración pública federal de iniciar de oficio un nuevo procedimiento*, asumo que en este último supuesto se trata de dar cobertura procedimental a situaciones derivadas de la solicitud original pero que no encontrarían congruencia con la solicitud inicial del interesado, por lo que debe tramitarse por separado.

1857), actualmente no se ha reformado porque al ser un término genérico, abarca los posibles supuestos que darán cumplimiento a la obligación. Así, si la autoridad para resolver la petición no es el órgano que recibió la instancia, finalmente éste acordará la remisión al órgano competente, acuerdo que deberá ser notificado al interesado. Si la instancia fuese interpuesta ante la autoridad competente para resolver la resolución, que recaiga debe entenderse como la especie del término genérico, acuerdo.

El derecho de petición pueden ejercerlo los ciudadanos de la República en todo tipo de materias y el único límite de este derecho fundamental lo encuentran los extranjeros en materia política. Las formalidades para el ejercicio del derecho de petición, hacerse por escrito y de manera pacífica y respetuosa, no representan un límite o excusa sino que son requisitos meramente formales. Esto es así porque en caso de incumplirse, las autoridades válidamente pueden resolver e incluso, ante el incumplimiento, la respectiva impugnación dejaría a la interpretación jurisprudencial el término pacífico y respetuoso de dicha instancia. Por su parte la oralidad no está totalmente eximida del régimen jurídico de la obligación de resolver pues las autoridades también están obligadas en determinadas circunstancias como en los casos de urgencia.¹¹

IV. SOBRE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LOS ESTÁNDARES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

La *buena administración*, entiéndase como un principio de actuación o como un derecho cuando así ha sido reconocido por el ordenamiento, tiene una estrecha vinculación con el procedimiento administrativo, sus principios y fines. Entre estos principios destaca la eficacia, la cual, entendida desde la teoría de las organizaciones, está estrechamente vinculada a actividad administrativa interna y en relación directa con las legítimas expectativas de los ciudadanos respecto de la actividad externa. Tendría así, una relación directa con el cumplimiento de otro de los principios

¹¹ Véase, ANDRADE S., Eduardo. “Artículo 8º (...)”, *op. cit.*, p. 908.

generales del Derecho, el principio de *buena administración*.¹² Incluso se ha señalado que la eficacia es un elemento esencial de la conformación del Derecho administrativo, en este sentido, R. Martín Mateo, señala que éste “disciplina un conjunto de actividades *eficazmente* dirigidas al atendimento de los intereses públicos y para los cuales el ordenamiento concede potestades singulares”.¹³

El principio de eficacia tiene dos vertientes, por una parte, es un criterio legitimador de las normas jurídicas que otorgan a la Administración herramientas de “buen gobierno” y, por otro lado, restringe o limita a la Administración de lastres (como es la inactividad) para alcanzar los fines para los que ésta fue creada. Al respecto L. Parejo Alfonso ha señalado “La exigencia de ejercicio ínsita en la potestad administrativa y la propia cualidad de la norma a cuyo servicio se sitúa ésta, determinan, en efecto, una aparente fácil subsunción de la eficacia estudiada en la eficacia jurídica de las normas y del Derecho, o cuando menos, una igualmente deducción de aquélla a partir de ésta”¹⁴ de esta manera el cumplimiento de la obligación de resolver eficazmente el procedimiento representa un límite constitucional a las figuras como el silencio administrativo.¹⁵

En una relación integral, los principios de “buena administración” o “buen gobierno”¹⁶ y el de eficacia se desarrollan a través del principio de eficiencia. El artículo 134 de la Constitución mexicana señala “Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia,

¹² SILVESTRI, Enzo, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 28-31.

¹³ MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 6ª Edición, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, p. 92.

¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP, Madrid, 1995, p. 109.

¹⁵ AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, *Silencio administrativo e inactividad: Límites y técnicas alternativas*, Tecnos, 2001, Madrid, pp. 35 y ss.

¹⁶ PONCE SOLÉ, Julio, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 127 y ss.

eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.” La eficiencia propondrá todos los medios para que la actuación de la Administración llegue a sus objetivos siempre y con el menor coste posible (eficacia). Al respecto, es importante retomar el caso de la inactividad procedimental como ejemplificativa de la incoherencia de su tolerancia respecto de la eficiencia de los recursos públicos. El principio de eficiencia debe abordarse y desarrollarse tomando en consideración la perspectiva de los costes que trae aparejados la falta de resolución expresa. Entiéndase por éstos, por ejemplo, la resolución de los procedimientos de impugnación en el caso del silencio negativo y las costas judiciales en ámbito jurisdiccional y peor aún, la demolición de obras tras la estimación por silencio de permisos de construcción que posteriormente debieron ser revocados. Si la eficiencia puede y debe cobrar importancia en el sistema de principios rectores de la actividad administrativa, con autonomía, o a través del principio de eficacia, debe revalorizarse su carácter informador al momento de considerar la intervención del silencio administrativo ante la inactividad de las Administraciones públicas.

No podríamos concebir el principio de eficiencia y mucho menos el de eficacia si el factor tiempo no es tomado en cuenta. Al respecto, el principio de *celeridad* se identifica respecto de la ordenación del procedimiento administrativo que motivará el impulso de oficio de todos sus trámites según el artículo 18 de la Ley Federal de Procedimiento administrativo. En este sentido, el artículo 13 de la misma ley señala, como principios de la actuación administrativa, la economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe. Para la doctrina italiana¹⁷ en una primera etapa, el principio de celeridad se podía considerar contrapuesto a los principios de eficiencia, eficacia y *buon andamento* (que a su vez nos remitían a la idea garantística del procedimiento). En ese entonces, se asumía la idea de que el procedimiento administrativo había de implicar un grado de complejidad para dotarle de legitimidad. Posteriormente, el principio de celeridad cobra nuevamente importancia con las ideas

¹⁷ ANDREIS, Massimo, “Silenzio della Pubblica amministrazione e celerità dell’azione amministrativa”, en *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, PARISIO, Vera (Dir.), Giuffrè, Milano, 2009, pp. 101-102.

de simplificación administrativa, llegando a considerarse que la celeridad está implícita en la idea de una Administración eficaz, que resuelve el procedimiento produciendo un acto expreso en el menor tiempo posible. Aunque no hay que olvidar que la celeridad, si no responde a las necesidades que procura resolver el procedimiento, en sí misma, no responde a la idea de simplificación.

La importancia de los principios del Derecho y su reconocimiento en el derecho positivo tiene un significado especial cuando hablamos del *derecho a la buena administración* que ha sido incorporado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Éste es el resultado de la construcción jurisprudencial del principio a la *buena administración* que durante décadas han aplicado los tribunales europeos y que, en alguna medida, también han sido apreciados por los operadores jurídicos en los Estados Miembros de la Unión Europea.¹⁸ La configuración de un derecho fundamental¹⁹ a la *buena administración* ha sido discutida por su amplitud²⁰ y porque en alguna ocasión se ha percibido un tinte de artificiosidad en su cristalización.²¹ Sin

¹⁸ Un ejemplo lo constituye el análisis realizado en relación con la función consultiva particularmente en materia urbanística, véase, AMILIVIA GONZÁLEZ, Mario y NALDA GARCÍA, José C. En: “Principios de buena administración y función consultiva”, *Revista Española de la Función Consultiva*, No. 9 de 2008; también en materia urbanística véase, Ponce Solé, Julio, “Desarrollo territorial sostenible y buena administración mediante la actividad de planificación en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo” en *El derecho urbanístico del siglo XXI: Libro homenaje a Martín Bassols Coma*, Editorial Reus, 2008, pp. 487-548; Sánchez Blanco, Ángel, “De la actividad archivística como función pública y de su incidencia en los derechos de los ciudadanos y en la buena administración”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 17 de 2008.

¹⁹ L.N. González Alonso ha señalado que el derecho a la buena administración es el único que se ha configurado como un auténtico derecho fundamental de los derechos de ciudadanía puesto que no queda condicionado a ésta sino que se reconoce a *toda persona*. Véase, González Alonso, Luis N. “Derecho a una buena administración” en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, p. 668.

²⁰ PONCE SOLÉ, Juli, “El deber de buena administración y el derecho al procedimiento administrativo debido (...)”, op. cit. Resulta significativo que L. N. González Alonso que amplitud del derecho a la buena administración representa una ventaja pues no tiene un “contenido cerrado, sino cambiante y evolutivo”, véase, González Alonso, Luis N. “Derecho a una buena administración” en *Carta (...)*, op. cit., p. 670.

²¹ En este sentido, J.A. Fuenteaja ha llevado a cabo un análisis crítico de la “metamorfosis de principio a derecho” con base en el estudio de las sentencias a la que ha recurrido la Convención (encargada de la redacción de la Carta) para justificar la subjetivización del

embargo, por otra parte, incluso las posiciones más críticas reconocen que estas características se ven solventadas por la concreción de los derechos que lo conforman. De tal suerte que “el contenido y alcance de este mismo derecho (a la buena administración) se encuentra vinculado a esos derechos que lo articulan. La interacción entre el derecho a la buena administración y los principios y derechos en que se articula determinan la eficacia jurídica de aquél.”²²

El derecho a la buena administración, en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se ha configurado integrando una definición general “*Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable*”. En este sentido, se le reconoce particular importancia a tres derechos:

“-El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.

-El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

-La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones”.

Además del reconocimiento de la garantía patrimonial de los ciudadanos frente a la actividad de las Instituciones o agentes de la Unión “*Toda persona tiene derecho a la*

principio a la buena administración. El análisis se basa en la disconformidad entre una tutela de carácter procedimental de la buena administración, como principio, y la configuración del derecho a la buena administración como derecho subjetivo. Véase, Fuenteaja Pastor, Jesús Ángel. “El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 15 de 2008, pp.137 y 138.

²² FUENTEAJA PASTOR, Jesús Ángel. “El derecho a la buena administración en la Carta (...)”, *op. cit.* pp. 144. Por otra parte, se destaca la aportación de R. Bousta quien señala el impacto de este derecho en la concepción del control de las Administraciones públicas por parte de los tribunales. Véase, BOUSTA, Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Harmattan, Paris, 2010.

reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros” y un derecho lingüístico “Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

Vale la pena comentar que la doctrina reconoce, en el derecho a la buena administración, la oportunidad del legislador europeo de cristalizar las bases de un Derecho propio de las instituciones y organismos de la Unión Europea.²³ Siendo que éste carece –todavía²⁴– de una codificación, el derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales implicaría “un conjunto de derechos instrumentales para permitir el control de la Administración europea” lo que supondría la “constitucionalización del Derecho Administrativo Europeo”.²⁵ Esto se puede relacionar con las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (publicada junto con ésta en el DOUE el 14 de diciembre de 2007 y con relevancia interpretativa) la cual justifica el artículo 41 en “la existencia de la Unión como una comunidad de Derecho”.

En busca de su articulación en el ámbito latinoamericano²⁶ y, en especial el mexicano, el derecho a la buena administración “supone, como corolario necesario, la obligación de la Administración pública de ajustar su actuación a una serie de

²³ El ámbito de aplicación del derecho a la buena administración del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales se reconduce a la *Administración europea* aunque éste término no se aprecie desde una perspectiva orgánica, sino funcional “función de ejecución del Derecho europeo” aunque formalmente la jurisprudencia y la doctrina admitan una “abstracción de aparatos administrativos europeos”, véase, FUENTEAJA PASTOR, Jesús Ángel, “El derecho a la buena administración en la Carta (...)”, *op. cit.* p. 141-143.

²⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol, “La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea” en *La Unión administrativa europea*, VELASCO CABALLERO, F. Schneider, J. P. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2008.

²⁵ FUENTEAJA PASTOR, Jesús Ángel, “El derecho a la buena administración en la Carta (...)”, *op. cit.*, p. 152.

²⁶ CASTRO, ALBERTO (Ed.) *Buen gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la Administración pública en el Perú*, PUPC, Lima, 2014.

parámetros y características concretas y determinadas que ordinariamente se diseñan en la propia Constitución política de cada país”.²⁷ De ahí que la experiencia europea puede permear en la legislación mexicana en plena coherencia con el artículo 8º Constitucional y el derecho de petición con su correlativa respuesta en un “plazo razonable”. Regresando a modelo en análisis, la buena administración y el procedimiento administrativo encuentran cohesión en el primer apartado del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”. Se aborda el procedimiento como un ámbito de protección de intereses privados no sólo por la forma en que se desarrolla sino también porque implica que estos intereses deben atenderse en un plazo razonable. La doctrina en torno a la buena administración ha señalado que la obligación de resolver el procedimiento dentro de plazos razonables es el “elemento fundamental en el correcto funcionamiento de cualquier administración”.²⁸

Es interesante señalar que el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales, por lo que respecta al tratamiento de los asuntos dentro de un plazo razonable, encuentra cierta conexión con el artículo 8 de la Constitución mexicana, segundo párrafo, cuando señala, “a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo saber en breve término al peticionario”. En fechas recientes, los tribunales federales han tenido la posibilidad de pronunciarse en torno al término breve plazo para la resolución de las peticiones de los particulares y estos han señalado que, en coherencia con el principio

²⁷ RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “La buena administración y el buen gobierno del litoral en Europa: especial referencia a la gestión integrada de las zonas costeras”. En *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Sanz Larruga, F.J. (Dir.), Fundación PEDRO BARRIÉ DE LA MAZA, La Coruña, 2009, p. 165. Del mismo autor “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo” en *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

²⁸ GONZÁLEZ ALONSO, Luis N., “Derecho a una buena administración en Carta (...)”, *op. cit.*, p. 672.

de progresividad del artículo 1° de la Constitución mexicana y la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el plazo de resolución no se constriñe al establecido en la norma que regula el procedimiento sino que “se extiende a la interpretación que los órganos autorizados hagan al respecto”.²⁹ El principio de progresividad, en los términos de la Suprema Corte implica exigir “a todas las autoridades del Estado Mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado

²⁹ DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN. PARA DETERMINAR SU ALCANCE Y CONTENIDO, PUEDE ATENDERSE AL CONCEPTO DE "PLAZO RAZONABLE" DESARROLLADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. En la tesis 1a. CDV/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 21 de noviembre de 2014 a las 9:20 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, página 714, de título y subtítulo: "DERECHOS HUMANOS. SU CONTENIDO NO SE LIMITA AL TEXTO EXPRESO DE LA NORMA QUE LO PREVÉ, SINO QUE SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN QUE LOS ÓRGANOS AUTORIZADOS HAGAN AL RESPECTO.", la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo el criterio consistente en que el contenido de los derechos humanos no se limita al texto expreso de las normas que los reconocen, sino que se robustece con la interpretación evolutiva o progresiva que al respecto realicen tanto los tribunales de constitucionalidad nacionales, como los organismos internacionales autorizados en la materia. Así, en nuestro sistema jurídico, el derecho fundamental de petición se reconoce en el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto no dispone un plazo determinado para que las autoridades den respuesta a las solicitudes formuladas por los gobernados, pues su segundo párrafo se limita a señalar que el acuerdo recaído a la petición deberá hacerse del conocimiento del solicitante en "breve término", sin que establezca un referente temporal concreto. Ante esa indefinición, en aplicación del principio de progresividad previsto en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Federal, válidamente puede atenderse al concepto de "plazo razonable" desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de los artículos 7, numeral 5 y 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la finalidad de determinar el alcance y contenido del derecho mencionado. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADO EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES, CON RESIDENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL Y JURISDICCIÓN EN TODA LA REPÚBLICA.

Amparo en revisión 58/2015. Axtel, S.A.B. de C.V. 30 de abril de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Patricio González-Loyola Pérez. Secretario: Mario Jiménez Jiménez.

mexicano.”³⁰ En este sentido, la obligación de resolver el procedimiento y el plazo razonable para que las autoridades resuelvan, en torno al principio de progresividad, deben favorecer la atención oportuna de los intereses de los particulares, evitando los cotos de poder y arbitrariedad que al día de hoy son fuente de corrupción en el seno del procedimiento administrativo.

Finalmente se debe recordar, como corolario de la importancia del procedimiento administrativo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el artículo 8 del Pacto del que se ha derivado la existencia del derecho a una resolución fundada³¹ (Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* Sentencia Corte IDH de 19 de septiembre de

³⁰ Época: Décima Época, Registro: 2010361, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a. CXXVII/2015 (10a.), Página: 1298

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO. El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el Constituyente Permanente, el Estado Mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado Mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano.

Amparo directo en revisión 2425/2015. Grupo Uno Alta Tecnología en Proyectos e Instalaciones, S.A. de C.V. 12 de agosto de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas y Alberto Pérez Dayán. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero.

Esta tesis se publicó el viernes 6 de noviembre de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

³¹ Véase, SAGÜES, Néstor Pedro, “El procedimiento administrativo. Perspectivas constitucionales” en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung e V., México, 2009. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_17833-544-4-30.pdf>

2006. Serie C No. 151)³² y el “cumplimiento de la administración de plazos razonables para tramitar y resolver, en función de tres elementos: comportamiento del administrado, complejidad del caso, diligencia en la conducta de la administración” (Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. República del Paraguay Sentencia Corte IDH de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125*).³³ Unificar los criterios jurisdiccionales de las distintas cortes y tribunales en relación al procedimiento administrativo y los aspectos jurídicos de la buena administración fortalece la capacidad de las Administraciones públicas de actuar de manera eficiente superando las malas prácticas en torno a la ineficacia y corrupción administrativa.

V. CONCLUSIONES

El procedimiento administrativo, como vertiente de las formas de actuación administrativa, es el mecanismo por el cual el ciudadano gestiona la comunicación y se relaciona con la estructura jurídico-administrativa. En el marco de un nuevo constitucionalismo que permita la argumentación en torno a modelos de validez de la norma, en donde los particulares pueden reclamar su inconstitucionalidad, es necesario observar desde otra perspectiva cómo están estructurados los instrumentos de control de la omisión administrativa. El régimen del silencio administrativo, ya sea en su vertiente positiva o negativa y el derecho de petición implican un mensaje equivocado al servidor público, ante tu pasividad, el ordenamiento prevé una respuesta. Es el ciudadano es quien se encuentra en la disyuntiva entre ser sometido al silencio o a la acción a través de la nulidad, en cualquier caso el particular es quien reciente los efectos de la ineficacia o negligencia. La validez de las previsiones normativas en

³² La Corte Interamericana señala al respecto que: “En el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención.”

³³ En este caso la Corte Iberoamericana considera respecto a un procedimiento administrativo que: “la complejidad de este procedimiento era mínima y que el Estado no ha justificado la mencionada demora, en consecuencia, el Tribunal la considera desproporcionada”.

materia de inactividad administrativa condenan al particular a vivir a la sombra de la oportunidad de que la Administración cumpla sus cometidos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, *Silencio administrativo e inactividad: Límites y técnicas alternativas*, Madrid, Tecnos, 2001.
- ALLI-ARANGUREN, Juan Cruz, *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Civitas, 2004.
- ANDRADE S., Eduardo. “Artículo 8º constitucional”, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*. H. Cámara de Diputados, Tomo II, México, 1985.
- ANDREIS, Massimo, *Silenzio della Pubblica amministrazione e celerità dell’azione amministrativa*”, en *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, PARISIO, Vera (Dir.), Giuffrè, Milano, 2009.
- BOUSTA, Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Harmattan, Paris, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Las transformaciones recientes de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional ¿un cambio de paradigma?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, “La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea” en *La Unión administrativa europea*, Velasco Caballero, F. Schneider, J. P. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2008.
- PONCE SOLÉ, Julio, “Desarrollo territorial sostenible y buena administración mediante la actividad de planificación en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo” en *El derecho urbanístico del siglo XXI: Libro homenaje a Martín Bassols Coma*, Editorial Reus, 2008.
- PONCE SOLÉ, Julio, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento*

administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad, Valladolid, Lex Nova, 2001.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “La buena administración y el buen gobierno del litoral en Europa: especial referencia a la gestión integrada de las zonas costeras”, en *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Sanz Larruga, F.J. (Dir.), Fundación Pedro Barrié de la Maza, La Coruña, 2009.

Hemerografía

AMILIVIA GONZÁLEZ, Mario y Nalda García, José C. en “Principios de buena administración y función consultiva”, *Revista Española de la Función Consultiva*, No. 9 de 2008.

EL ÁNGEL TENORIO, Carmen Erika. “Silencio administrativo: la contravención de los principios y valores por la legislación ordinaria en el paradigma constitucional contemporáneo”, *Lex. Difusión y análisis*, 4ª época, Año XIV, No. 170, agosto, 2009.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “Los principios generales del Derecho administrativo en la jurisprudencia española”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, No. 70, 2008

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “De la actividad archivística como función pública y de su incidencia en los derechos de los ciudadanos y en la buena administración”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 17 de 2008.

ESTADO ACTUAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS AL PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN¹

JUAN CARLOS TRUJILLO MAHECHA *

WALTER GERARDO VALENCIA JIMENEZ **

JAIME CUBIDES-CÁRDENAS ***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Procesos de Paz en Colombia*. III. *Jurisdicción especial para la paz en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una paz*

¹ Capítulo resultado del proyecto de investigación: “Medidas estatales para la Paz Colombiana: El rol del Ejército Nacional en escenarios de pos-acuerdo y justicia transicional”, que hace parte de la línea de investigación: “Teoría del Derecho y Administración de Justicia” del grupo de investigación “Grupo Interdisciplinario de Estudios sobre Religión, Sociedad y Política (GIERSP)”, reconocido y categorizado en (A) por COLCIENCIAS registrado con el código COL0046166 vinculado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, adscrito y financiado por la Universidad de San Buenaventura, sede Bogotá. Investigación en colaboración con la Escuela Superior de Guerra.

* Economista, Abogado Cum Laude, Conciliador en Derecho, Conciliador en Justicia en Equidad, Especialista en Derecho de Policía, Magister en Criminología y Victimología, Doctor H. C. del Instituto Mexicano de Victimología S.C. (México, D.F.), Doctor H. C. de la Academia de Peritos en Ciencias Forenses y Consultoría Técnica Legal A.C., (Tepic, Nayarit - México, D.F.), Doctor en Derecho Internacional Humanitario de Logos International University Inc. (Miami, Florida – EEUU), Doctor por C. H. de la Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo Nuevo León, A.C. (Aguascalientes – México). Docente universitario nacional e internacional, consultor y asesor sector defensa en asuntos de Seguridad Pública, Ciencia de Policía y MASC, miembro afiliado Asociación Colombiana de Criminología, miembro gestor Red Nacional de Psicología Jurídica y Forense de Buenos Aires Argentina. Actualmente Director del Programa Derecho y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de San Buenaventura, sede Bogotá, D.C. Contacto: cjp.decano@usbog.edu.co

** Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín (UNAUCLA), Magister en derecho de UNIANDES, y Magister en Educación de la misma universidad; especialista en derecho administrativo de UNAUCLA. Estudiante de Doctorado en Derecho Privado en la línea de investigación de Derecho de Daños de la Universidad de Salamanca. Contacto: walgerval@gmail.com y/o wvalencia@usbog.edu.co.

*** Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires- Argentina. Investigador Senior reconocido por COLCIENCIAS. Contacto: jaimecubides@gmail.com.

estable y duradera. IV. Instrumentos Jurídicos para la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los procesos de transición alrededor del mundo son diferentes pues cada conflicto ha tenido características diferentes, lo que ha llevado a que se presenten diferentes modos para que las sociedades pueden llegar a la paz después de un conflicto. Por consiguiente, son múltiples las fórmulas de transición, sin embargo, se han llegado a fundamentos comunes entre unos y otros como lo es las víctimas. Siendo el caso colombiano uno de estos procesos que son diferentes y únicos a los demás pero que busca cumplir con los principios que cada transición ha respetado como lo es las víctimas y la justicia. Por lo cual resulta importante estudiar el caso de transición colombiano, más aún debido a que van a cumplirse tres años desde la firma de los acuerdos en los que se plasma la transición por lo cual resulta también relevante estudiar el proceso de transición de forma particular sobre la jurisdicción especial para la paz como uno de esos principios que todo sistema de transición debe cumplir. Siendo oportuno cualquier investigación que apoye estas metas.

Con base a lo anterior se presenta como pregunta de investigación ¿Cuáles son los instrumentos jurídicos que se han proferido dentro del proceso de implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera para el desarrollo de la jurisdicción especial para la paz como uno de los principios de mayor relevancia para el Pos-acuerdo?, para lo cual se describirá el panorama sobre los procesos de paz en Colombia especialmente en que culminó con el acuerdo objeto de investigación, para con posterioridad presentar los instrumentos jurídicos que se han proferido sobre la jurisdicción para finalizar con la identificación de los elementos sustanciales o procesales que contribuyen a su implementación. La metodología que se aplicara para esta investigación es de carácter deductivo en la cual

aplicara la técnica de rastreo de fuentes bibliográficas y jurisprudencia que será analizada a través del método cualitativo para obtener la información correspondiente a los conceptos que serán utilizados en esta investigación, particularmente sobre los procesos de paz se hará uso del método descriptivo.

II. PROCESOS DE PAZ EN COLOMBIA

Con el objeto de analizar los procesos de paz que se han desarrollado en Colombia, es necesario presentar de forma inicial una descripción sobre el conflicto que se presenta en Colombia.

Se debe mencionar como la tipificación del conflicto en Colombia se regula por el “el derecho internacional más específicamente por los cuatro convenios de Ginebra y sus dos protocolos adicionales, en los cuales se clasifican dos tipos de conflictos armados, uno de carácter no internacional y el otro de naturaleza internacional”,² siendo para el caso colombiano un:

Conflicto complejo (...) La persistencia de factores como el narcotráfico ha ocasionado el surgimiento de nuevos actores, denominados como Grupos Armados Organizados (GAO) en la directiva N° 15 del Ministerio de Defensa. En esta categoría están cada una de las organizaciones que buscan lucro a través del CI, entre las que se destacan el Clan del Golfo y sus similares. El conflicto interno colombiano se tipifica así en un conflicto asimétrico, donde la población civil está expuesta a los ataques de

² MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, CUBIDES-CÁRDENAS, Jaime & DÍAZ-CASTILLO, Wisman Johan, “Los mecanismos de reparación integral (RIT) como elementos unificadores del ordenamiento internacional y el derecho nacional en busca de la consolidación del Ius Commune Interamericano”, *Iustitia* 13, 2015, pp. 487-504.

*cada uno de estos grupos aún en estos días en los que se están
implementando los acuerdos del Gobierno con las FARC-EP³*

Es un conflicto asimétrico dado que, son varios los actores que intervienen en estas confrontaciones, más aun si se toma a consideración la permanencia en Colombia de la violencia o conflictos armados desde la propia conquista pasando por el proceso de independencia, junto con las diferentes guerras civiles que se presentaron durante el siglo XIX, sin olvidar mencionar igualmente, que para varios autores el conflicto surge exclusivamente en el siglo XX en Colombia, pues se ha visto desarrollado por distintas confrontaciones armadas, cada una de ellas finalizada con un proceso de pacificación o des escalamiento del conflicto.

Como lo es la guerra de los mil días que inicia a finales del siglo XIX y finaliza en el XX, ha sido catalogada por el profesor Rubiano, así: se puede clasificar la Guerra de los Mil Días como una Guerra reparación fundada en un sentimiento de Injusticia, en la que la tolerancia y la moral que sustentaban la legitimidad del orden de la Regeneración se quebró, alentando por la inconformidad y la rebelión a dicho orden social, político, económico y cultural. Entre otras explicaciones que habría que aducir, se debió por las disposiciones jurídicas que se expresaban en la carta constitucional de 1886; las prácticas clientelares, la corrupción hecha efectiva por el partido Nacionalista de la “Regeneración”, el fraude, la censura, la persecución de la oposición y aún más, por la disposición a hermetizar la política mediante el control burocrático, la Administración Pública y los altos puestos del Estado. Complots, intrigas, infamias o confabulaciones abiertas a veces o secretas, acuerdos, disensos, debates y polémicas se mezclaron variablemente en un entorno de confusiones e incertidumbres.

³ VALLEJO RUBIANO, Henry Manuel, CUBIDES CÁRDENAS, Jaime y DÍAZ CASTILLO, Wisman, Contextualización del Conflicto Interno Colombiano en Relación con las Víctimas. En: *El conflicto armado interno en Colombia: análisis jurídico de protección a las víctimas y del medio ambiente*, editado por Henry Manuel Vallejo Rubiano y Jaime Cubides Cárdenas, Escuela Superior de Guerra, Bogotá, 2017, pp. 25-50.

De la misma forma, es relatado por Antonio Caballero en la historia de Colombia y sus oligarquías: Mediada la guerra, el vicepresidente Marroquín dio un incruento golpe de Estado contra el senil Sanclemente y, de contera, contra Caro. Pero sus conservadores históricos (ahora con sueldo) tampoco pusieron fin a las hostilidades, sino que, por el contrario, las recrudecieron bajo un fanático ministro de Guerra, el general Arístides Fernández, que buscaba la aniquilación definitiva del Partido Liberal mediante el fusilamiento de los prisioneros. Y los liberales, desorganizados y dispersos, mal armados pese a la ayuda extranjera y casi incomunicados entre sí, acabaron por ser derrotados en lo que ya eran casi tres guerras separadas, cobijadas las tres bajo la inoperante “dirección suprema” del viejo jefe liberal Gabriel Vargas Santos, a las que se puso fin en tres tratados de paz distintos: el de Chinácota en Santander con las fuerzas de Foción Soto, el de Neerlandia en el Magdalena con las de Rafael Uribe y el del Wisconsin en Panamá con las de Benjamín Herrera. Este último, firmado a bordo de un acorazado de la escuadra norteamericana, pudo servir de paradójica advertencia: menos de un año después vendría el zarpazo de los Estados Unidos sobre Panamá para adueñarse del futuro Canal interoceánico.

De este modo, también se presenta la época de la violencia entre 1947-1957: El dispositivo antipopular incluyó la violencia oficial con miras a la desarticulación del movimiento popular, a través de una policía purgada de todo elemento liberal y renutrida por efectivos de municipios ultraconservadores: la “Chulavita”; y la creación de organizaciones paramilitares de reconversión política y exterminio sistemático como los “Pájaros” y los “Contrachusmeros”. Estas últimas fueron organizaciones ilegales de civiles armados dedicadas al asesinato selectivo de militantes liberales y a la “conservatización” de burocracias y poblaciones a lo largo del país. La acción paramilitar se extendió más allá de los cincuenta de manera paralela a los intentos pacificadores del General- Presidente Rojas Pinilla. Una vez amnistiados los guerrilleros liberales, se conformaron bandas armadas encargadas de impedir el regreso de los guerrilleros amnistiados a sus pueblos y parcelas y asesinar a los líderes desmovilizados.

Los chulavitas o pájaros, quienes eran policías del estado conservador y ejecutaban acciones en contra de los liberales. • La chusma, quienes eran los guerrilleros liberales. • Los bandoleros, que eran disidentes de la guerrilla liberal o de la policía conservadora (pájaros o chulavitas), quienes una vez firmado el acuerdo de paz sufrieron desarraigo y no tuvieron la capacidad de reintegrarse a la vida civil, por lo que se dedicaron al asesinato a sueldo al servicio de los chulavitas. Es importante resaltar que lo simbólico de sus nombres (Capitán Veneno, Chispas, El Tigre, Sangre Negra, Desquite, Alma Negra, Zarpazo, Capitán Venganza), representaba fielmente sus acciones. Algunos de estos personajes fueron reclutados cuando eran niños.

En 1953 estaba la guerrilla liberal en el municipio de Rioblanco. Dicen que ahí estaba Tirofijo, pero era de la guerrilla liberal. No había más. Después es que de ahí salen dos, la guerrilla liberal y la comunista. La guerrilla liberal fue entonces liderada por el “Coronel Mariachi”. Y la otra fue liderada por Manuel Marulanda. Entonces empezaron a llegar a la comunidad [Nasa] Pero la comunidad no entendía quiénes eran ellos.

Con posterioridad a esta época se acentúa el incremento de los actores dentro del Conflicto Interno Armado colombiano, como lo es el surgimiento de las Güerillas entre las que se destacan las antiguas FARC – EP, el ELN, las extintas guerrillas del Quintín Lame, el M – 19, y el ELP, además del surgimiento del narcotráfico como un actor relevante, a la par de los Grupos Armados Organizados. Acentuando esta asimetría expuesta en los párrafos iniciales.

1. Procesos de paz entre el Gobierno de Juan Manuel Santos y las extintas guerrillas de las FARC – EP

El proceso de paz que se lleva a cabo en la mesa de negociación de la Habana es fruto del desgaste militar que ambas partes presentaban para el año 2011, especialmente teniendo en cuenta las continuas bajas que recibían los cabecillas de las

FARC – EP desde el 2008, llevando a que para el 2011 ambas partes llegaran a la negociación como un modo de terminar dichos enfrentamientos que no tenían un claro ganador para la época, se puede decir entonces que:

Aquella tesitura por la cual ninguna de las partes considera que continuar en el marco de un conflicto resulta favorable para sus intereses. De un lado, porque las FARC, a pesar del enquistamiento y la periferialización referida, bajo una evidente correlación desfavorable de fuerzas, encuentran imposible cualquier atisbo de tomar el poder político por las armas. De otro, porque tras haber gastado más de 12.000 millones de dólares, la superación militar del conflicto armado en favor del Estado queda lejos de materializarse. Más si cabe cuando a la falta de grandes éxitos militares en los últimos años se añade el hecho de que la violencia guerrillera exige de operativos en enclaves más hostiles, selváticos, fronterizos, con una fuerte presencia de minas antipersona, y donde por las condiciones geográficas la fuerza aérea no funge como el factor determinante que en otros escenarios supuso. Es decir, las acciones militares, fruto del enquistamiento territorial de las guerrillas, pasan a focalizarse sobre contextos más difíciles, donde el conocimiento militar es mucho menor y donde las incertidumbres de éxito se reducen muy sustancialmente en favor del Estado.⁴

Finalizando estas negociaciones con la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera firmado en diciembre del año 2016 en el teatro Colon, tras haber sido modificado dicho acuerdo

⁴ RÍOS, Jerónimo, “El Acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC: o cuando una paz imperfecta es mejor que una guerra perfecta”, Araucaria, España, 19.38 (2017).

en razón a las demandas impuestas por la pérdida del Plebiscito del primero de octubre de ese mismo año.

III. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ EN EL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA

Para comprender los avances que se ha tenido sobre la implementación es necesario partir por la descripción de lo acordado respecto de la Jurisdicción Especial para la Paz, en este sentido se tomarán cada uno de los componentes que fueron acordados dentro del punto cinco del acuerdo final. En el cual se encuentra dentro del numeral 5.1.2. sobre la “jurisdicción especial para la paz i. principios básicos del componente de justicia del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición (SIVJNR)”. Y en la cual se pueden sustraer los siguientes elementos unos de carácter sustancial y otros de carácter procesal.

El primero de ellos es la finalidad que tiene esta jurisdicción que es:

Satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos.⁵

⁵ Colombia, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 2016.

Demostrando que el centro de la jurisdicción son las víctimas, sin desconocer la importancia de dicha jurisdicción para la terminación del conflicto, pues dentro de su finalidad esta generar condiciones de seguridad jurídica para los participantes dentro del Conflicto. En este sentido la JEP según lo acordado debe tener en cuenta:

*Como ejes centrales los derechos de las víctimas y la gravedad del sufrimiento infligido por las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el conflicto. Tales violaciones causan daños graves y de largo plazo a los proyectos de vida de las víctimas.*⁶

En consecuencia, a lo anterior la JEP reparará “el daño causado y restaurar cuando sea posible”.⁷ Teniendo como marco conceptual de justicia la restaurativa:

*Que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.*⁸

Otras de las finalidades que busca alcanzar la JEP según lo acordado entre el Gobierno y el extinto grupo guerrillero de las FARC – EP, “es acabar con conflictos que no deben ser perpetuados, en aras de la defensa de los derechos de las futuras generaciones”.⁹

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Ibidem.*

Ahora bien, los fundamentos que son considerados por las partes dentro del acuerdo sobre la JEP, consisten en la autonomía que es conferida a los Estados con el fin de:

Conformar jurisdicciones o sistemas jurídicos especiales, derivado de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas sobre la soberanía y libre autodeterminación de las naciones, y de lo establecido en los Principios del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional. 5.- En el ejercicio de dicha autonomía, aceptada y reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado puede apreciar y evaluar la complejidad, duración y gravedad del conflicto armado interno con el fin de diseñar y adoptar los mecanismos de justicia para lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial la garantía de los derechos humanos.¹⁰

Esta autonomía no debe ser considerada como arbitrariedad del Estado, pues facilita con el cumplimiento de preceptos o principios internacionales crear medios y mecanismos que faciliten la transición hacia la paz. Lo que lleva a concluir que el Estado tiene autonomía para generar los mecanismos y formas de lograr la transición hacia la paz pero que estos no son de carácter de arbitrarios, sino que deben regirse por la debida protección de los derechos humanos.

Llegando el propio acuerdo a presentar una decisión sobre la JEP, consistente en ser “una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves

¹⁰ *Ibidem.*

violaciones de los Derechos Humanos”.¹¹ Teniendo como vigencia lo estipulado en el acuerdo final, siendo aplicable exclusivamente sobre las “conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor”.¹²

Acentuando como causal dentro del acuerdo que:

*La responsabilidad de los destinatarios del SIVJNR no exime al Estado de su deber de respetar y garantizar el pleno goce de los derechos humanos y de sus obligaciones, conforme al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*¹³

¹¹ *Ibidem.*

¹² En el supuesto de existir conflicto de competencia entre cualquier jurisdicción y la Jurisdicción Especial para la Paz, resolverá dicho conflicto una Sala Incidental conformada por 3 magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, elegidos por éste, y 3 magistrados de las Salas o Secciones de la Jurisdicción Especial para la Paz no afectadas por dicho conflicto jurisdiccional, elegidos por la plenaria de la Jurisdicción Especial para la Paz. La decisión se adoptará en la Sala Incidental por mayoría simple y en caso de no alcanzarse una mayoría, en aplicación del carácter preferente de la Jurisdicción Especial para la Paz, resolverá el Presidente de esta Jurisdicción. Son delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió. El plazo para la conclusión de las funciones de la Jurisdicción Especial para la Paz consistentes en la presentación de acusaciones por la Unidad de Investigación y Acusación, de oficio o como consecuencia de los informes que tratan los literales b) y c) del numeral 48, será de 10 años contados a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de la totalidad de Salas y Secciones de la Jurisdicción Especial para la Paz, y un plazo posterior de 5 años más para concluir su actividad jurisdiccional, plazo este último que de ser necesario podrá ser prorrogado para concluir su actividad. La Sección de estabilidad y eficacia de Resoluciones y Sentencias prevista en el último párrafo del numeral 52 podrá constituirse en cualquier momento en que resulte necesaria, sin limitación temporal alguna. Respecto a los integrantes de organizaciones que suscriban acuerdos de paz con el Gobierno, el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas, ocurridas desde la entrada en vigor del Acuerdo Final hasta la finalización del proceso de dejación de armas. *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

Los presupuestos para acceder a la aplicación de los beneficios transitorios de la JEP son según lo acordado:

Aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. Aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades. Se entiende por tratamiento especial las sanciones propias y alternativas previstas en el numeral 60.¹⁴

Ahora bien, los principios que rigen la JEP son acorde a lo acordado:

1. Respetar los derechos fundamentales del debido proceso, defensa, asistencia de abogado, presunción de inocencia y la independencia e imparcialidad de los magistrados de las salas y secciones, así como de los integrantes de la Unidad de Investigación y Acusación¹⁵.
2. Principio de favorabilidad en todas sus actuaciones, en especial respecto al tratamiento a recibir por cualquier persona sometida a esta jurisdicción¹⁶.
3. Todas las decisiones judiciales sobre las responsabilidades y sanciones de personas serán debidamente motivadas y fundamentadas en pruebas confiables y admisibles ante tribunales de justicia¹⁷.
4. Las resoluciones y sentencias de las salas y secciones pueden ser recurridas en reposición o apelación a solicitud del destinatario de estas.¹⁸

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

Por último, dentro del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, se tipifica un derecho en favor de la JEP, que consiste en la obligación del Estado para garantizar:

La autonomía administrativa y la suficiencia y autonomía presupuestal del SIVJNR y en especial del componente de justicia. Se creará una Secretaría Ejecutiva que se encargará de la administración, gestión y ejecución de los recursos de la Jurisdicción Especial para la Paz bajo la orientación de la Presidencia de ésta. La Secretaría podrá entrar a funcionar con suficiente antelación para garantizar que esté disponible desde su inicio la infraestructura de la Jurisdicción Especial para la Paz. El Estado establecerá mecanismos económicos y financieros para la ejecución oportuna y eficaz de los recursos, que podrán provenir de diferentes fuentes nacionales e internacionales. La designación de la Secretaría Ejecutiva se hará mediante el mecanismo que determinen las partes en el proceso de conversaciones, debiendo reunir amplia experiencia en administración y altas calidades morales.¹⁹

Otro de los componentes que se describen en el acuerdo sobre la JEP, es el aspecto procesal donde el componente de justicia se aplicarán dos procedimientos:²⁰

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Con el fin de satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, el componente de justicia estará integrado por los siguientes órganos: a. Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, b. El Tribunal para la Paz, c. Sala de Amnistía o indulto, d. Sala de definición de situaciones jurídicas, para los casos diferentes a los literales anteriores o en otros supuestos no previstos y, e. Unidad de Investigación y Acusación, la cual debe satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad. *Ibidem.*

1. Procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad.
2. Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y de responsabilidad.

IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Una vez expuestos los elementos que integran la JEP en relación con a lo acordado, es importante mencionar los instrumentos jurídicos que soportan o apoyan la implantación de la JEP. Comenzando por el Acto Legislativo 01 del 2012 o también conocido Marco Jurídico para la Paz, que estipula como:

Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo.²¹

Con posterioridad en el marco de la implementación profirió el acto legislativo 01 del 2017 por el cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. En el que, dentro del capítulo tercero

²¹ Colombia, Congreso de la República, Acto Legislativo 01 del 2012.

reglamenta la JEP. En el artículo quinto transitorio, se manifiesta como “estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica”.²² Teniendo como finalidad “administrará justicia de manera transitoria y autónoma”,²³ siendo competentes para conocer:

De manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado²⁴, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos.²⁵

Otra de las reglas de su competencia es la relacionada sobre los delitos de ejecución permanente imputable a los sujetos que se someten a ella:

La JEP tiene competencia, cuya comisión haya comenzado antes del primero de diciembre de 2016, la JEP mantendrá su competencia respecto de ellos si con posterioridad a esa fecha no han cesado sus efectos, e inaplicará las sanciones propias y alternativas si concluye que se incumplieron las condiciones del Sistema. En todo caso, corresponderá a la Jurisdicción Ordinaria la investigación y juzgamiento de los delitos de que trata el Libro

²² Colombia, Congreso de la Republica, Acto Legislativo 01 del 2017, art. 5.

²³ *Ibidem.*

²⁴ La ley definirá las conductas delictivas que se considerarán estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas conforme a lo establecido en el punto 5.1.2 del Acuerdo Final, y la JEP evaluará en cada caso ese vínculo de acuerdo con los parámetros trazados por esa ley. *Ibidem.*

²⁵ En relación con los integrantes de organizaciones que suscriban acuerdos de paz con el Gobierno, el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas desarrollado desde el primero de diciembre de 2016 hasta el momento en el que finalice el proceso de extracción de las armas por parte de Naciones Unidas, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo Final. *Ibidem.*

*Segundo, Capítulo Quinto, Título Décimo del Código Penal, cuando ellos se cometan sobre bienes o activos que no hayan sido incluidos en el inventario definitivo acordado y elaborado durante el tiempo que las FARC-EP permanezcan en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización en el proceso de Dejación de Armas, y siempre que se hayan realizado actos de ejecución después de la entrega definitiva de ese inventario.*²⁶

Así, este mismo acto legislativo considera que:

*Corresponderá a la Jurisdicción Ordinaria la investigación y juzgamiento de los delitos de que trata el Libro Segundo, Capítulo Quinto, Título Décimo del Código Penal, cuando ellos se cometan por no combatientes, financiadores o agentes del Estado respecto de bienes inmuebles que hayan sido adquiridos mediante despojo o abandono forzado, siempre que por parte de aquellos se hayan realizado actos de ejecución después de la entrada en vigor del presente Acto Legislativo.*²⁷

Además, de establecer como:

Sus objetivos son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

*armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas.*²⁸

Los presupuestos que el acto legislativo estipula para el acceso a los beneficios de la JEP, en concordancia a lo acordado, así:

*Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. Aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades. Quien aporte de manera dolosa información falsa, o incumpla cualquiera de las condiciones del Sistema, perderá el tratamiento especial de justicia.*²⁹

Los componentes sustantivos que la JEP debe tener en cuenta al momento de evaluar las conductas sometidas a su jurisdicción, de esta manera el congreso determino que:

La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas

²⁸ La JEP también ejercerá su competencia respecto de las personas que en providencias judiciales hayan sido condenados, procesadas o investigadas por la pertenencia a las FARC-EP, dictadas antes del 1o de diciembre de 2016, aunque no estuvieren en el listado de dicho grupo.
Ibidem.

²⁹ *Ibidem.*

*objeto de este, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.*³⁰

Dejando de esta manera, establecidas las competencias que deben ser desarrolladas por las leyes, según la cual “regulará entre otros los principios, organización, competencias entre ellas por el factor personal, procedimientos, participación de las víctimas y régimen de sanciones conforme a lo definido en el Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz”.³¹

El alcance de la JEP según la Corte Constitucional se centra en como:

*En aras de garantizar el derecho de las personas afectadas con el conflicto, a los beneficiarios con esta medida le asiste la obligación de atender cualquier llamado de la jurisdicción especial para la paz en orden a garantizar la efectividad del proceso transicional y en consecuencia los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Cuando la norma dispone que “El procesado o condenado trasladado no será citado a la práctica de ninguna diligencia judicial mientras permanezca en la ZVTN”, ha de entenderse ello en el contexto del artículo 22 de este Decreto, que infra se analizará, que de una vez sea dicho, la Sala halla conforme a la Constitución, de manera condicionada.*³²

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C – 025 del 2018

La Corte Constitucional también se pronuncia sobre la competencia de la JEP,³³ al decir determina que:

El artículo 37 inc. 4º que específicamente señala: “Procedimiento. También serán excarceladas a la mayor brevedad las personas que estén privadas de la libertad por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos por los delitos contemplados en los artículos 112 (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días); 265 (daño en bien ajeno); 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial); 353A (obstrucción a vías públicas que afecte el orden público); 356A (disparo de arma de fuego); 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos); 429 (violencia contra servidor público); 430 (perturbación de actos oficiales) y 469 (asonada) del Código Penal colombiano, que manifiesten su voluntad de quedar sometidas a la Jurisdicción Especial para la Paz y comparecer ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas para solicitar la aplicación de mecanismos de cesación de procedimientos con miras a la extinción de la responsabilidad. En estos casos será competente para decidir su puesta en libertad: a) Respecto a aquellas personas que se encuentren privadas de libertad con fundamento en una medida de aseguramiento, el Fiscal competente solicitará ante un Juez con

³³ Con respecto al esquema de gobierno y administración de la Jurisdicción Especial para la Paz, aunque el constituyente se encontraba habilitado para crear una instancia jurisdiccional separada orgánicamente de la Rama Judicial, así como para dotarla de autonomía administrativa, presupuestal y técnica, no lo está para suprimir la lógica fundamental y los principios esenciales con arreglo a los cuales se organizó el aparato jurisdiccional, y en general, la institucionalidad estatal. Por este motivo, aunque resulta constitucionalmente admisible que la Jurisdicción Especial para la Paz no se encuentre insertada dentro de la Rama Judicial, que por tanto el gobierno y administración de esta no quede radicado en el Consejo Superior de la Judicatura sino en instancias endógenas a la propia JEP; este nuevo esquema debe preservar el autogobierno judicial como garantía de independencia en el ejercicio de la jurisdicción. Colombia Corte Constitucional, sentencia C -647 del 2017.

funciones de Control de Garantías la libertad condicionada, quien deberá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 35 y 36 de esta ley y autorizar dicha libertad condicionada; b) Respecto de aquellas personas que se encuentren privadas de la libertad con fundamento en una condena, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad a cuya disposición esté la persona sentenciada deberá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 35 y 36 de esta ley y autorizar dicha libertad condicionada” (se resalta el aparte pertinente, además se advierte que el presente artículo fue declarado exequible en la sentencia C-007 de 2018).³⁴

V. CONCLUSIONES

Existe un desarrollo jurídico claro sobre la JEP tanto dentro de lo acordado como el de acto legislativo que lo integra, junto con los conceptos y preceptos que la Corte Constitucional en su favor a estipulado, necesitando solamente una debida reglamentación por parte de la ley con el objetivo de desarrollar los componentes que el propio acto legislativo demanda.

De acuerdo con lo plateado, se puede determinar que las objeciones presentadas por el presidente Iván Duque Maques, a la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz por razones de inconveniencia; resultan ser inidóneas para reabrir el debate de lo pactado en la Habana, por cuanto pueden ser rechazadas por el Congreso de la República. No obstante si resultan efectivas para retardar la entrada en vigor de la JEP, abrir un debate político y mediático sobre el proceso de paz con las FARC-EP y minar la confianza de los excombatientes en proceso de reincorporación e incentivar el ingreso de estos a las disidencias de las FARC-EP o grupos armados emergentes. Sugiere lo anterior que las medidas estatales del ejecutivo en lo sucesivo irán

³⁴ *Ibidem.*

encaminadas a la búsqueda de reconfiguración de lo pactado en la Habana, en aras a que el proceso de paz con las FARC-EP se parezca más al realizado en el pasado por el presidente Álvaro Uribe Vélez con los grupos de auto-defensas AUC.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CABALLERO, Antonio, *Historia de Colombia y sus oligarquías*, Crítica, Bogotá, 2018.

FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, *Derecho constitucional colombiano*, Temis, Bogotá, 2015.

MEDINA LÓPEZ, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, Bogotá, 2006.

RÍOS, Jerónimo, “*El Acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC: o cuando una paz imperfecta es mejor que una guerra perfecta*”, Araucaria, España, 2017.

RUBIANO MUÑOZ, Rafael Alfonso, “*Guerra, nación y derechos. A los 112 años de la Guerra de los Mil Días (1899-1902)*”, Universidad de Medellín, Bogotá, 2011.

VALLEJO RUBIANO, Henry Manuel, CUBIDES-CÁRDENAS, Jaime y DÍAZ CASTILLO, Wisman, Contextualización del Conflicto Interno Colombiano en Relación con las Víctimas. En: *El conflicto armado interno en Colombia: análisis jurídico de protección a las víctimas y del medio ambiente*, editado por Henry Manuel Vallejo Rubiano y Jaime Cubides Cárdenas, Escuela Superior de Guerra, Bogotá, 2017.

Hemerografía

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, CUBIDES-CÁRDENAS, Jaime & DÍAZ-CASTILLO, Wisman Johan, “Los mecanismos de reparación integral (RIT)

como elementos unificadores del ordenamiento internacional y el derecho nacional en busca de la consolidación del Ius Commune Interamericano”, *Iustitia* 13 (2015): 487-504.

Legisgrafía

Colombia, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una paz estable y duradera, 2016.

Colombia, Congreso de la Republica, Acto Legislativo 01 del 212.

Colombia, Congreso de la Republica, Acto Legislativo 01 del 2017

Colombia Corte Constitucional, sentencia C -647 del 2017

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C – 025 del 2018

Páginas de internet

HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio y RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo Andrés, 2014, *Elementos argumentativos e interpretativos en la doctrina de la sustitución de la constitución en Colombia* / Diego Higuera Jiménez ; director Gonzalo Andrés Ramírez Cleves. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05988a&AN=uec.238630&site=eds-live>>. Consultado el 16 de abril de 2019.

LA TUTELA JURÍDICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN

ZULEIMA DEL CARMEN LÓPEZ MUÑOZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Marco teórico fundamental.* III. *El interés superior del menor: su protección y aplicación en los procedimientos de adopción.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La adopción, institución típicamente civil cuya finalidad originaria era dar medio a la falta de descendientes, en un principio su base y centro era el derecho civil, sin embargo a partir del proceso de constitucionalización de algunas instituciones tradicionales del derecho civil, ostensible por la incorporación del principio *pro persona*¹ a partir de la reforma del 10 de junio del 2011,² mejor conocida como la Reforma en Materia de Derechos Humanos, y posteriormente el Principio del Interés Superior del Menor a partir del 2014, el fenómeno adoptivo representa una nueva realidad jurídica intrínseca en el derecho de familia.

Como corolario a la mencionada adición constitucional, la transformación es trascendente, en todos los ámbitos jurídicos, por abrirse de forma definitiva y clara del derecho internacional de los derechos humanos, obliga a todas las autoridades, en

* Maestra en Estudios Jurídicos, División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Doctorante del programa de doctorado en Estudio Jurídicos del Padrón Nacional del Programa de Calidad del CONACYT (PNPC). Nacionalidad Mexicana. Contacto: zulei_lomu@hotmail.com

¹ PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Tirant Lo Blanch, México, 2015, pp. 23-30.

² Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del 2011.

todos sus órdenes, ejercer no solo un control de constitucionalidad, pues también un control de convencionalidad.

En otras palabras, la Constitución se amplía con todas las normas, valores y principios, establecidos en los tratados internacionales en materia derechos humanos, y en ese contexto exclusivo de derechos humanos los tratados internacionales gozan de supremacía constitucional, perfeccionando y fortaleciendo también la protección más amplia a las personas (principio *pro persona*).³

En la cima de los valores constitucionales encontramos a la dignidad humana asegurada por los derechos fundamentales y cuya jerarquía constitucional la lleva a dirigir la creación y aplicación del Derecho, sirviendo de base a un orden jurídico que funda una sociedad democrática, en la cual se impone el respeto a toda persona y se le permite integrarse y participar efectivamente en la sociedad.⁴

Los valores se consideran como tales a los bienes protegidos por las normas constitucionales, lo que otorga a estas una gran versatilidad a través de su interpretación para regir prácticamente la totalidad de la vida social y enfrentar los nuevos retos que se le presentan. La ley fundamental ya no se toma por un inconexo grupo de disposiciones simplemente aplicables a hechos determinados y que solo

³ En el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio *pro persona*, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. Tesis 1a./J. 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. II, octubre de 2012, p. 799.

⁴ Tesis 1a./J. 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. II, octubre de 2012, p. 799.

obliga al Estado, sino como un sistema de valores y principios que se deben realizar en óptimo grado en todo ámbito de la sociedad.⁵

La adopción ha dejado de ser una figura exclusiva del área del derecho privado, pues la constitucionalización del Derecho Civil en la reivindicación de la persona y la familia implica una especial concepción e interpretación de los derechos fundamentales como normas mínimas, no rígidas sino de carácter progresivo y expansivo en su fuerza normativa, que sirven a la articulación de los ordenamientos nacional e internacional de derechos humanos, respondiendo a la dignidad humana como valor supremo de este.

La figura de la adopción en México tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, establecida en beneficio de los menores y no así de los adoptantes buscando inexcusablemente la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con el fin de incorporarlos a una familia que pueda proporcionarle afecto, cuidados, educación y demás derechos inherentes a su persona para su adecuado desarrollo.

Por tanto la adopción debe considerarse un derecho del menor que se ubica en posición prevalente frente al interés de los adoptantes, dado precisamente el interés superior del niño es que ahora la adopción ha dejado de ser un acto privado para convertirse en un procedimiento judicial en el que el Estado está compelido a garantizar la protección de los menores adoptados.

Es fundamental aclarar que en México, se entiende a raíz de los artículos 73 y 124 constitucional como facultades otorgadas a los Estados, la materia familiar, es decir que la adopción, pertenece a la esfera de actuación y competencia local, de ahí que

⁵ SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, Porrúa, México, 2006, p. 26.

converja una dispersión normativa entre los diferentes códigos civiles, familiares, y leyes de adopción de los Estados.

Cuadro 1. Regulación de la adopción por entidad federativa:

Código Civil	Leyes o Códigos Familiares	Leyes de Adopción
Federal: Código Civil Federal	Coahuila: Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza	Durango: Ley de Adopciones para el Estado de Durango
Aguascalientes: Código Civil del Estado de Aguas Calientes	Hidalgo: Ley para la Familia del Estado de Hidalgo	México: Ley que Regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México
Baja California: Código Civil para el Estado de Baja California	Michoacán: Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo.	Michoacán: Ley de Adopción del Estado de Michoacán de Ocampo
Baja California Sur: Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur	Morelos: Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos	Quintana Roo: Ley de Adopción del Estado de Quintana Roo
Campeche: Código Civil del Estado de Campeche	San Luis Potosí: Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí	Tamaulipas: Ley De Adopciones para el Estado de Tamaulipas
Chiapas: Código Civil para el Estado de Chiapas	Sinaloa: Código Familiar del Estado de Sinaloa	Tlaxcala: Ley de Adopciones para el Estado de Tlaxcala

Chihuahua: Código Civil para el Estado de Chihuahua	Sonora: Código de Familia para el Estado de Sonora	Veracruz: Ley de Adopciones para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave
Ciudad de México: Código Civil del Distrito Federal	Yucatán: Código de Familia para el Estado de Yucatán	
Colima: Código Civil para el Estado de Colima	Zacatecas: Código Familiar del Estado de Zacatecas	
Guanajuato: Código Civil para el Estado de Guanajuato		
Guerrero: Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Número 358		
Jalisco Código Civil del Estado de Jalisco		
Nayarit: Código Civil para el Estado de Nayarit		
Nuevo León: Código Civil para el Estado de Nuevo León		
Oaxaca: Código Civil Para el Estado de Oaxaca		
Puebla: Código		

Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla		
Querétaro: Código Civil del Estado de Querétaro		
Tabasco: Código Civil para el Estado de Tabasco		

Fuente: Elaboración propia

II. MARCO TEÓRICO FUNDAMENTAL

En esta sección se mencionan como soportes principales introductores al presente estudio: la familia como concepto, adopción y filiación.

1. La familia como concepto

Definitivamente, para hablar de la familia en el contexto internacional, en el contexto del derecho comparado, y de ahí a las nuevas estructuras familiares, debemos partir de la premisa que no hay un solo concepto de familia universal y unívoco. La sociedad del siglo XXI es una muy distinta a la sociedad de hace tan solo una década, en el que no es de relevancia la periodicidad, sino dejar entrever indiscutiblemente que la familia es un concepto que cambia con el tiempo y espacio, de manera vertiginosa y profunda.⁶

Los vínculos familiares en su extensión, han sido y seguirán siendo una institución fundamental, ya que los fenómenos sociales en los que se ve involucrado el Estado

⁶ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en CARBONELL SÁNCHEZ, M., *et al*, (coords.), *Las familias en el siglo XXI. Una mirada desde el derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p. 62.

mexicano repercuten a la institución familiar, como consecuencia de estos fenómenos, el derecho familiar ha ido evolucionado progresivamente fundamentado en un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales.

Es un hecho que en México, la estructura y conformación de la familia ha cambiado, en el que es preciso señalar que esta no es una institución estática sino cambiante y por lo tanto con diferentes necesidades a satisfacer.⁷ Especialmente marcada dicha transformación continua por la multicitada reforma del 2011, la constituyen un cambio en el modo de entender las relaciones entre las autoridades y la sociedad, ya que colocan a la persona como el fin de todas las acciones del gobierno, por ello la Suprema Corte Justicia de la Nación el 29 de agosto del 2011 emitió el Acuerdo General 9/2011, por el que se determina el comienzo de la décima época.

En plena tesitura con lo antes expuesto, en el caso que nos ocupa de la adopción, el Poder Judicial de la Federación, ha previsto que la idoneidad de las personas para ser consideradas para adoptar debe atender únicamente a la posibilidad de brindar cuidado y protección al menor de edad, para incluirlo a una familia, y no puede atender, de manera alguna, a la pertenencia a un tipo de familia por un tipo de estado civil (soltero, casado, en concubinato, en sociedad de convivencia), ni por cierta orientación sexual,⁸ de tal forma que se le otorga una dimensión extensa no condicionada o restringida la institución familiar por factores de estado civil u orientación sexual.

Por su parte la Organización de las Naciones Unidas (ONU) afirma que la familia debería ser entendida en un sentido amplio, intentando abrir la puerta al

⁷ GUTIÉRREZ CAPULÍN, Reynaldo, *et al.*, “El concepto de familia en México: una revisión desde la mirada antropológica y demográfica”, *Ciencia Ergo Sum*, México, vol. 23, núm. 3, 2016, p. 4.

⁸ Tesis P./J. 8/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 6.

reconocimiento de las parejas compuestas por personas del mismo sexo en el derecho y la política internacional.⁹

Reiteramos el dinamismo del concepto de familia la cual como institución no contempla un modelo único, pues las personas que la integran lo hacen a través de diversas combinaciones dando lugar a diversos tipos de familia. Lo que si es factible señalar es que cualquiera que sea su composición el Estado debe proteger y garantizar su desarrollo y bienestar.

Se ostenta entonces a la familia, ya no como aquella unidad meramente biológica o vinculada por un acto jurídico, sino como una institución que acepta a otros miembros aunque no sean parte de una consanguinidad, en este caso por adopción o afinidad.¹⁰

2. Adopción

Al estudiar esta institución tan notable del derecho de familia, se encuentra que esta ha estado presente en todas las épocas y en todo tipo de civilizaciones. Se trata de un instituto de muy antiguo abolengo, que durante los siglos ha pasado por etapas de luz y otras de oscuridad, pero lo más importante es que nunca ha desaparecido, sino que ha ido evolucionando de acuerdo con las necesidades de los momentos. Su constante permanencia y universalidad no implicó inmutabilidad. Por el contrario, esta institución se ha caracterizado por su perpetua movilidad, por una búsqueda incesante de evolución que permite ver en la adopción un instituto siempre nuevo, moderno y actual.¹¹

⁹ Informe de la ONU, “*No hay definición de familia*”, 2016, disponible en: https://c-fam.org/friday_fax/informe-de-la-onu-no-hay-definicion-de-familia/

¹⁰ PÉREZ FUENTES, Gisela María *et. al.*, *La maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 38.

¹¹ KUYUMDJIAN DE WILLIAMS, Patricia, “Adopción de embriones criopreservados: beneficios y objeciones”. En PAVÓN LAURENT, Angélica y GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora (coords.), *Vida humana, familia y bioderecho*, Tirant lo Blanch, México, 2015, p. 79.

La adopción es un instrumento de integración familiar mediante el que se crea una relación de filiación *ope legis*¹² con una persona con la que en principio no existía ningún vínculo previo de consanguinidad. Su finalidad más esencial es la de otorgar una adecuada protección a determinados menores de edad normalmente carentes de una vida familiar apropiada, que pasan de esta forma a integrarse a un nuevo estado familiar en condiciones completamente equiparadas a la de cualquier otro hijo o hija consanguíneo.¹³

Para dar rudimento y secuencia del concepto y naturaleza de esta figura, se señalan su esclarecimiento a partir de las siguientes etimologías:¹⁴

Adoptio-adoptionis, adopción. El verbo latino *adopto-adoptas-adoptare-adoptavi-adoptatum*, significa tomar por elección, escoger, adoptar, elegir. En lenguaje jurídico latino adoptar a alguno como hijo suyo. *Adoptare* se forma a partir de la preposición *ad-*, junto a, cerca de, al lado de; y el verbo *opto-optas-optare-optavi-optatum*, escoger, elegir, tomar la decisión de, tener la idea de, desear, anhelar.

1. Adoptar, del verbo *adopto-adoptas-adoptare-adoptavi-adoptatum*. El sufijo verbal -ar, forma los verbos de la primera conjunción en español.
2. Adopción, de *adoptio-adoptionis*, y este del verbo *adopto-adoptas-adoptare-adoptavi-adoptatum*. El sufijo -ción indica acción, resultado de un proceso.
3. Adoptable (id.2). El sufijo -ble indica la posibilidad en sentido activo y real.
4. Adoptador (id.3). El sufijo -dor, indica el sujeto o agente que realiza la acción del verbo.

¹² Por obra de la ley, en virtud de ella.

¹³ LOPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (coords.), *Derecho de Familia*, Tiran lo Blanch, España, 2015, p. 170.

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Etimología jurídica*, 6ta ed., México, 2013.

5. Adoptante (id. 2-4). El sufijo *-nte* indica al agente o sujeto que realiza la acción.
6. Adoptivo (id. 2-5). El sufijo *-ivo*, indica relativo a; también puede indicar cualidad o condición.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha especificado que la adopción consiste en dar una familia a un niño y no un niño a una familia y que, en todo caso, el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan de verdad ofrecerle unas condiciones de acogida favorable y que respondan a sus necesidades.¹⁵ A través de la regulación de esta figura en los distintos ordenamientos locales de México se observa claramente la diversidad de criterios en cuanto a la naturaleza jurídica y sus definiciones. Por lo cual su concepto no es biológico sino jurídico.

Estados como Aguascalientes, Chiapas, Veracruz, Guerrero y Morelos, definen la adopción en principio como una institución jurídica.

En el Código Familiar para el Estado de Morelos, su artículo 360 por ejemplo, establece que la adopción es la institución jurídica de protección a las niñas, niños, adolescentes e incapacitados, aun cuando sean mayores de edad, por lo que bajo vigilancia del Estado, el adoptado entra a formar parte de la familia o crea una con el adoptante, en calidad de hijo y deja de pertenecer a su familia consanguínea. La adopción siempre será benéfica para el adoptado, atendiendo al interés superior del mismo y el respeto de sus derechos fundamentales.¹⁶

¹⁵ PICONTO NOVALES, Tyreaa, “El derecho a la maternidad y sus debates”, en De Lucas Javier y Rodríguez Uribe, José Manuel (Coords.), *Derechos Humanos y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 521.

¹⁶ Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, publicado en el Diario Oficial el 06 de septiembre de 2006, última reforma publicada el 30 de agosto de 2018.

Por otra parte más de diez Estados la definen inicialmente como un acto jurídico, tales como Campeche, Colima, Michoacán, Querétaro, Sonora, etcétera.

La ley de adopción del Estado de Michoacán de Ocampo, su artículo 3 por ejemplo, define la adopción como el acto jurídico por el cual el Juez de lo familiar constituye una relación de filiación entre adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco equiparable en sus efectos al consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.¹⁷

Los Estados de Jalisco y Baja California Sur, definen la adopción a través de sus respectivos Códigos Civiles, en principio como un estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial.¹⁸

Entre otras tantas definiciones locales, el Estado de Quintana Roo indica en su disposición que adopción es el procedimiento legal en el que se le confiere a un menor la posesión del estado de hijo del o de los adoptantes y a éstos, previa manifestación de consentimiento expreso, los deberes inherentes a la relación paterno-filial.¹⁹

Finalmente, en algunos Estados, como el caso de Tabasco, no contienen definición en su legislación local.

3. Filiación

La filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, en la que una descende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/ o

¹⁷ Ley de Adopción del Estado de Michoacán de Ocampo publicado en el Diario Oficial el 01 de julio de 2013, última reforma publicada el 18 de noviembre de 2016.

¹⁸ Artículo 520 del Código Civil del Estado de Jalisco, publicado en el Diario Oficial el 25 de febrero de 1995, última reforma publicada el 20 de diciembre de 2014.

¹⁹ Artículo 2 de la Ley de Adopción del Estado de Quintana Roo, publicado en el Periódico Oficial el 30 de junio de 2009, última reforma publicada el 17 de noviembre de 2015.

de actos jurídicos. Se distingue entre filiación legítima o matrimonial, filiación natural o extramatrimonial y filiación legitimada o reconocimiento de hijos. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.²⁰ Al respecto Galindo Garfías²¹ señala que la filiación es considerada como la relación existente entre padres e hijos, de la que deriva un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades entre ellos.

Por tanto no solo es un hecho natural o biológico este vínculo, sino que representa una realidad que se reconoce y regula jurídicamente para unir a las personas en una analogía de procreantes y procreados, y como tal surge una serie de derechos y deberes recíprocos.

La filiación, además de proporcionar identidad al menor, también implica las responsabilidades de guarda, crianza y educación del menor. Por ello ésta no debe de estar sujeta a condiciones que no atañen a los menores, sino que es necesario entender que se crea tal vínculo independientemente del estado civil o preferencia sexual del o los adoptantes, igualmente hace referencia a un estado filial, es decir, la exteriorización, social, cultural y familiar, de permanencia y duración de la relación filial, se refiere al estado de hijo o a la paternidad y maternidad.²²

La clasificación que se hace en la doctrina y en algunas legislaciones locales, acogen la filiación como resultado de la adopción, pues confiere e impone al adoptado con el adoptante, respectivamente, los derechos, deberes y obligaciones entre ellos.

²⁰ PÉREZ CONTRERAS, María Monserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, p. 119.

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Adopción, en Temas Selectos de Derecho Familiar II*, México, 2014, p. 1.

²² PÉREZ CONTRERAS, María Monserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, *op. cit.*, p. 121.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: SU PROTECCIÓN Y APLICACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN

Se advierte la dispersión normativa, ya que cada entidad federativa posee su propia normatividad y existen entre ellas diferencias significativas que no permiten una armonización en la materia.

Aunque destaca que la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes²³ establece un marco para las adopciones aplicable a nivel federal y estatal, también señala que los procedimientos de adopción se desahogarán de conformidad con la legislación civil aplicable por lo que a pesar de que se pretenda una coordinación nacional, dichos procedimientos son responsabilidad única y exclusiva de los gobiernos estatales.²⁴

Debemos reconocer entonces que las entidades federativas tienen la libertad configurativa para definir los términos en los cuales se puede llevar a cabo una adopción, sin embargo la actuación administrativa y judicial debe considerar ciertas características y parámetros constitucionalmente razonables a esta institución, pero no solo eso, sino que el legislador ordinario, al regular la organización y el desarrollo de la familia, se encuentra compelido a atender a esa realidad social.

En el caso de la adopción los derechos de los menores prevalecen sobre el interés del o los adoptantes, pues desde el marco internacional la Convención de las Naciones

²³ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de diciembre de 2014, última reforma publicada el 20 de junio de 2018.

²⁴ Si bien es incuestionable la libertad de configuración que poseen los Congresos estatales para regular ciertas materias, como la civil y familiar, en especial señalado la familiar, la cual el congreso general no tiene facultad para legislar, es de la mayor importancia destacar que dicha libertad se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y el reconocimiento de derechos humanos desde la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México, de conformidad con el artículo 1º constitucional.

Unidas sobre los Derechos del Niño²⁵ señala en el artículo 21 que los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, principio que se funda en la dignidad misma del ser humano.

Resulta de especial importancia, el estudio del principio fundamental del interés superior del menor que servirá de base para el establecimiento de un adecuado procedimiento de adopción de niños, niñas o adolescentes en el sistema jurídico Mexicano. Este principio fundamental debe permear el procedimiento que susciten como resultado de la adopción, debiendo ser considerados como guía para la evaluación de las normas, prácticas y políticas públicas referidas a la infancia, es decir como premisa bajo las cuales se debe interpretar, integrar y aplicar la normatividad de la niñez y la adolescencia²⁶ y que constituye por ello, un límite a la discrecionalidad de todas las autoridades que se adviertan involucradas con los menores respecto a la adopción, por ser el caso que nos incumbe.

En este orden de ideas, este principio regulador responde a que deben gozar de una protección especial y disponer de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad,²⁷ en el mismo sentido se expresa la Convención de la Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional,²⁸ al

²⁵ Convención sobre los derechos del niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 aprobado por el Senado el 19 de junio de 1990, según publicación en el Diario Oficial de la Federación del 31 de julio de 1990. El decreto de promulgación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

²⁶ DEL ÁNGEL TENORIO, Carmen Erika, “La adopción de menores en México y en el contexto internacional”, *Letras jurídicas*, México, núm. 31, Enero-Junio 2015, p.47.

²⁷ Declaración de los Derechos del niño, 20 de noviembre de 1959.

²⁸ Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, adoptada en La Haya del 29 de mayo de 1993, aprobado por México el 22 de junio de 1994, su publicación en el Diario Oficial de la Federación para su aprobación se fija el 06 de julio de 1994; la vinculación de México por ratificación es del 14 de septiembre de 1994,

indicar como primer objeto de dicho instrumento el establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional.

Se destaca dicho principio en la presente investigación pues como bien ha señalado el Poder Judicial de la Federación, en el que el “interés superior del niño. Para su adecuada protección en el trámite de la adopción, en caso de colisión entre derechos primarios y secundarios, por regla general, deben prevalecer los primeros”, en los siguientes términos:²⁹

El interés superior del menor, es una institución jurídica compleja, que pretende que todos los poderes, así como los órdenes de gobierno, emprendan cualquier acción que esté a su alcance para asegurar el bienestar de los menores. Sin embargo, dentro de los intereses superiores del menor, surgen distintos derechos que pueden clasificarse en primarios y secundarios. Los primarios o básicos deben observarse en todo niño, sea adoptado o no, pues son necesarios para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; por ejemplo: crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; el derecho a la educación, a jugar, a descansar, a alimentarse y a la salud, por mencionar algunos. En tanto los derechos secundarios, son aquellos que el legislador reconoce en las normas, para que los niños que aún no cuentan con los primarios (o sólo parcialmente), puedan acceder a éstos. Uno de ellos, en sentido amplio (*lato sensu*), es la adopción y, en sentido estricto (*stricto sensu*), es el derecho al debido proceso en la adopción.

Ahora bien, el Juez a cuya potestad se someta el trámite de adopción, debe realizar un ejercicio de ponderación, en caso de que exista una colisión entre dos derechos que pretenden tutelar el interés superior del menor; uno primario, verbigracia, el derecho a

la entrada en vigor para México se da el 1º de mayo de 1995 y la publicación en el Diario Oficial de la Federación para promulgación se cifra el 24 de octubre de 1994.

²⁹ Tesis: III.2o.C.53 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. I, marzo de 2016, p. 1727.

permanecer con una familia adoptiva que, presumiblemente, satisface sus necesidades básicas de afecto y atención, y uno secundario, por ejemplo, el derecho a que quien otorgó el consentimiento para que se le adoptara fuera debidamente asesorado por el Consejo de Familia.

En este tipo de conflictos, Robert Alexy³⁰ plantea que, a fin de decidir qué derecho debe prevalecer sobre otro, es factible aplicar la “ley de la ponderación”. La mencionada regla, en esencia, postula: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”. De acuerdo con tal postulado, la ponderación, puede dividirse en tres “pasos” o “escalones”.

En el primer escalón, se trata del grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios. A éste sigue, en el segundo escalón, la determinación de la importancia de la satisfacción del principio contrario.

Por último, en el tercer nivel, se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. Con base en lo anterior, por regla general, deben prevalecer los derechos primarios, frente a los secundarios que, en su mayoría, son de carácter procesal, porque, el interés superior del menor, como institución que rige el actuar de los poderes públicos, obliga a que los juzgadores, en todo momento, adopten las decisiones que produzcan mayor beneficio para el desarrollo presente y futuro del infante; y, entre los derechos primarios e insoslayables que para su bienestar tiene todo niño, no sólo los adoptados, están el derecho al desarrollo cognitivo, psicológico y emocional, lo que se encuentra por encima de aquellos meramente adjetivos que, precisamente, fueron establecidos por el legislador para que el menor alcanzara el bienestar que ya obtiene con la familia adoptiva.

³⁰ ROBERT, Alexy, *“La Construcción de los Derechos Fundamentales”*, primera edición, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2012, pp. 30 y 31.

Ahora bien resulta menester, que en la práctica este principio es cúspide en el proceso de adopción pues ningún caso es igual a otro, por ello todo niño tiene necesidades diversas de acuerdo con la sociedad, madurez, educación, necesidades afectivas que este tenga o proceso de formación en la que se ha desenvuelto, por lo cual ese interés puede ser distinto en cada caso. Por lo anterior, con el objeto de garantizar a los menores en proceso de adopción la salvaguarda adecuada de sus intereses fundamentales, las acciones del Estado han de ceñirse a dicho principio.

Cabe mencionar que respecto al interés superior del menor de edad y la idoneidad de la persona o personas adoptantes y su consecuente derecho a ser considerados para adoptar, es relevante y aplicable lo establecido en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, emitida por el Pleno de la Suprema Corte, que establece expresamente:

(...) En el caso de la adopción, lo que exige el interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que presente su mejor opción de vida (...)

(...) la figura civil de la adopción (...) es el medio idóneo para satisfacer el derecho de todo niño y niña que, por alguna razón, no estén con su madre o padre biológicos o con ambos, de tener una familia que le procure asistencia, cuidado y amor, con todo lo que ello implica -educación, vivienda, vestido, alimentos, etcétera- (...)

(...) La manera como el Estado mexicano salvaguarda dicho interés es, por un lado, a través del establecimiento en ley de un sistema de adopción que garantice que el adoptado se desarrollará en un ambiente que represente su mejor opción de vida y, por otro, que asegure que el juzgador, en cada caso concreto, para autorizar la adopción, valorará cuidadosamente la actualización

*de los supuestos normativos, allegándose de todos los elementos necesarios para el debido cumplimiento del principio del interés superior del niño.*³¹

En ese orden de ideas, lo que el Estado tiene la obligación de proteger en un procedimiento de adopción es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, entendido desde la fase administrativa hasta la judicial en aras de conseguir el pleno respeto a los derechos de la niñez.

IV. CONCLUSIONES

En el derecho de familia, la adopción se reconoce como una de las figuras más antiguas que ha transitado y evolucionado en los fines y objetivos que se buscan a través de ella, lo cierto es que debe debemos reconocer y ubicarnos en la constitucionalización del derecho privado, mismo que debe ser observado en el contexto de una serie de tendencias que están imponiendo la necesidad de revisar y reformular los paradigmas del positivismo legalista heredado del siglo XIX.³²

La importancia que se debe dar a esta figura radica en el hecho de que es una solución viable para el cuidado de aquellos menores sin familia o en estado de abandono,³³ si bien en los últimos años cada vez se reconoce más el valor de la adopción, siguen quedando muchos presupuestos jurídicos de la adopción pendientes.

Al respecto, no hay desviamiento de oposición entre el Derecho de Familia y el Derecho Civil, sino que sobresale en estas la intervención del sistema judicial el cual

³¹ Pleno de la Suprema Corte, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, párrs. 318, 325 y 327.

³² PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, “Retos de la investigación jurídico en los posgrados de calidad: mitos que conspiran en contra”. En PÉREZ FUENTES, Gisela María (Coordinadora), *Temas actuales de Estudios Jurídicos*, Editorial Tirant lo Blanch – UJAT, México, 2016, p. 38.

³³ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 93.

debe evitar una impropia defensa a la familia, misma que el derecho debe proteger, pues la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴ reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Ciertamente en el caso que nos ocupa se está frente a normas de Derecho privado, pero el Estado al darle una preeminencia al interés superior de la institución familiar y cada de uno de los miembros que la integran, se concierne a la esfera del Derecho público.

México es parte activa del nuevo contexto internacional en que se contempla la adopción y por ello, resulta pertinente, el análisis del proceso interno de adecuación de dichos principios a las normas interiores en nuestro país, sin dejar de considerar la doctrina y los acontecimientos internacionales.³⁵

No podemos dejar de mencionar que la adopción conlleva un nivel de análisis de carácter macrosocial dado que no se limita a las conductas humanas (microsocial) e instituciones normativas (meso-social) vinculadas a la figura de la adopción, sino que se extiende en función de que la materia de adopción es de competencia local, esto es, se trata de una materia no conferida como facultad a la Federación, y que por lo tanto está regulada en cada entidad federativa, de lo anterior resulta que no existe un modelo normativo único, ni un modelo administrativo unificado al respecto, por lo que habría que añadir que concurren tanto actores del gobierno como la sociedad civil.

Se entiende que la esfera de la actuación corresponde a cada uno de los Estados del país es decir, hay una competencia local y así cada Estado tiene una normatividad que contempla la figura (Código Civil, Código Familiar y Ley de Adopción), no obstante

³⁴ Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 aprobado por el Senado el 19 de junio de 1990, según publicación en el Diario Oficial de la Federación del 31 de julio de 1990. El decreto de promulgación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

³⁵ DEL ÁNGEL TENORIO, Carmen Erika, “La adopción de menores en México y en el contexto internacional”, *Letras jurídicas*, op. cit., p. 52.

la disparidad en la materia y en su proceso repercuten en la certidumbre sobre el diseño, estructura, principios, criterios y mecanismos de control que como estándares mínimos deben ser homogéneos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- GONZÁLEZ MARTIN, N., “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”. En CARBONELL SÁNCHEZ, M., *et al*, (coords.), *Las familias en el siglo XXI. Una mirada desde el derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.
- KUYUMDJIAN DE WILLIAMS, Patricia, “Adopción de embriones crioconservados: beneficios y objeciones”, en Pavón Laurent, Angélica y García Fernández, Dora (coords.), *Vida humana, familia y bioderecho*, Tirant lo Blanch, México, 2015.
- LOPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (coords.), *Derecho de Familia*, Tiran lo Blanch, España, 2015.
- PÉREZ CONTRERAS, María Monserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, “Retos de la investigación jurídico en los posgrados de calidad: mitos que conspiran en contra”. En PÉREZ FUENTES, Gisela María (Coordinadora), *Temas actuales de Estudios Jurídicos*, Editorial Tirant lo Blanch – UJAT, México, 2016.

- PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Tirant Lo Blanch México, México, 2015.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, *et. al.*, *La maternidad subrogada*, Tirant lo Blanch, México, 2017.
- PICONTÓ NOVALES, Tyreaa, “El derecho a la maternidad y sus debates”. En DE LUCAS, Javier y RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel (Coords.), *Derechos Humanos y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ROBERT, Alexy, “*La Construcción de los Derechos Fundamentales*”, primera edición, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2012.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, Porrúa, México, 2006.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Adopción, en Temas Selectos de Derecho Familiar 11*, México 2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Etimología jurídica*, 6ta ed., México, 2013.

Hemerografía

- Del Ángel Tenorio, Carmen Erika, “La adopción de menores en México y en el contexto internacional”, *Letras jurídicas*, México, núm. 31, Enero-Junio 2015, p.47.
- GUTIÉRREZ CAPULÍN, Reynaldo, *et al.*, “El concepto de familia en México: una revisión desde la mirada antropológica y demográfica”, *Ciencia Ergo Sum*, México, vol. 23, núm. 3, 2016.

Legislación nacional

- Código Civil del Estado de Jalisco, publicado en el Diario Oficial el 25 de febrero de 1995, última reforma publicada el 20 de diciembre de 2014.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, publicado en el Diario Oficial el 06 de septiembre de 2006, última reforma publicada el 30 de agosto de 2018.

Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del 2011.

Ley de Adopción del Estado de Michoacán de Ocampo publicado en el Diario Oficial el 01 de julio de 2013, última reforma publicada el 18 de noviembre de 2016.

Ley de Adopción del Estado de Quintana Roo, publicado en el Periódico Oficial el 30 de junio de 2009, última reforma publicada el 17 de noviembre de 2015.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de diciembre de 2014, última reforma publicada el 20 de junio de 2018.

Instrumentos internacionales

Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, adoptada en La Haya del 29 de mayo de 1993, aprobado por México el 22 de junio de 1994, su publicación en el Diario Oficial de la Federación para su aprobación se fija el 06 de julio de 1994; la vinculación de México por ratificación es del 14 de septiembre de 1994, la entrada en vigor para México se da el 1º de mayo de 1995 y la publicación en el Diario Oficial de la Federación para promulgación se cifra el 24 de octubre de 1994.

Convención sobre los derechos del niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 aprobado por el Senado el 19 de junio de 1990, según publicación en el Diario Oficial de la Federación del 31 de julio de 1990. El decreto de promulgación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Declaración de los Derechos del niño, 20 de noviembre de 1959.

Jurisprudencia nacional

Tesis 1a./J. 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. II, octubre de 2012, p. 799.

Tesis P./J. 8/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 6.

Tesis: III.2o.C.53 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. I, marzo de 2016, p. 1727.

Citas de internet

Informe de la ONU “No hay definición de familia” 2016, disponible en: https://c-fam.org/friday_fax/informe-de-la-onu-no-hay-definicion-de-familia/

LA ADOPCIÓN EN MÉXICO

ADRIANA ESMERALDA DEL CARMEN ACOSTA TORAYA^{*}

WILLIAMS ALEJANDRO ABDO ARIAS^{**}

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Generalidades.* III. *Análisis de la figura de la Adopción en la legislación de los Estados de la República Mexicana.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El principio de el interés superior del menor debe ser protegido desde todos los ámbitos, constituyen una de las partes más vulnerables de la población ya que esta expuesta a situaciones de riesgo, debemos tomar en cuenta que una niña, niño o adolescente están en proceso de formación y desarrollo, por ello depende de las personas responsables de su cuidado para la realización de sus derechos; sin embargo, esta situación les impide defenderse.

Todos los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos tienen la obligación de tomar en cuenta el interés superior como una consideración primordial y promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

México ratificó la *Convención de los Del Niño* en 1990, sin embargo, fue hasta 2011 que incorporó el principio del interés superior de la niñez en el artículo 4o. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, al especificar que: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y

^{*} Doctora en Derecho, Profesora Investigadora Tiempo Completo en Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Perfil PRODEP. Contacto: Adrianaesmeralda@hotmail.com

^{**} Doctor en Derecho, Profesor Investigador Tiempo Completo en Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Perfil PRODEP, Evaluador CIEES. Contacto: Abogabdo@hotmail.com

las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

El interés superior debe ser la consideración primordial en la toma de decisiones relativas a niñas, niños y adolescentes, “por tanto se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”.¹

Es de gran importancia asegurar el cumplimiento de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes, ya que con ello se logrará fortalecer las generaciones futuras. En este artículo analizaremos un tema de asistencia social: su derecho a vivir en familia, a partir de la adopción. Esta prioridad, que ubica a la persona en el centro del desarrollo, ha sido resaltada en las convenciones internacionales de las cuales México ha sido partícipe.

II. GENERALIDADES

La palabra adopción viene del latín *adoptio*, y adoptar, de adoptare, de *ad* y *optare* (acción de adoptar o prohiar). Es recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.

Al hablar de adopción nos podemos remontar a instituciones como el *Código de Hammurabi* y a primitivas legislaciones como la egipcia, la caldea y la India, En la biblia se documenta la adopción de su patriarca Moisés por el faraón egipcio, en el derecho romano la adopción es una de las fuentes de la patria potestad, era muy frecuente entre las familias romanas, en estas organizaciones la figura de la adopción jugaban un papel diferente al que hoy conocemos en nuestros ordenamientos jurídicos.

¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/141, 29 de mayo de 2013, párrafo 39.

La adopción es una creación del Derecho, apta para distintas funciones en el devenir histórico, desde la continuidad de la familia hasta la protección de personas vulnerables, es importante tomar en cuenta la finalidad que a lo largo del tiempo y lugar ha tenido este acto jurídico para entender su naturaleza y objeto, nos indica Manuel Chávez Ascencio que “Habiendo tenido gran importancia en la antigüedad, fundamentalmente para la conservación de la familia y para la continuidad de la estirpe, lo que era absolutamente necesario para la supervivencia del culto de los antepasados, se observa un decaimiento de la institución, para resurgir medianamente dentro del campo legislativo en Francia con motivo de la codificación en la época napoleónica y adquirir especial importancia después de la primera guerra mundial”.² Esta figura ha variado en sus fines a través del devenir histórico.

Nuestra legislación contempla tres clases de adopción: simple, plena e internacional.³ La adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero al contrario de la adopción plena, no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante. Es decir, a modo explicativo, que el “adoptado simple” no es nieto de los padres del adoptante, no es hermano de los hijos biológicos del adoptante, no es sobrino de los hermanos del adoptante y no es primo de los hijos de los hermanos del adoptante. Los lazos de familia son limitados ya quien genera vínculos jurídicos entre adoptante o adoptantes y adoptado, como consecuencia los derechos y obligaciones que nacen se limitan a la relación entre ellos, excepto a lo relativo a impedimento de matrimonio. Como la relación del parentesco civil se limita al adoptante y adoptado, los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple. Se establece una doble situación, por un lado permanece la relación con la familia de origen si la hubiera; y por otro lado se generan nuevas relaciones paterno- filiales. sus efectos no son definitivos ya que pueden impugnarse o revocarse.

² CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., *La Adopción (Addenda a la obra la familia en el Derecho)*. Editorial Porrúa, México, 1999, p. 4.

³ Es de llamar la atención que en el Estado de Querétaro se regula la adopción de embriones. Capítulo sexto del *Código Civil del Estado de Querétaro*.

En el caso de la adopción plena, el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico. Es decir que confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, dejando de pertenecer a su familia biológica. Por lo que se extingue el parentesco con los integrantes de su familia de origen. Además, es irrevocable; y otro aspecto importante es que el adoptado no puede ser reconocido por sus padres biológicos ni tiene acción de filiación contra estos.

La adopción internacional responde a las convenciones internacionales sobre la materia, en la *Convención de los Derechos de los Niños* (1989) se considero a la adopción internacional como una medida de protección y bienestar que permite a los niños huérfanos o abandonados beneficiarse teniendo una familia y lograr un desarrollo integral. La adopción internacional será plena y esta regulado en todos los instrumentos de los Estados de la República Mexicana, dándole preferencia a los mexicanos.

A continuación hago un breve análisis de la adopción en los Estados de la República Mexicana:

III. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE LA REPUBLICA MEXICANA

1. Aguascalientes

En Aguascalientes solo se maneja Adopción Plena la cual es considerada como parentesco civil, y establece que el mayor de veinticinco años de edad, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores de edad siempre que el adoptante tenga al menos quince años más que el adoptado; o a uno o más incapaces, en la hipótesis de los incapaces no importa la diferencia de edad entre adoptante y adoptado.⁴ El fundamento legal de las adopciones es:

⁴ Artículos 317 y 413, *Código Civil* del Estado de Aguascalientes.

- *Ley del Sistema de Asistencia Social y de Integración Familiar.*
- *Ley para la Protección de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Aguascalientes*
- *Código civil del Estado de Aguascalientes*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Aguascalientes*
- *Reglamento Interior del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Aguascalientes*
- *Reglas de Operación del Consejo Técnico de Adopciones*

2. Baja California

En Baja California, el *Código Civil* del Estado establece que el parentesco resultante de la adopción se equipara al de consanguinidad con todos sus efectos, tanto en relación al adoptado como a sus descendientes con respecto al adoptante.

El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar a una o más personas menores de dieciocho años de edad o a una o más personas que no tengan capacidad de comprender el significado del hecho, aún cuando éstas sean mayores de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y lo haga en forma personal y no por conducto de apoderado o representante legal alguno.⁵ El marco jurídico es:

- *Ley de Protección y Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y adolescentes en el Estado de Baja California.*
- *Código Civil para el Estado de Baja California*
- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California*

⁵ Artículos 290 y 387 del *Código Civil* del Estado de Baja California.

3. Baja California Sur

En Baja California Sur⁶ la adopción es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes y a éstos, los deberes inherentes a la relación paterno-filial. El adoptante tendrá respecto de la persona y los bienes del menor o incapacitado, los mismos derechos y obligaciones que existen en el parentesco consanguíneo. La edad establecida es mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar a uno o más menores o incapacitados, aún cuando sean mayores de edad y el adoptante deberá tener cuando menos diecisiete años más que el adoptado, pero el Juez podrá dispensar este requisito, cuando la adopción resulte benéfica para la persona que se trata de adoptar. El fundamento legal es:

- *Ley Sobre el Sistema Estatal de Asistencia Social.*
- *Ley que Crea el Instituto Sudcaliforniano de Atención a Personas con Discapacidad del Estado.*
- *Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Estado de Baja California Sur*
- *Código Civil del Estado de Baja California Sur*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California Sur*

4. Campeche

En Campeche si se contempla la figura de adopción simple,⁷ establece que los derechos y obligaciones que nacen de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, además los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad que será transferida al padre adoptivo. Maneja la opción de convertir la adopción simple en plena, así como también establece

⁶ Artículos 410, 413, 414 y 415 del *Código Civil* del Estado de Baja California Sur

⁷ Artículos 418, 419, 419 bis y 421 del *Código Civil* del Estado de Campeche.

supuestos para su revocación.

- *Ley de Asistencia Social para el Estado de Campeche*
- *Ley de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Campeche*
- *Ley Integral para las Personas con Discapacidad del Estado de Campeche*
- *Código Civil del Estado de Campeche*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Campeche*

5. Chiapas

Chiapas no contempla la adopción simple, en el caso de la adopción plena, se equiparara al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de este y los descendientes de aquel, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.⁸ En Chiapas se cuenta con una ley especial de adopciones, siendo el marco jurídico de la adopción el siguiente:

- *Código Civil para el Estado de Chiapas*
- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas*
- *Código de Atención a la Familia y Grupos Vulnerables para el Estado Libre y Soberano de Chiapas*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del estado de Chiapas*
- *Ley De Adopción para el Estado de Chiapas*
- *Reglamento de Adopción de Menores del Instituto de Desarrollo Humano del Estado de Chiapas*

6. Chihuahua

Chihuahua habla de la adopción de manera general sin hacer diferenciación pero se

⁸ Artículo 289 del *Código Civil* del Estado de Chiapas.

entiende plena, establece que puede adoptar una persona mayor de edad, soltera, en pleno ejercicio de sus derechos, a otra menor de edad o a una con discapacidad, aun cuando esta sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga quince años más que el adoptado, la adopción es irrevocable.⁹ El marco jurídico para la adopción es el siguiente:

- *Ley de Asistencia Social Pública y Privada para el Estado de Chihuahua*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Chihuahua*
- *Código Civil del Estado de Chihuahua*
- *Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua*

7. Coahuila

En los años 2016 y 2017 Coahuila tuvo el primer lugar nacional en adopciones,¹⁰ cabe mencionar que el apartado de adopción en el *Código Civil* de este estado fue derogado y el proceso se establece en la *Ley para la Familia de Coahuila y Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila de Zaragoza*.

*La ley para la familia de Coahuila*¹¹ establece que la adopción constituye, de una manera irrevocable, una relación de filiación entre adoptante y adoptado o adoptada, al mismo tiempo que establece un parentesco equiparable al consanguíneo entre la o el adoptado y la familia de la o el adoptante y entre ésta y éste y los descendientes del adoptado. Pueden adoptar los mayores de 25 años, en pleno ejercicio de sus derechos a una o a más niñas, niños o personas mayores de edad que requieran de asistencia o representación para el ejercicio de su capacidad jurídica, siempre que la o el adoptante tenga diecisiete años más que la adoptada o el adoptado y que la adopción sea benéfica para aquellos, previa valoración psicológica y estudio socioeconómico de los

⁹ Artículo 367 y 385 del *Código Civil del Estado de Chihuahua*.

¹⁰ http://www.milenio.com/region/adopciones_coahuila-dif-ruben_moreira-carolina_viggiano-milenio_noticias-laguna_0_1037296413.html (Consultado el 23 de diciembre de 2017)

¹¹ Artículos 375, 376 y 380 de la *Ley para la Familia de Coahuila*.

adoptantes.

La antes citada *ley de Familia* del Estado establece la prohibición de la práctica de adopciones privadas, entendiéndose como tales las acordadas directamente entre los padres biológicos y los padres adoptivos. No obstante lo anterior, los primeros podrán proponer a los posibles padres adoptivos, lo cual se encontrará supeditado, invariablemente, a la determinación de idoneidad de los mismos y al interés superior de la niñez. La adopción realizada entre parientes consanguíneos no será considerada como adopción privada.

Las legislaciones al respecto en dicha entidad corresponden a:

- *Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza*
- *Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila de Zaragoza*
- *Ley de Asistencia Social y Protección de Derechos del Estado de Coahuila De Zaragoza*
- *Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza*

8. Colima

En Colima¹² se habla de adopción plena y se equiparará al parentesco por consanguinidad establecido entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo. La adopción es un acto jurídico, mediante el cual una persona asume un vínculo de filiación y se confiere con el adoptado, recíprocamente, los derechos y obligaciones inherentes a la relación paterno-filial.

La edad establecida para adoptar es de no menores de veinticinco años ni mayores

¹² Artículos 293, 390 y 390-A del *Código Civil de Colima*

de sesenta y cinco años, en pleno ejercicio de sus derechos y podrán adoptar a una o más personas menores de dieciocho o con discapacidad aún cuando sean mayores de edad, siempre que el adoptante tenga por lo menos quince años más que el adoptado y lo haga en forma personal y no por conducto de apoderado o representante. El marco jurídico es:

- *Código Civil del Estado de Colima*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Colima*
- *Ley del Sistema de Asistencia Social para el Estado de Colima.*

9. Durango

En el caso de la adopción, se equiparará el parentesco por consanguinidad establecido entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.¹³

En Durango cuentan con una *Ley de Adopciones para el el Estado de Durango*¹⁴ la cual establece que la adopción es un acto jurídico en el que se le confiere a las niñas, los niños y adolescentes, la posesión de estado de hijo del o de los adoptantes y a éstos, previa manifestación de consentimiento expreso, y la autorización judicial correspondientes, los deberes inherentes a la relación paterno-filial. La adopción es irrevocable. En lo referente a la edad será de mayor de veinticinco años y menor de sesenta años, en pleno ejercicio de sus derechos, y podrá adoptar más de una niña, niño o adolescente, siempre que el adoptante tenga más de diecisiete años de edad que el adoptado cuando menos.

En Durango se prevé la adopción entre particulares, el marco jurídico es:

¹³ Artículo 288 *Código Civil del Estado de Durango*

¹⁴ Artículos 3 y 7 de la *Ley de Adopciones del Estado de Durango*

- *Código de Civil del Estado de Durango*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Durango*
- *Ley de Adopciones para el Estado de Durango*
- *Reglamento para la Adopción de Menores del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Estado de Durango*

10. Estado de México

En el Estado de México¹⁵ existe una ley especial en materia de adopción la cual habla de adopción en general y considera la Adopción como una institución jurídica por la cual se confiere el parentesco civil, adquiriéndose la calidad de madre, padre, hija o hijo consanguíneo, con todos los derechos y obligaciones que estos tienen entre sí. Además establece que la Adopción constituye un derecho de naturaleza restitutiva que proporciona una opción de vivir, crecer y desarrollarse en una familia. La edad establecida para la adopción es de mayor de veintiún años y podrá adoptar a una o más niñas, niños y adolescentes susceptibles de adopción, debe tener más de diez años que el adoptado. Dicha ley establece que podrán ser adoptados niñas, niños, adolescentes e incapaces, adquiriendo el adoptado la calidad de hijo consanguíneo de los adoptantes. El marco jurídico es:

- *Código Civil del Estado de México*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de México*
- *Ley que regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México*

¹⁵ Artículos 4, 54, 57 Y 60 de la *Ley que regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México*

11. Guanajuato

En Guanajuato se contempla la adopción simple y la adopción plena,¹⁶ estableciendo que el parentesco civil es el que nace de la adopción plena o de la adopción simple. En la adopción simple el parentesco, existe entre el adoptante y el adoptado. En la adopción plena, el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo.

La adopción es un acto jurídico por el cual se confiere a uno o varios menores o incapacitados, aún cuando éstos sean mayor de edad, la posesión de estado de hijo del o de los adoptantes y a éstos los deberes inherentes a la relación de parentesco.¹⁷

El *Código Civil*¹⁸ establece que pueden adoptar o tienen derecho a adoptar las personas solteras que tengan entre veinticinco y hasta sesenta años de edad, en pleno ejercicio de sus derechos, aunque en el tope de edad maneja excepciones por ejemplo si se trata de los abuelos. El adoptante diecisiete años más que el adoptado.

La Adopción simple será revocable y la adopción plena es irrevocable. Con la adopción plena, el adoptado se integra plenamente como miembro de la familia del adoptante, adquiriendo lazos de parentesco con todos los parientes de éste, como si hubiera filiación consanguínea.

Correlativamente se extinguirán todos los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado, subsistiendo los impedimentos para contraer matrimonio. Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulta, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio.¹⁹

¹⁶ Artículo 349 del *Código Civil del Estado de Guanajuato*

¹⁷ Artículo 446 del *Código Civil del Estado de Guanajuato*

¹⁸ Artículo 448 y 449 del *Código Civil del Estado de Guanajuato*

¹⁹ Artículos 456, 459, 460 y 464-B del *Código Civil del Estado de Guanajuato*

- *Código Civil del Estado de Guanajuato*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato*

12. Guerrero

En Guerrero se establece que la adopción es un parentesco de naturaleza civil, es una institución creada para cuidar y atender los intereses superiores de la niñez, podrán adoptar personas mayores de treinta años, en pleno ejercicio de sus derechos, a un menor o a un incapacitado, aún cuando fuere mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado.²⁰

En Guerrero se contempla la adopción simple y la plena. En lo referente a la adopción simple²¹ los derechos y deberes que nacen, así como el parentesco que de ella resulta se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio. Los derechos y deberes que resultan del parentesco de consanguinidad no se extinguirán por la adopción simple, excepto la patria potestad que será transferida al padre o a la madre adoptivos. Un aspecto interesante es que no solo maneja la revocación en la adopción simple sino también la impugnación por parte del adoptado.

La adopción plena²² confiere a la persona adoptada el estatuto de hijo de las personas que lo adoptan. El adoptado adquirirá respecto del o de los adoptantes los mismos derechos y obligaciones que se derivan de la filiación consanguínea. La adopción plena será irrevocable, una adopción simple puede convertirse posteriormente en plena. El marco jurídico es el siguiente:

- *Código Civil del estado de Guerrero*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guerrero*

²⁰ Artículos 380, 554 y 555 del *Código Civil del Estado de Guerrero*.

²¹ Artículos 563, 564 y 565 del *Código Civil del Estado de Guerrero*.

²² Artículos 571, 583 y 587 del *Código Civil del Estado de Guerrero*.

13. Hidalgo

Hidalgo cuenta con un *Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo* donde se establece la competencia y cuestiones procedimentales en materia de adopciones.

Es la *Ley para la Familia del Estado de Hidalgo*²³ el documento sustantivo acerca de la adopción, considerándola como uno de los tres parentescos, el civil. Define la adopción como la integración a una familia de uno o varios menores de edad, como hijo o hijos biológicos, previo el procedimiento legal y de manera concreta justifica porque solo se considera plena, estableciendo que se atiende al principio del interés superior de los menores de edad.

Los requisitos de edad²⁴ son tener los adoptantes una edad mínima de veinticinco años y plena capacidad de goce y de ejercicio y tener por lo menos dieciocho años de edad más que el que se pretenda adoptar. El marco jurídico de la adopción en Hidalgo es:

- *Código Civil del Estado de Hidalgo*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Hidalgo*
- *Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo*
- *Ley Para La Familia Del Estado De Hidalgo.*
- *Ley De Los Derechos De Niñas, Niños Y Adolescentes Para El Estado De Hidalgo.*

²³ Artículos 149, 203 y 204 de la *Ley para la Familia del Estado de Hidalgo*.

²⁴ Artículo 208 de la *Ley para la Familia del Estado de Hidalgo*.

14. Jalisco

En Jalisco se prevé adopción plena y simple,²⁵ estableciendo en su Código Civil que el parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado, en los casos de adopción simple, y cuando se hubiese optado por la adopción plena, las relaciones de parentesco se establecen además entre el adoptado y la familia o familias del adoptante o adoptantes.

Es de llamar la atención que en Jalisco cuando se trata de adopción plena ser requiere que los adoptantes sean un hombre y una mujer casados entre sí y que vivan juntos, que por lo menos el cónyuge menor adoptante tenga 15 años más que la persona menor o menores de edad que se pretende adoptar, excepto cuando se trate de la adopción de personas mayores de edad incapaces, y además que los adoptantes tengan cinco o más años de casados al momento del inicio del trámite, pero no menciona edad mínima para adoptar. La adopción plena es irrevocable.²⁶

En la adopción simple si se menciona la edad mínima, personas mayores de veinticinco años y de igual manera que la adopción plena tener por lo menos quince años más de edad que la persona que se pretende adoptar; excepto cuando se trate de personas mayores incapaces. La adopción simple es revocable. El marco jurídico de la adopción es:

- *Código Civil del Estado de Jalisco*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en el Estado de Jalisco*

²⁵ Artículo 426 del *Código Civil del Estado de Jalisco*

²⁶ Artículos 539, 540 y 542 del *Código Civil de Jalisco*

15. Michoacán

En Michoacán el *Código Familiar*²⁷ establece que la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de este y los descendientes de aquel, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo, entendiéndose así que solo se regula la adopción plena.

La *Ley de Adopción del Estado de Michoacán*²⁸ establece que la adopción es un acto jurídico por el cual el Juez de lo familiar constituye una relación de filiación entre adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco equiparable en sus efectos al consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado. Tienen capacidad para adoptar los mayores de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos, libres de matrimonio, cónyuges o concubinos. Deben mediar no menos de diecisiete años de edad entre adoptado y adoptante. La ley de adopción habla de la adopción sin hacer distinción pero se considera como adopción plena y es irrevocable. El marco jurídico es el siguiente:

- *Código Civil del Estado de Michoacán*
- *Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo*
- *Ley de Adopción del Estado de Michoacán de Ocampo*
- *Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Michoacán de Ocampo*
- *Reglamento del Consejo Técnico de Adopción del Estado de Michoacán de Ocampo*

16. Morelos

En Morelos se cuenta con un *código familiar* que regula lo relacionados a

²⁷ Artículo 327 del *Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo*

²⁸ Artículos 3, 10 y 43 de la *Ley de Adopción del Estado de Michoacán de Ocampo*

adopciones, define el parentesco de consanguinidad al que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, o el equivalente por adopción plena. Considera a la adopción como una institución jurídica de protección a las niñas, niños, adolescentes e incapacitados, aún cuando sean mayores de edad, por lo que bajo vigilancia del Estado, el adoptado entra a formar parte de la familia o crea una con el adoptante, en calidad de hijo y deja de pertenecer a su familia consanguínea. La adopción siempre será benéfica para el adoptado, atendiendo al interés superior del mismo y el respeto de sus derechos fundamentales. La edad establecida es de mayor de veintiocho años y menor de cincuenta años de edad, unidos en matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, pueden adoptar a uno o varios menores o incapaces aun cuando estos sean mayores de edad.²⁹ El marco jurídico establecido en el Estado de Morelos es:

- *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos*
- *Código Familiar Para El Estado Libre Y Soberano De Morelos*
- *Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Morelos*

17. Nayarit

En el Estado de Nayarit la adopción es el acto jurídico mediante el cual una persona denominada adoptante crea un vínculo de filiación con otra persona llamada adoptado. Requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, diecisiete años más que el adoptado. La adopción es irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el

²⁹ Artículos 27, 360 Y 361 DEL Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos. Aprobación 2006/07/13 Promulgación 2006/09/04 Publicación 2006/09/06 Vigencia 2006/10/01 Expidió XLIX Legislatura Periódico Oficial 4481 Segunda Sección. Última Reforma: 01-11-2017

parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.³⁰

No se hace la distinción entre adopción plena y adopción simple, todos los artículos que regulan la adopción simple están derogados, así que sus efectos se equiparan a la adopción plena.

- *Código Civil del Estado de Nayarit*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nayarit*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Nayarit*

18. Nuevo León

En el Estado de Nuevo León el parentesco civil es el que nace de la adopción. La edad establecida es ser mayor de veinticinco años, aún libre de matrimonio, solo se contempla la adopción plena (todo el apartado de adopción semiplena fue derogado) y la adopción plena es irrevocable.³¹ El marco jurídico para la adopción es:

- *Código Civil Para El Estado De Nuevo León.*
- *Código De Procedimientos Civiles Del Estado De Nuevo León*
- *Ley De Los Derechos De Niñas, Niños Y Adolescentes Para El Estado De Nuevo León*

³⁰ Artículos 382 y 295 del *Código Civil del Estado de Nayarit*. Decreto número 6433. Última reforma publicada en el periódico oficial: 19 de julio de 2017.

³¹ Artículos 295, 390, 410 bis y 410 bis III del *Código Civil para el Estado de Nuevo León*. Ley publicada en el Periódico Oficial, el sábado 6 de Julio de 1935. Última reforma publicada en el periódico oficial número 137 del 08 de noviembre de 2017.

19. Oaxaca

En el Estado de Oaxaca el *Código Civil*³² establece que el parentesco civil es el que nace de la adopción; Solo se regula la adopción plena y la define como el acto por el cual una persona mayor de veinticinco años en ejercicio de sus derechos, acepta a uno o más menores o incapacitados como hijos, adquiriendo respecto de él o ellos todos los derechos que los padres tienen y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta respecto de la persona de un hijo. El acto de adopción produce efectos legales entre los adoptantes y adoptados así como entre éstos y la familia de los primeros, como si se tratara de un hijo consanguíneo, quedando extinguida la filiación entre el adoptado y sus progenitores; subsisten, sin embargo, los impedimentos para contraer matrimonio. La adopción plena es irrevocable. El marco jurídico de la adopción en el Estado de Oaxaca es:

- *Código Civil para el Estado de Oaxaca*
- *Código De Procedimientos Civiles Para El Estado De Oaxaca*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Oaxaca*

20. Puebla

El Código Civil del Estado de Puebla establece que el parentesco civil es el que nace de la adopción. La adopción confiere al adoptado el estado de hijo y el parentesco que surge, produce efectos legales iguales al consanguíneo. Respecto a la edad en Puebla podrán adoptar los cónyuges personas solteras que tengan veinticinco años cumplidos y más de diecisiete años que el menor que se pretenda adoptar a la fecha de inicio del procedimiento especial de adopción, este requisito de la diferencia de la edad, no es necesario en el caso de la adopción de hijos de uno de los

³² Artículos 307, 403 y 419 del *Código Civil del Estado de Oaxaca*, Código publicado en el Alcance al Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, el sábado 25 de noviembre de 1944. Última reforma: Decreto 2041, aprobado el 1 de septiembre del 2016 y publicado en el Periódico Oficial Número 43 Segunda Sección del 22 de octubre del 2016.

cónyuges ni respecto de la adopción de incapaces. El adoptado tendrá, para con la persona o personas que lo adopten, los mismos derechos y deberes que tiene un hijo y los derechos y deberes que resulten del parentesco de consanguinidad se extinguen por adopción, salvo los impedimentos para contraer matrimonio. En Puebla la adopción puede ser impugnada por el menor adoptado, dentro de los doce meses siguientes al cumplir la mayoría de edad. En este Estado no se contempla la adopción simple y el marco jurídico es el siguiente:

- *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla.*
- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Puebla.*
- *Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Puebla.*

21. Querétaro

En materia de adopción el Estado de Querétaro llamo mucho la atención por regular en el *código civil* la adopción de embriones.

Sobre el parentesco el que nace de la adopción surtirá los mismos efectos jurídicos que los existentes entre familiares consanguíneos. La adopción es un acto jurídico por el cual se establece un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, mediante una resolución judicial. Respecto a la edad deberá ser mayor de veinticinco años pero no de sesenta y tener por lo menos quince años más de edad que la persona que trata de adoptar. Las adopciones serán irrevocables, pero pueden ser anuladas cuando no se haya cumplido con los requisitos establecidos para su otorgamiento. En este Estado se habla de adopción en general dándoles los efectos de adopción plena. el marco jurídico en el Estado de Querétaro:

- *Código Civil del Estado de Querétaro*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro*

- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Querétaro*

22. Quintana Roo

EL Artículo 827 del Código Civil del Estado de Quintana Roo establece que el parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor. En el caso de la adopción plena, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo. Muchos de los artículos del Código Civil referentes a la adopción fueron derogados ya que Quintana Roo cuenta con una ley especial para regular las adopciones.

La Ley de adopciones del Estado de Quintana Roo,³³ establece que la Adopción es el procedimiento legal en el que se le confiere a un menor la posesión de estado de hijo del o de los adoptantes y a éstos, previa manifestación de consentimiento expreso, los deberes inherentes a la relación paterno-filial. Establece que todas las adopciones se consideran plenas. Podrán adoptar los hombres y mujeres casados, en concubinato, o solteros mayores de edad, en pleno ejercicio de sus derechos. Para el caso de personas casadas o en concubinato, además del requisito de la edad que tenga 15 años más que la persona que se pretende adoptar. El marco jurídico establecido en Quintana Roo es:

- *Código Civil del Estado de Quintana Roo*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Quintana Roo*
- *Ley de Adopción del Estado de Quintana Roo*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Quintana Roo*

³³ Artículos 2,6 y 15 de la *Ley de Adopción del Estado de Quintana Roo*.

23. San Luis Potosí

En el Estado de San Luis Potosí fueron derogados del *Código Civil* la regulación en general sobre adopción, dejando algunas cuestiones que por otra figura jurídica están relacionadas. Se establece en el *Código Familiar* para el Estado de San Luis Potosí la regulación sobre adopción. Solo existe la adopción Plena.

El Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí,³⁴ establece que el parentesco civil se origina de la adopción, entre la o el adoptado y sus adoptantes, las o los ascendientes de éstos y sus descendientes colaterales. La adopción es el acto jurídico destinado a crear entre quien adopte y la o el adoptado, los derechos y obligaciones resultantes de la patria potestad y la filiación. Esta institución se establece en función del interés superior y beneficio del adoptado. La adopción es irrevocable y confiere al adoptado una filiación sustituyente a la de su origen, extinguiéndose el parentesco con sus integrantes y demás efectos jurídicos, excepto los impedimentos matrimoniales, y adquiere los mismos derechos y obligaciones del parentesco consanguíneo en la familia de quien adopta. Respecto a la edad se requiere ser mayor de veinticinco años de edad y tener quince años más de quien se adopte, excepto en el caso de las personas mayores de edad con discapacidad. El marco Jurídico establecido para la adopción en el Estado de San Luis Potosí es:

- *Código Civil para el Estado de San Luis Potosí*
- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de San Luis Potosí*
- *Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí.*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de San Luis Potosí*

³⁴ Artículos 134, 247, 248 y 249 del *Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí*. Código publicado en el Periódico Oficial, el jueves 18 de diciembre de 2008. Última reforma publicada en el periódico oficial: el miércoles 19 de julio de 2017.

24. Sinaloa

El Estado de Sinaloa es otro que regula la Adopción en un *Código Familiar*. El *Código Civil* hace mención de la adopción en cuestiones colaterales a otras situaciones jurídicas.

En el caso de la adopción, el Código Familiar de Sinaloa³⁵ equipara al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Solo se contempla la adopción como plena y se considera como un acto jurídico mediante el cual los cónyuges, concubinos o una persona mayor de edad asumen, respecto de uno o varios niños o adolescentes o personas incapaces, los derechos y obligaciones inherentes del parentesco por consanguinidad. Sólo procederá la adopción de personas mayores de edad siempre que éstas tengan alguna incapacidad. La edad establecida es ser mayor de veinticinco años y tener diecisiete años más que el adoptado. La adopción es irrevocable y extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio.³⁶ El marco jurídico para la adopción en el estado de Sinaloa es:

- *Código Civil para el Estado de Sinaloa*
- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sinaloa*
- *Código Familiar del Estado de Sinaloa*
- *Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Sinaloa*

³⁵ Artículo 199 del *Código Familiar del Estado de Sinaloa*

³⁶ Artículos 311 y 328 del *Código Familiar del Estado de Sinaloa*

25. Sonora

En el Estado de Sonora la figura de adopción regulada en algunos Códigos de la República, es reglamentada ahora en el Código de Familia, se siguió los términos que antes eran establecidos en el *Código Civil*, para crear entre adoptante y el adoptado, los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres con sus hijos biológicos, ya que los menores o incapaces entran a formar parte de la familia consanguínea del adoptante con todos los derechos y obligaciones.

Llama mi atención que en el Código de Familia de Sonora se regula el parentesco voluntario, estableciendo que el parentesco voluntario es el que nace de la adopción; del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno-filial. No se considerarán acogientes a quienes hayan sido designados padres sustitutos por la autoridad o aceptado la custodia provisional del menor. En el caso de los menores abandonados o entregados lícitamente por sus padres, para que se establezca el parentesco voluntario entre el acogiente y el menor, será necesario que, en su caso, se declare la pérdida de la patria potestad de quienes la ejerzan. El *Código Familiar del Estado de Sonora* también considera la adopción como una forma de parentesco civil y resulta del acto jurídico por el cual una persona o la pareja de cónyuges o concubinos asumen, respecto de uno o varios menores o incapacitados, los derechos y obligaciones inherentes a un hijo biológico.

En el Estado de Sonora la adopción puede ser plena o simple y prevé la la conversión de la adopción simple en plena. Respecto a la edad, podrá adoptar el mayor de veinticinco años y deberá tener el adoptante cuando menos diecisiete años más que el adoptado, pero el Juez podrá dispensar este requisito cuando la adopción resulte benéfica para el adoptado. La adopción simple puede revocarse judicialmente. La

adopción plena no puede terminar por acuerdo entre las partes, por impugnación o revocación. El marco jurídico para la adopción en Sonora es:

- *Código Civil para el Estado de Sonora*
- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora*
- *Código de Familia para el Estado de Sonora*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Sonora.*

26. Tabasco

El Estado de Tabasco regula en su *Código Civil* la adopción simple y la adopción plena. Establece que el parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado, cuando se trata de una adopción simple. En el caso de la adopción plena, este parentesco surge, además, en relación con los parientes del adoptante y del adoptado, con los mismos derechos y obligaciones derivados del parentesco consanguíneo. Respecto a la edad pueden adoptar los mayores de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos, a uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga quince años más que el adoptado y que la adopción sea benéfica a éste. La adopción simple podrá impugnarse y revocarse, en lo que respecta a la adopción plena una vez que cause efectos la sentencia no podrá ser contradicha por persona alguna.³⁷

En Tabasco la adopción plena exige como requisitos que los adoptantes sean unidos en matrimonio o en concubinato, además regula situaciones muy importantes en relación a avances de la ciencia en materia de maternidad subrogada y maternidad sustituta hago mención de lo anterior porque en ambos casos la entrega del recién

³⁷ Artículos 291, 381,392, 393 y 402 del *Código Civil del Estado de Tabasco*. Periódico Oficial del Estado número 6915 Spto. G de fecha 13 de diciembre de 2008. Última reforma mediante Decreto 089 de fecha 11 de mayo de 2017, publicado en el Periódico Oficial del Estado número 7808 de fecha 05 de julio de 2017,

nacido a la madre contratante es mediante la adopción plena.³⁸ El marco jurídico que regula:

- *Código Civil para el Estado de Tabasco*
- *Ley del Sistema Estatal de Asistencia Social*
- *Reglamento Interior del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Tabasco*
- *Reglamento Interior del Consejo Técnico de Adopciones.*
- *Manual de Organización del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Tabasco*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco*
- *Manual de Procedimientos del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Tabasco*
- *Reglamento de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco*

27. Tamaulipas

El Estado de Tamaulipas cuenta con una Ley de Adopciones³⁹ en donde se habla de adopción en general, pero se entiende adopción plena, esta Ley define a la adopción como una Institución jurídica en la cual se confiere la calidad legal de hijo del adoptante al adoptado y se generan los derechos y obligaciones inherentes a una relación análoga a la de filiación natural.

Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se amplían a toda la familia del adoptante, como si el adoptado fuera hijo biológico de éste, excepto en lo relativo a los impedimentos para el matrimonio. La adopción será irrevocable. Respecto a la edad se establece que el adoptante será

³⁸ Artículos 92, 380 bis 2y 399 del *Código Civil del Estado de Tabasco*

³⁹ Artículos 5 fracción IV, 8, 9 y 41 de la *Ley de Adopciones para el Estado de Tamaulipas*

mayor de veinticinco años, exceptuándose este requisito en caso de que el adoptante mayor de edad sea un familiar en línea recta o colateral hasta tercer grado pueden adoptar a uno o más niñas, niños y adolescentes, o a una persona con discapacidad, siempre que entre el o los solicitante y el adoptado exista una diferencia de más de diecisiete años de edad, a menos de que el adoptante mayor de edad sea un familiar en línea recta o colateral hasta tercer grado y no se afecte el interés superior de la niñez. La mencionada Ley prevé la adopción entre particulares. El marco jurídico para la adopción establecido en Tamaulipas es:

- *Código Civil para el Estado de Tamaulipas.*
- *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas.*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tamaulipas.*
- *Ley de Adopciones para el Estado de Tamaulipas*
- *Reglamento de la Ley de Adopciones del Estado de Tamaulipas.*

28. Tlaxcala

En el Estado de Tlaxcala el *Código Civil*⁴⁰ establece que el el parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado, los artículos que regulaban la adopción simple fueron derogados y solo se contempla la adopción plena la cual crea entre los adoptantes y el adoptado, los mismos derechos, obligaciones y parentesco que ligan a los padres con sus hijos biológicos, el adoptado entra a formar parte de la familia consanguínea del adoptante para todos los efectos legales, al tiempo que extingue el parentesco con la familia de origen. La adopción plena es irrevocable. Respecto a la edad establece que los mayores de treinta años, en pleno ejercicio de sus derechos, pueden adoptar a una o más personas menores de dieciocho años de edad o a una o más personas que no tengan capacidad de

⁴⁰ Artículos 140, 230, 230 bis y 240 del *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.*

comprender el significado del hecho, aún cuando éstas sean mayores de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado. También establece la preferencia en la adopción a las personas unidas en matrimonio. El marco jurídico de la adopción en Tlaxcala es:

- *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala*
- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala*
- *Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas y Niños del Estado de Tlaxcala*

29. Veracruz

En el Estado de Veracruz la Adopción esta regulado por el *Código Civil*,⁴¹ donde se habla de la adopción en general pero por sus efectos se entiende adopción plena sin contemplar la adopción simple, dicho Código establece que el parentesco civil es el que nace de la adopción y existe entre el adoptado y el adoptante y los familiares consanguíneos de éste. También existirá parentesco civil con los descendientes del adoptado. El adoptado adquirirá la misma condición que un hijo consanguíneo con respecto al adoptante o adoptantes y a las familias de éstos, en sustitución de los vínculos que tuvo en su familia de origen, salvo en los impedimentos de matrimonio. La adopción es irrevocable. Respecto a la edad el *Código Civil de Veracruz* establece que podrán adoptar los mayores de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos, casados o libres de matrimonio y podrán adoptar a uno o más menores o a un incapacitado aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga veinticinco años de edad más que el adoptado. El marco jurídico establecido para la adopción en el Estado de Veracruz es:

- *Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*

⁴¹ Artículos 226 y 339 del *Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*

- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Veracruz de Ignacio De La Llave*

30. Yucatán

En el Estado de Yucatán se cuenta con un *Código de Familia*⁴² donde se regula la figura de la Adopción, se establece que parentesco, es la relación jurídica que nace entre las personas en razón de la consanguinidad, afinidad o por la adopción, especificando también que el parentesco civil es el que nace de la adopción. En el caso de la adopción simple el parentesco existe solamente entre la parte adoptante y el adoptado, existiendo en Yucatán ambas clases de adopción: plena y simple. Dicho *Código de Familia* establece que la adopción es el acto jurídico mediante el cual los cónyuges, concubinos o una persona mayor de edad asumen, respecto de uno o varias niñas, niños o adolescentes o personas incapaces, los derechos y obligaciones inherentes del parentesco por consanguinidad. Sólo procederá la adopción de personas mayores de edad siempre que éstas tengan alguna incapacidad. Respecto a la edad podrá adoptar el mayor de veinticinco años en pleno ejercicio de sus derechos y puede adoptar a uno o más niñas, niños o adolescentes o personas incapaces y tener veinte años más que quien se pretenda adoptar. La adopción simple es revocable y la plena es irrevocable. El marco jurídico de la adopción en Yucatán es:

- *Código Civil del Estado de Yucatán*
- *Código de Procedimientos Civiles de Yucatán*
- *Código de Familia para el Estado de Yucatán*
- *Código de Procedimientos Familiares del Estado de Yucatán*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Yucatán*

⁴² Artículos 14, 17, 368, 369, 391 y 397 del Código de Familia para el Estado de Yucatán

31. Zacatecas

En el Estado de Zacatecas la figura de la Adopción es regulado por el *Código de Familia*,⁴³ donde establece que el parentesco civil es el que nace de la adopción, se equipara al parentesco por consanguinidad y es aquél que existe entre el adoptado, los adoptantes, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo define a la adopción como el parentesco civil resultante del acto jurídico mediante el cual una o más personas asumen respecto de un menor de edad o de un incapacitado los derechos y obligaciones inherentes a la filiación de sangre. Respecto a la edad se necesita ser mayor de veinticinco años de edad, en pleno ejercicio de sus derechos. Aunque sean mayores de edad deben tener el o los presuntos adoptantes diecisiete años más que el adoptado. En Zacatecas no se clasifica la adopción en plena y simple, se habla de adopción en general con efectos como si se considerara plena, sin embargo resalto que se contempla la impugnación y la revocación de la adopción. El marco jurídico establecido para la Adopción en el Estado de Zacatecas es:

- *Código Civil del Estado de Zacatecas.*
- *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Zacatecas.*
- *Código Familiar del Estado de Zacatecas.*
- *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Zacatecas.*

CUADRO COMPARATIVO

No contempla la figura de Adopción Simple	Aguascalientes Baja California Baja California Sur Chiapas Chihuahua
---	--

⁴³ Artículos 249,257, 351, 352 y 365 del *Código Familiar del Estado de Zacatecas*

	Coahuila de Zaragoza Colima Durango Estado de México Hidalgo Michoacán de Ocampo Morelos Nayarit Nuevo León Oaxaca Puebla Querétaro Quintana Roo San Luis Potosí Sinaloa Tamaulipas Tlaxcala Veracruz de Ignacio de la Llave Zacatecas
Contemplan la figura de Adopción Simple	Campeche Guanajuato Guerrero Jalisco Sonora Tabasco Yucatán

IV. CONCLUSIONES

A través de la adopción buscamos integrar a una persona dentro de las relaciones de filiación mediante su pertenencia a una familia que aunque no es su familia biológica le va a propiciar un desarrollo integral.

La institución jurídica de adopción ha sufrido diversas variaciones en sus objetos, dado que inicialmente había surgido como una institución que favorecía los intereses del adoptante, hasta convertirse actualmente en una auténtica forma de protección de los menores y personas incapaces, donde prevalece el interés público sobre la voluntad individual.

En lo que respecta a la adopción, el interés superior de los menores así como el pleno respeto de sus Derechos Humanos son el bien tutelado de mayor importancia.

La existencia de estos dos tipos de adopción, permite, que de acuerdo a las circunstancias de los casos, se procure la protección del interés superior de los menores y en su caso la protección de los derechos Humanos de las personas discapacitadas, toda vez que con la adopción plena se incorpora totalmente a un menor dentro de un núcleo familiar, siendo este tipo de adopción idónea en casos de desamparo, que no conocen a su familia de origen; a diferencia de la simple, dado que con ella se integra al menor dentro de una familia pero sigue conservando su relación filial con la familia de origen, este tipo de adopción es viable en caso de que el adoptado se encuentran en alguna situación de abandono, pero tienen conocimiento y relación con su familia de origen.

Mediante la Adopción Simple se pretende proteger el derecho a la identidad establecido en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, en su artículo 8 el cual señala que los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, aunado a ello, la misma Convención

establece en el artículo 21 que los Estados Parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial. En tal sentido, se observa que la adopción simple es beneficiosa para aquellos menores que tienen alguna relación con su familia de origen pues permite a éstos, conocer su identidad, y mantener lazos con su familia biológica.

Cuando se trate de niños de los cuales se desconoce su origen, consideramos que debe proceder la adopción plena, para permitir la integración del adoptado a una familia de manera integral, aunado a ello el Derecho Convencional de la Adopción establece como premisa el mayor beneficio de las niñas, niños y adolescentes en el procedimiento de adopción, y si hacemos un ejercicio de ponderación la Adopción Plena brinda una protección mas completa.

Una de los aspectos que nos llamaron la atención al elaborar este trabajo es que en Querétaro se contempla la Adopción de embriones en su *Código Civil*, como en una adopción, la pareja que cría al niño no tendría ninguna conexión genética con él, pero a diferencia de la adopción tradicional, la pareja no lleva a cabo el mismo proceso legal. ¿Como debe llamarse? “adopción biológica” la adopción se lleva a cabo antes de que haya nacido el niño o niña. Surgen cuestionantes muy interesantes que esperamos desarrollar en un futura artículo.

V. BIBLIOGRAFÍA

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *“La Adopción”*, Porrúa, México, 1999.

ESPINAL PIÑA, Irene Ivonne y GARCÍA MIRÓN, Alfredo, “Análisis procedimental y sustantivo de la adopción en México”, en Nuria González Martín y Andrés Rodríguez Benot (coord.). *Estudios sobre adopción internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

- HURTADO OLIVER, Xavier, *La adopción y sus problemas. Estudio crítico-jurídico, sociológico e histórico*, Porrúa, México, 2006.
- LÓPEZ-VELA, J., “Visión histórico-jurídica de la adopción”, en Armando Barriguete, Elva L. Cárdenas Miranda, Bernard Glose y José Luis Salinas (eds.). *Adopción en el siglo XXI: actualidades internacionales en el estudio multidisciplinario de la adopción, un modelo franco-mexicano*, SNDIF-Embajada de Francia, México, 2000.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “La adopción internacional en la legislación civil mexicana”, en Nuria González Martín y Andrés Rodríguez Benot (coord.). *Estudios sobre adopción internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.
- MIRABENT, Vinyet y RICART, Elena (comps.). *Adopción y vínculo familiar. Crianza, escolaridad y adolescencia en la adopción internacional*, Paidós-Fundación Vidal I Barraquer, Barcelona, 2005.

Legisgrafía

- Código Civil del Estado de Aguascalientes.
- Código Civil del Estado de Baja California Sur.
- Código Civil del Estado de Baja California.
- Código Civil del Estado de Campeche.
- Código Civil del Estado de Colima.
- Código Civil del Estado de Chiapas.
- Código Civil del Estado de Chihuahua.
- Código Civil del Estado de Durango.
- Código Civil del Estado de Guanajuato.
- Código Civil del Estado de Guerrero.
- Código Civil del Estado de Jalisco.
- Código Civil del Estado de Nayarit.
- Código Civil del Estado de Oaxaca.

Código Civil del Estado de Querétaro.

Código Civil del Estado de Tabasco

Código Civil para el Estado de Nuevo León.

Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

Código de Familia para el Estado de Yucatán.

Código Familiar del Estado de Sinaloa.

Código Familiar del Estado de Zacatecas.

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo.

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Ley de Adopción del Estado de Michoacán de Ocampo.

Ley de Adopción del Estado de Quintana Roo.

Ley de Adopciones del Estado de Durango.

Ley de Adopciones para el Estado de Tamaulipas.

Ley para la Familia de Coahuila.

Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

Ley que regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México.

Páginas de internet

http://www.milenio.com/region/adopciones_coahuila-dif-ruben_moreira-carolina_viggiano-milenio_noticias-laguna_0_1037296413.html

LA LIBERTAD “INDEFINIDA” QUE ES TUTELADA POR EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

CLAUDIA MARCELA PRIEGO CUSTODIO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Marco jurídico nacional e internacional.* III. *A propósito de la dignidad humana.* IV. *Libre desarrollo de la personalidad.* V. *Alcances y límites del derecho al libre desarrollo de la personalidad.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Es innegable que la reforma de derechos humanos de 2011 marcó un antes y un después en el reconocimiento y protección de los derechos humanos en México.

Los derechos humanos son aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo (considerado individual y colectivamente), que emanan de los atributos de las personas, y que las normas jurídicas (de origen interno y externo, así como las consuetudinarias) les otorga facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural.¹

En el artículo 1 Constitucional se establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta norma y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

* Estudiante del Doctorado en métodos de solución de conflictos y derechos humanos, PNP-C-CONACYT, en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Contacto: claudiapriego@hotmail.com

¹ ISLAS COLÍN, Alfredo, “Derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas: derecho humano al agua”, *Derechos Humanos y su interacción en el Estado Constitucional*, Tirant lo blanch, México, 2018, p. 179.

Con este nuevo contenido constitucional el catálogo de derechos humanos inherentes a las personas en México, no se limita a los primeros 29 artículos del texto constitucional, sino que dentro de estos derechos ahora debe considerarse todos aquellos contenidos en los tratados internacionales celebrados por México en materia de derechos humanos.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no se encuentra específicamente previsto en la Constitución del país, pero si se infiere del contenido de los tratados internacionales, por lo que forma parte del catálogo de derechos humanos que el Estado mexicano debe promover, respetar, proteger y garantizar.

Este derecho permite el libre desarrollo de las personas en todos los ámbitos de su vida privada, sin más límite que el derecho de los terceros, por lo que constituye una libertad de carácter indefinido, al ser el continente de todas aquellas libertades que no están expresamente previstas en los catálogos de derechos humanos, pero que son necesarias para el desenvolvimiento personal de los seres humanos.

Se justifica, por tanto, el presente trabajo, en el que se encuentra el origen del derecho al libre desarrollo de la personalidad desde el marco jurídico internacional, se explica el concepto y contenido del mismo para concluir exponiendo por qué es el continente de libertades indefinidas.

II. MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

El artículo 1 Constitucional, junto con el 133, disponen que tanto la norma fundamental como los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana y que ambos, Constitución y tratados, constituyen el llamado bloque de constitucionalidad.

De forma especial, el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana.

Esta igualdad no implica tratar a todos los seres humanos con las mismas medidas; es decir, no ha todos se les debe otorgar los mismos beneficios o protección, así como tampoco los gravámenes serán nunca los mismos, puesto que la igualdad consiste, precisamente, en que cada uno reciba los beneficios, protección y gravámenes que les corresponden en virtud de su individualidad.

Por su parte, los numerales 1, 2, 3, 6, 12 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos disponen que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que toda persona tiene todos los derechos proclamados en esa Declaración, y añade una redacción similar a la que encontramos en el artículo 1 Constitucional, porque señala que nadie podrá ser tratado haciendo distinción alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Esta prohibición de discriminación no será únicamente una regla entre connacionales, sino que aún los extranjeros dentro de un territorio estarán protegidos por dicho tratamiento, por su condición de personas y en respeto irrestricto de su dignidad humana.

Se reconoce que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; así como al reconocimiento de su personalidad jurídica sin importar dónde se encuentre y se asegura que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de

ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

La esfera de protección jurídica que acompaña a la persona debe hacerse patente en cualquier lugar en el que se encuentre independientemente de su origen y de eso deberán encargarse las normas sustantivas y adjetivas en cada uno de los países que firmaron la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, por tratarse de un compromiso internacional.

En la Convención Americana sobre derechos humanos, en sus artículos 1, 2, 3, 5 y 11, los Estados parte se comprometieron a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Se ve claramente como esta anterior disposición, contenida en el artículo 1 de dicha Convención, coincide plenamente con el contenido de la Declaración Universal de los derechos del hombre y, a su vez, con el artículo 1 Constitucional, quedando claro así la importancia del respeto irrestricto a la igualdad de todas las personas, protegida como una derecho necesario para la realización de otros derechos y libertades.

La Convención es contundente cuando señala que persona es todo ser humano. Con ello deja de lado la clasificación que podría darse a partir de establecer nacionales o extranjeros, por lo que se entiende que la protección de derechos humanos contenidos en ella, debe ser la misma para todo ser humano siempre que se encuentre dentro de un Estado parte, por el simple hecho de ser persona.

Los Estados parte al firmar la Convención también adquirieron la responsabilidad de adecuar su ordenamiento legal interno a las disposiciones contenidas en ella, a fin de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en su artículo 1.

Se menciona que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, así como al respeto de su integridad física, psíquica y moral, al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; prohibiendo las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Terminamos este marco jurídico internacional mencionando que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 3, 16 y 17 reconoce que todos los Estados parte se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Al igual que los documentos internacionales que se mencionaron antes, el Pacto señala que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo cual descarta una vez más la importancia del territorio para el goce de los derechos, porque estos van con la persona creando una esfera de protección más allá del territorio donde se es nacional.

Se establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación y que toda persona debe contar con la protección legal para evitar y parar esas injerencias o esos ataques.

Se puede asegurar por tanto que en el ser humano hay una dignidad que en esencia es el origen de los derechos humanos y, por tanto, debe ser respetada en todo caso; por lo que se constituye como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de

todos los demás: el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana.²

En atención a la protección de la dignidad humana, tanto la Constitución mexicana, la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen que toda persona tiene derecho a la libertad, así como al reconocimiento de su personalidad jurídica y que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, teniendo el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques; esto es, reconocen una superioridad de la dignidad humana.

III. A PROPÓSITO DE LA DIGNIDAD HUMANA

El Doctor Alfredo Islas Colín,³ a propósito de la dignidad humana recuerda que como todo concepto jurídico es difícilmente definible y como prueba de ello sostiene que ningún instrumento internacional ha asumido la tarea de definirla, por lo que se permite que sean los tribunales con sus criterios, quienes realicen la determinación de la significación de la dignidad.

En otro de sus trabajos menciona:

La dignidad es la fuente de todos los derechos humanos. El núcleo duro de la dignidad es lo humano del hombre. La violación del derecho humano a la dignidad es una violación grave ya que significa desconocer a la persona. Se considera que todas las personas tienen dignidad, por lo que su cuerpo debe ser respetado,

² Esto concuerda con el criterio sostenido en la tesis aislada: “DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES”. Tesis P. LXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8.

³ ISLAS COLÍN, Alfredo, “Derecho a la dignidad”, *Perfiles de las ciencias sociales*, México, año I, Vol. I, núm. 1, julio – diciembre de 2013, p. 130.

*en este sentido no puede estar en el comercio, la protección del patrimonio genético, la utilización de productos del cuerpo humano, la vivienda, la asistencia y el inicio y fin de la vida.*⁴

Se reconoce que a partir de la dignidad humana se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.

Sólo a través del pleno respeto de todos y cada uno de los derechos inherentes a la persona podrá hablarse de un pleno respeto a la dignidad del ser humano, atendiendo a que todos los derechos son interdependientes e indivisibles. De modo que la violación de uno difícilmente pueda desvincularse de otros tantos derechos.

En párrafos precedentes el párrafo precedente se hace alusión al derecho a la vida privada. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵ ha identificado varios rasgos característicos de lo “privado”:

- a) Las personas tienen derecho a gozar de un ámbito de proyección de su existencia que quede reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierna sólo a ellos y les provea de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad -para el desarrollo de su autonomía y su libertad;

⁴ ISLAS COLÍN, Alfredo, “La justicia en la bioética: del predominio de la libertad o de la igualdad”, *Tendencias actuales del Derecho Procesal*, Colombia, Núm. 5, p. 11.

⁵ Véase. “DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO GENERAL Y LA IMPORTANCIA DE NO DESCONTEXTUALIZAR LAS REFERENCIAS A LA MISMA”. Tesis 1a. CCXIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 277.

- b) Las personas tienen derecho a mantener fuera del conocimiento de los demás (o, a veces, dentro del círculo de sus personas más próximas) ciertas manifestaciones o dimensiones de su existencia (conducta, datos, información, objetos) y al correspondiente derecho a que los demás no las invadan sin su consentimiento.
- c) La protección constitucional de la vida privada implica poder conducir parte de la vida de uno, protegido de la mirada y las injerencias de los demás, y
- d) El derecho a la vida privada está íntimamente relacionado con el derecho de poder tomar libremente ciertas decisiones atinentes al propio plan de vida, el derecho a ver protegidas ciertas manifestaciones de integridad física y moral, el derecho al honor o reputación, el derecho a no ser presentado bajo una falsa apariencia, el derecho a impedir la divulgación de ciertos hechos o la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías, la protección contra el espionaje, la protección contra el uso abusivo de las comunicaciones privadas, o la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular.

De ahí que se entienda que:

...el atributo jurídico general de ser persona humana, incluye y requiere de todos los derechos y características indispensables al status jurídico de persona, así como el goce efectivo de todo el sistema de derechos y libertades fundamentales. Protege el desarrollo particular individual del propio ser en su realización personal, las características únicas de cada ser humano, su particularización, diferenciación y heterogeneidad, en especial la autodeterminación personal, acorde con cada proyecto de vida

individual y a la noción particular de cada quien, en su finalidad de buscar su única y particular felicidad.⁶

Esta autodeterminación personal realizada de forma consciente y responsable para definir el proyecto de vida individual ha encontrado un cauce para su defensa en el derecho a la libre determinación de la personalidad,⁷ el cual, si bien está enunciado en algunos tratados internacionales y constituciones,⁸ no se tiene luz sobre su significado exacto, por lo que es necesario acudir a otras fuentes para su precisión.

IV. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Es un hecho que las actuales constituciones están formadas a partir de normas abiertas identificadas como principios, por lo que para desentrañar su significado o desarrollarlas más ampliamente, es necesario emplear técnicas de interpretación y argumentación constitucionales.⁹

⁶ VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan, “El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad”, *Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho*, Costa Rica, 2012, p. 68 y 69, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>.

⁷ Puede encontrarse también como libre desarrollo de la personalidad o libre desenvolvimiento de la personalidad o derecho a la autonomía personal.

⁸ Por ejemplo, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 prevé que todo ser humano posee el derecho innato a la búsqueda de la felicidad; la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29.1 dispone: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. Por otro lado, una de las primeras constituciones donde apareció el derecho a la libre determinación de la personalidad fue en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania donde expresamente se estableció: “Artículo 2. Libertad de acción y de la persona. Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral...”.

⁹ En palabras de López Sánchez, Rogelio, “El tardío desarrollo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el Estado Constitucional mexicano”, *Revista derecho en libertad*, México, núm. 3, julio – diciembre de 2009, p. 137, www.fladm.edu.mx/pdf/revista/no3/el_tardio_desarrollo_de_la_dignidad_humana.pdf, “la Constitución ha dejado de ser un texto jurídico de reglas normativas para convertirse en expresión de una situación cultural dinámica”.

Si de México se trata, en relación con el derecho a la libre determinación de la personalidad, en el artículo 1º Constitucional se reconoce la protección a la dignidad humana que significa, en uno de sus aspectos, el derecho a no ser discriminado por ningún motivo, hállese de condición física o social, lo que implica que se prohíba el menoscabo de los derechos por causa de las características, cualidades o aptitudes que tenga cada individuo. Esto por un lado.

Por otro, se reconoce que gracias al respeto a la dignidad humana puede hablarse del derecho al libre desarrollo de la personalidad,¹⁰ porque del primero se deriva el resto de derechos humanos, de modo que aun cuando aquel no se encuentra de forma explícita en el texto constitucional, si se acude a tratados y jurisprudencia internacionales, así como nacional, se puede tener un acercamiento al contenido y alcance de este derecho.

El hecho de no encontrar de forma específica la mención de la existencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad de ninguna manera implica que no esté protegido en México. En primer lugar, porque se deriva, como consecuencia lógica jurídica del respeto a la dignidad humana como ya hemos establecido; y, en segundo lugar, dado que al permitir el artículo 1º Constitucional la protección de derechos humanos contenidos en tratados internacionales es evidente que también protege a este por encontrarse protegido internacionalmente.

De ahí que todo hombre o mujer, con independencia de la edad, el estado civil, condiciones económicas, religión, sexo etc., tiene derecho a ser como desee y pueda ser, es decir, todo ser humano puede decidir libremente como quiere ser y como anhela proyectar ese ser en sus distintas manifestaciones.

¹⁰ Según menciona MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad*, México, p. 1, <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iv/libre.desenvolvimiento.pdf>, “este derecho deriva de la condición de la persona como fin de la sociedad y del Estado, de la condición de aquélla que como ser libre, autónomo, anterior al Estado”.

Para comprender mejor el derecho a la libre determinación de la personalidad hemos de saber qué significa esta última. La personalidad es entendida como aquellas manifestaciones físicas y psíquicas del ser humano derivadas de su individualidad¹¹. Es, por tanto, la facultad que el ser humano posee para organizar de forma autónoma su existir conforme a un proyecto de vida y un modelo de realización personal y propio.

La personalidad no solamente debe entenderse en el plano jurídico, aunque su proyección si impacta la esfera jurídica. La misma se construye durante la existencia misma del ser humano, desde el momento mismo del nacimiento y concluye con la muerte. Todos los días los seres humanos cambian, encuentran nuevas ideas, incorporan pensamientos diferentes, conocen personas y todo ello va gestando lo que se identifica como personalidad.

Se puede imaginar a alguien que nació siendo hombre pero en el transcurso de sus primeros años de vida reconoce que su género es otro; a la persona cuyos padres nombraron de una forma que pasada la adolescencia molesta y desagrada; el ciudadano que decide renunciar a su nacionalidad para volverse nacional de otro país; o quien decide optar por el divorcio porque al experimentar un cambio de dirección en su vida, prefiere ahora estar soltero.

Todo lo anterior son ejemplos de decisiones que se toman producto del desarrollo individual de la personalidad. Todas ellas son un claro ejemplo de que lo que se proyecta dentro de la persona, también impacta su esfera jurídica, al demandar un ejercicio de sus derechos, donde el Estado no puede tener injerencia ni puede restringir el ejercicio de los derechos.

¹¹ Véase. DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, “Los Derechos de la Personalidad: Teoría General y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales”, *Jurídica*, México, núm. 31, 2001, p. 160, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr10.pdf>.

“De aquí que el libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental se erija en una garantía de alternativas, al acceder realizar cualquiera de las actuaciones posibles que encajen en su objeto y que obviamente dependerán de las particularidades de cada individuo”.¹²

Razón por la cual al Estado le está vedado interferir en la vida privada de cada individuo y, por ende, esta personalidad se encuentra protegida a través de los derechos inherentes a ella, mismos que tienen como finalidad la tutela de la dignidad humana y otorgan un marco jurídico para proteger el libre desenvolvimiento de la personalidad humana.

Este derecho se ubica dentro de los que son considerados fundamentales, teniendo como finalidad la de tutelar una esfera vital del individuo, relacionada íntimamente con su dignidad. De modo que es el propio individuo, y nadie más fuera de él, quien tiene el derecho de decidir en libertad, sin prejuicios, presiones sociales o intervención estatal de ningún tipo, cuál es el proyecto de vida que desea desarrollar durante su existencia; por tanto, el libre desarrollo de la personalidad está ligado, por obvias razones, al concepto de la voluntad individual y la responsabilidad personal.

En este sentido, se podría señalar que cuando un sujeto tiene autonomía para decidir saber qué es lo que quiere para sí mismo, y se da el contexto social para alcanzarlo, podrá decirse que tiene libertad para escoger entre las diferentes opciones que le ofertan en el grupo social. Esa autonomía que permite la tenencia de una libertad de acción en el sujeto es un deseo que cualquier ser humano requiere para el libre desarrollo de su personalidad. De no tener esa autonomía, la libertad estaría constreñida y limitada y, por ello, no podríamos hablar de la posibilidad que desea toda

¹² DEL MORAL FERRER, Anabella, “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Cuestiones Jurídicas*, Venezuela, vol. VI, núm. 2, julio-diciembre de 2012, p. 66, <http://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf>.

*persona de elegir libremente qué es lo que quiere hacer con su vida.*¹³

El más alto Tribunal del País respecto del derecho a la libre determinación de la personalidad ha dicho que este implica el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.¹⁴

El contenido de este derecho supone, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; el nombre que se desea; profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual. Todos estos aspectos son decisiones y son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida, por lo que constituye una decisión autónoma de cada individuo.

Este derecho:

*...está sostenido en la concepción liberal de la libertad humana, que dicha tradición identifica con la autonomía individual y la ausencia de coerción para el diseño de la propia vida, con excepción de las limitaciones que surgen en el ejercicio legítimo de los derechos de los demás y, de lo que expresamente está prohibido hacer para salvaguardar el bien común.*¹⁵

¹³ SANTANA RAMOS, Emilia M., “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, España, núm. 29, 2014, p. 105, <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/3245/4053>.

¹⁴ Véase “DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE”. Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7.

¹⁵ Núñez Cruz, Maribel, “De las dificultades para acceder al derecho al libre desarrollo de la personalidad a los indignados”, *Alegatos*, México, año 27, núm. 84, mayo – agosto de 2013, p. 560, <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/77/84-11.pdf>.

El libre desarrollo de la personalidad no se trata de un derecho humano de nueva creación. Es debido a la progresividad de los derechos humanos que ha sido reconocido recientemente, aunque siempre haya existido. Su mención en tratados internacionales y constituciones ha permitido su análisis y estudio, aunque hemos de aceptar que aún no ha sido tratado en toda su extensión, puesto que solo han aparecido ciertos matices estrechamente relacionados con el tipo de sociedad que actualmente tenemos.

Comprender el contenido exacto del derecho al libre desarrollo de la personalidad resulta de sumo complicado. Cada individuo puede proyectar su propia forma de existir mientras viva, por lo que cada idea deberá ser valorada y digna de estudiarse cada que el ejercicio del derecho sea planteado ante algún tribunal.

La esencia misma del derecho al libre desarrollo de la personalidad implica el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de cada persona, para que en su individualidad, sin presiones externas, ni coacciones estatales injustificadas, sea lo que quiere ser. Su finalidad es dar la libertad necesaria al ser humano para que siguiendo sus propios anhelos consiga alcanzar sus metas, teniendo como única limitante el derecho de las demás personas y el orden público.

En la jurisprudencia mexicana el derecho al libre desarrollo de la personalidad con motivo de un conflicto de derechos de una persona transexual¹⁶ sostuvo lo siguiente:

Es en la psique donde reside el libre desarrollo de la personalidad jurídica, por referirse a las decisiones que proyectan la autonomía y la dignidad de la persona. La libertad protegida por el orden jurídico para garantizar el desarrollo digno de la persona, se vulnera, cuando a ésta se le impide irrazonablemente alcanzar o

¹⁶ El amparo tiene los siguientes datos de identificación: Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-ps.

perseguir aspiraciones legítimas de vida y escoger aquellas opciones que den sentido a su existencia. Del respeto al pluralismo, se desprende el libre desarrollo de la personalidad, reflejado en el marco de protección constitucional que permite la coexistencia de las formas más diversas de vida.

Respecto de un individuo que tomó la decisión de ya no seguir unido en matrimonio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

...la voluntad del individuo de no seguir vinculado con su cónyuge es preponderante, la cual no está supeditada a explicación alguna, sino simplemente a su deseo de ya no continuar casado, por lo que la sola manifestación de voluntad de no querer continuar con el matrimonio es suficiente. Así, dicha manifestación constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues decidir no continuar casado y cambiar de estado civil, constituye la forma en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida; es decir, el modo en que decide de manera libre y autónoma su proyecto de vida.¹⁷

V. ALCANCES Y LÍMITES DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Es cierto que los derechos humanos protegen la dignidad de la persona y con ello cada uno de los aspectos inherentes a su vida; sin embargo, dicha protección no es ilimitada.

¹⁷ Tesis 1a. LIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1392.

*Como derecho universal, la titularidad del libre desarrollo de la personalidad corresponde al ser humano, a todo individuo sin discriminación alguna. Y el sujeto pasivo es el Estado y terceros, los cuales, tienen la obligación de no interferir en esta esfera privada de la personalidad de los individuos. Y el contenido subjetivo del derecho, es la facultad del individuo de definir y desarrollar su vida libre y autónomamente.*¹⁸

Se reconoce que este derecho no puede ser considerado como absoluto o ilimitado; es decir, de ninguna manera puede ser invocado para desconocer o pasar por alto los derechos de terceros (individuales o colectivos), ni tampoco para limitar la facultad punitiva del Estado sobre conductas que pongan en peligro el orden social o económico e incluso el ejercicio de los derechos reconocidos a los ciudadanos, porque como todo derecho fundamental encuentra límites frente a otros derechos y principios constitucionales.

Dentro de las expresiones de la vida humana que se han relacionado con el libre desarrollo de la personalidad encontramos las siguientes:

- a) la no imposición de un determinado estado civil (libertad de contraer matrimonio o no hacerlo, la libertad de decidir no seguir casado);
- b) de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos;
- c) de escoger su apariencia personal;
- d) la libre opción sexual.

Se nota de la mención anterior que una característica del derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en que dentro del mismo puede encontrarse todas aquellas

¹⁸ VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan, *op. cit.*, p. 83.

libertades que no tengan una mención específica dentro de la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La libertad de asociación de todas las personas tiene una mención específica en el texto constitucional, por lo que no es parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad y lo mismo sucede con el derecho a la libertad de tránsito, la libertad de profesión y todas aquellas que son identificadas en los textos legales.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo explica de este modo:

... el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un “área residual de libertad” que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas. En efecto, estos derechos fundamentales protegen la libertad de actuación humana de ciertos “espacios vitales” que, de acuerdo con la experiencia histórica, son más susceptibles de ser afectados por el poder público; sin embargo, cuando un determinado “espacio vital” es intervenido a través de una medida estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico.¹⁹

El texto constitucional por su extensión y términos otorga una amplia protección a la autonomía de la voluntad de las personas, tal como corresponde hacerlo a un Estado

¹⁹ Tesis: 1a./J. 5/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2019, p.487.

democrático. Ello permite proteger y garantizar ciertos derechos que son base fundamental para que las personas elijan y puedan construir sus planes de vida, sin que puedan existir injerencias o restricciones estatales.

Los textos legales de cualquier índole por ser una creación humana no son perfectos, sino perfectibles. Se entiende, entonces, que el derecho a la libre determinación de la personalidad tenga ese efecto complementario si de defender las libertades de las personas se trata, porque aun cuando los textos constitucionales cada vez son más detallados y enumeran más libertades, nunca podrá preverse todas las situaciones que la mente y la acción humana son capaces de crear.

Hace 40 o 30 años en México era impensable que se reconociera como un derecho la libertad de las personas para cambiar de género; sin embargo, por la transformación de la sociedad se ha hecho necesario. Esperar a que suceda una reforma constitucional en ese sentido puede tomar muchísimos años; sin embargo, por tratarse de una libertad cabe dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad en aras de no negar o coartar el ejercicio efectivo de nuestras libertades.

Es probable que en los próximos años se incluya una disposición constitucional en el cuerpo de la norma fundamental que de forma expresa permita a las personas cambiar su sexo. En ese momento, por existir una libertad específica su contenido saldrá del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La libertad “indefinida” que es tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad complementa las otras libertades más específicas, tales como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, puesto que su función es salvaguardar la “esfera personal” que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas. En este sentido, este derecho es

*especialmente importante frente a las nuevas amenazas a la libertad individual que se presentan en la actualidad.*²⁰

Por el momento no se necesitan normas expresas que permitan y regulen el divorcio incausado, porque gracias al libre desarrollo de la personalidad se ha determinado, aun jurisprudencialmente, que es posible solicitar el divorcio al cónyuge cuando ya no se desea seguir casado. Esto ha reducido al matrimonio a un mero contrato, cuya causa de terminación es igual al resto de los contratos, es decir, por la voluntad de una de las partes.

Otro ejemplo es el cambio de nombre que puede realizar una persona, cuando no se siente identificado con el propio que le han escogido sus padres al nacer. Se entiende que, por cuestiones de registro, deba darse a las personas un nombre al nacer, pero sí cuando se es adulto se desea cambiar el nombre, el derecho al libre desarrollo de la personalidad constituye el medio para lograrlo, puesto que permite que la persona proyecte de su vida como lo desee.

Una vez en este punto es necesario añadir que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto; es decir, existen casos en los que es posible su limitación, aunque cabe aclarar que dicho límite siempre debe obedecer a una razón constitucionalmente válida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido sus límites al señalar:

Este derecho encuentra algunos de sus límites en los derechos de los demás y en el orden público. De esta manera, estos límites externos al derecho fundamental funcionan como cláusulas que autorizan al legislador a intervenir en el libre desarrollo de la

²⁰ Tesis: 1a./J. 4/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, febrero de 2019, p. 491.

*personalidad, siempre que tal intervención sea idónea, y no resulte innecesaria o desproporcionada en sentido estricto.*²¹

Se pone de relieve que el derecho al libre desarrollo de la personalidad muy seguramente será el instrumento que se utilice para ocasionar grandes cambios en derecho civil y en todas aquellas ramas donde el ejercicio de las libertades personales sea patente, dada lo indefinido de su contenido, siempre teniendo como límite objetivo los derechos de terceros y teniendo como marco la protección y garantía de los derechos humanos.

VI. CONCLUSIONES

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es parte de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad, por virtud de los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este derecho está sostenido en la concepción liberal de la libertad humana. El respeto a la autonomía de la voluntad, por tanto, es siempre base fundamental para el ejercicio del mismo. Diseñado para impedir la coerción o la restricción estatal en las esferas más íntimas de las personas, excepto que contravenga el bien común.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad al sustentarse en la concepción liberal de la libertad humana tiene como efecto que sea el continente de todas aquellas libertades que no han sido expresamente previstas en un cuerpo normativo, como si lo están la libertad de asociación, la libertad de tránsito, la libertad de expresión, etc.

Cuando alguien se sienta violentado en su esfera jurídica por el no ejercicio de una libertad personal, solo tendrá que invocar la violación al derecho al libre desarrollo de

²¹ Tesis: 1a./J. 6/2019 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, febrero de 2019, p.492.

la personalidad y darle contenido a través de argumentos de derechos humanos que justifiquen la existencia de la libertad. De ahí lo indefinido de este derecho.

En los próximos años, gracias al principio de progresividad que rigen en materia de derechos humanos, muy seguramente se observará como se dota de contenido a este derecho, sin que exista posibilidad de agotar su comprensión, porque la acción humana y los cambios sociales con seguridad ofrecerán nuevos retos de continuo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- “La justicia en la bioética: del predominio de la libertad o de la igualdad”,
Tendencias actuales del Derecho Procesal, Colombia, Núm. 5.
- “Derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas: derecho humano al agua”,
Derechos Humanos y su interacción en el Estado Constitucional, México,
Tirant lo blanch, 2018.

Hemerografía

- DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, “Los Derechos de la Personalidad: Teoría General y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales”, *Jurídica*, México, núm. 31, 2001.
- DEL MORAL FERRER, Anabella, “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Cuestiones Jurídicas*, Venezuela, vol. VI, núm. 2, julio-diciembre de 2012.
- ISLAS COLÍN, Alfredo, “Derecho a la dignidad”, *Perfiles de las ciencias sociales*, México, año I, Vol. I, núm. 1, julio – diciembre de 2013.
- NÚÑEZ CRUZ, Maribel, “De las dificultades para acceder al derecho al libre desarrollo de la personalidad a los indignados”, *Alegatos*, México, año 27, núm. 84, mayo – agosto de 2013.

SANTANA RAMOS, Emilia M., “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, España, núm. 29, 2014.

VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan, “El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad”, *Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho*, Costa Rica, 2012.

Jurisprudencia

Tesis P. LXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8.

Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7.

Tesis 1a. CCXIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 277.

Tesis 1a. LIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1392.

Tesis: 1a./J. 4/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, febrero de 2019, p. 491.

Tesis: 1a./J. 5/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2019, p.487.

Tesis: 1a./J. 6/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, febrero de 2019, p.492.

Páginas de internet

LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “El tardío desarrollo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el Estado Constitucional mexicano”, *Revista derecho en libertad*, México, núm. 3, julio – diciembre de 2009, p. 137,

www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no3/el_tardio_desarrollo_de_la_dignidad_humana.pdf.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad*, México, p. 1, *http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iv/libre.desenvolvimiento.pdf.*

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN COLOMBIA: UNA VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA¹

JULIANA SÁNCHEZ VALLEJO^{*}

NATALIA TÉLLEZ GONZÁLEZ^{**}

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Metodología.* III. *Resultados de la investigación.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias Bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

Es común ver que los Estados se preocupan por brindar a sus asociados el acceso a la administración de justicia, buscando de este modo dirimir los conflictos jurídicos y garantizar sus derechos, por lo que se han elaborado un conjunto de mecanismos que lo facilitan. Sin embargo, no se puede dejar a un lado que a pesar de estos esfuerzos se siguen presentando falencias que atentan contra un acceso rápido y oportuno a la justicia.

¹ Artículo inédito, resultado del proyecto de investigación “El desarrollo del acceso a la administración de Justicia en Colombia: una visión comparativa entre la jurisprudencia de las altas cortes colombianas y los estándares interamericanos en esta materia”, perteneciente al Grupo de Investigación en Derecho, Estado y Ciudadanía adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia Armenia. Asimismo, el presente artículo es resultado del trabajo ejecutado al interior del Semillero en Acceso a la justicia perteneciente a la institución antes mencionada.

^{*} Abogada egresada de la Universidad La Gran Colombia Armenia. Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Justicia Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario. Magíster (C) en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y directora del Capítulo Quindío. Docente investigadora de la Universidad La Gran Colombia Armenia dentro del grupo de investigación en Derecho, Estado y Ciudadanía. Contacto: sanchezvaljuliana@miugca.edu.co

^{**} Abogada egresada de la Universidad La Gran Colombia Armenia. Maestrante en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Integrante del semillero de investigación en Acceso a la Justicia de la Universidad La Gran Colombia Armenia. Contacto: natytellez-1994@hotmail.com

En el caso colombiano, con la Constitución de 1991 se han presentado cambios significativos a nivel del ordenamiento jurídico, entre estos, se consagró el derecho de acceso a la administración de justicia de manera expresa en el artículo 229. Como es lógico, al tratarse de una norma de rango constitucional su redacción es general, ello conlleva a que, en principio, se torne en un concepto bastante amplio con un contenido no del todo definido. En este sentido, ha sido la jurisprudencia la encargada de desarrollar esta temática, empero, no es un secreto que existe tal cúmulo de decisiones que al final la información termina estando dispersa, generando así confusiones en el momento en que se necesita examinarlo. Por lo anterior, es importante investigar el desarrollo que ha tenido este derecho desde la visión pretoriana, para este caso, más precisamente desde la Corte Suprema de Justicia, ya que en cabeza de esta, como máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria en Colombia, recae parte de la responsabilidad de materializar los fines constitucionales en materia de justicia, los cuales se resumen en la obligación por parte del Estado de garantizar un efectivo acceso a la administración de justicia a todos sus asociados.

En este orden de ideas, se ha realizado una búsqueda de las providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en las que se utilizó el término “acceso a la administración de justicia”, encontrándose 393 entre el año 1991 y 2016. Lo anterior, con el objetivo principal de analizar el desarrollo que ha tenido el derecho de acceso a la administración de justicia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; lo cual resulta posible identificando las providencias en las que se ha discutido el derecho de acceso a la administración de justicia, clasificándolas en categorías y subcategorías. Además, determinando el concepto y contenido que le ha dado la Corte y finalmente, examinando el alcance que ha obtenido a través de la implementación de medidas y decisiones judiciales que propenden por su protección.

La presente investigación adquiere relevancia, ya que produce efectos tanto a nivel jurídico como social. Desde la perspectiva jurídica existe un aporte al conocimiento al sistematizar un conjunto de abundante información que se encuentra dispersa, su

análisis coadyuva a que un derecho tan complejo como lo es el acceso a la justicia sea mejor entendido desde las esferas judiciales. En este mismo sentido, se halla el impacto social del proyecto, pues la difusión de sus resultados representa la posibilidad para que, no solo abogados sino también la comunidad en general comprenda de mejor manera el contenido y alcance del acceso a la justicia y más allá de eso, al visualizarse los aspectos a mejorar se tomen cartas en el asunto para garantizar a los colombianos la resolución de los conflictos.

II. METODOLOGÍA

La presente investigación es de tipo jurídica con un enfoque de carácter mixto, ya que se basó en el análisis de datos cuantificables, en el estudio de datos de tipo descriptivo y categorías cualitativas.

Igualmente, es explicativa, ya que “pretende establecer las causas de los eventos, sucesos o fenómenos que se estudian”.² Para realizar el estudio, inicialmente se revisó el total de las providencias encontradas en las que se menciona el término “acceso a la administración de justicia”, con el fin de sistematizar la información e identificar claramente las providencias se hizo uso de una matriz de síntesis.

Una vez identificadas las 393 sentencias, las cuales se constituían en la población objeto de estudio, se procedió a realizar un muestreo estadístico³ respecto de estas para obtener el número representativo de providencias que serían analizadas para llegar a los resultados. De esta forma, con la ayuda de una calculadora estadística⁴ se tomó el tamaño del universo (393 providencias) un nivel de confianza del 99 % y un margen

² HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA LUCIO, P. *Metodología de la investigación*, Cuarta Edición, McGraw Hill, México D.F., 2006, p. 125.

³ HOLGUÍN QUIÑONES Fernando & HAYASHI MARTÍNEZ Laureano, *Estadística, elementos de muestreo y correlación*. Editorial Diana, México D.F., 1993. El análisis de una muestra permite inferir conclusiones susceptibles de generalización a la población de un estudio con cierto grado de certeza.

⁴ Más concretamente una calculadora de muestra. Ver: <https://www.netquest.com/es/panel/calculadora-muestras/calculadoras-estadisticas>

de error del 10%. Lo anterior, arrojó un total de 117⁵ providencias que debían ser analizadas, las cuales fueron seleccionadas de acuerdo con la relevancia de su contenido a partir del “uso de juicios y por un esfuerzo deliberado de obtener muestras representativas según el objeto de estudio”⁶ y analizadas para establecer su relación con el contenido y alcance del derecho de acceso a la administración de justicia.

Finalmente se elaboró una ficha de análisis con 29 casillas correspondientes a una pregunta en relación con la forma en que la Corte Suprema de Justicia trata el acceso a la administración de justicia, dándose la opción de SI o NO para determinar si se acoge el contenido de la pregunta con los resultados obtenidos y se utiliza el método de análisis descriptivo para identificar el comportamiento de los datos allí plasmados.

De lo anteriormente mencionado, resulta conveniente indicar que las preguntas adoptadas para poder establecer el contenido y alcance que se le ha dado al derecho de acceso a la administración de justicia desde el Tribunal objeto de la presente investigación, surgieron de los parámetros establecidos, vía jurisprudencial, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana en torno a este derecho.⁷ De esta forma, los interrogantes tienen que ver con el término que ha utilizado la Corte para referirse a este derecho;⁸ asimismo con la relación entre el derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho a un debido proceso y los demás derechos fundamentales.⁹ Igualmente, se plantearon preguntas para conocer

⁵ Que finalmente se extendió hasta 128 providencias, debido a las aproximaciones realizadas cuando se obtenían número decimales.

⁶ GIRALDO ÁNGEL, Jaime, *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*. Editorial LEGIS, Bogotá D.C. 1999, p. 166.

⁷ Para profundizar en este aspecto puede consultarse la investigación previa realizada al respecto para el Centro de Estudio de Justicia de las Américas: Sánchez Vallejo, J. *El Desarrollo del Acceso a la Administración de Justicia en Colombia: Una Visión Comparativa entre la Jurisprudencia de las Altas Cortes Colombianas y los Estándares de la Corte IDH en esta Materia*. Centro de Estudios de Justicia para las Américas, Santiago de Chile, 2017.

⁸ ¿Se menciona el término acceso a la justicia?, ¿Se menciona el término acceso a la administración justicia?, ¿Se trata el concepto de acceso a la justicia?

⁹ ¿Se alega la violación del acceso a la administración de justicia?, ¿Se alega la vulneración del debido proceso junto con el acceso a la administración de justicia?, ¿Se establece una

el alcance que le ha dado el Alto Tribunal al acceso a la justicia frente a los sujetos de especial protección constitucional, como lo son las víctimas y sus familiares, los niños, los migrantes, los indígenas, las mujeres y las personas con discapacidad.¹⁰ Además, frente al contenido que se le ha dado al derecho de acceso a la administración de justicia, se consideró para su análisis aquellas garantías y derechos procesales que desde la jurisprudencia constitucional e interamericana se han visto como parte de tal prerrogativa.¹¹

III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Para la presentación de los resultados se partirá de algunas nociones del acceso a la administración de justicia que permitirán tener una idea general en torno a la temática objeto de estudio, posteriormente se presentarán los hallazgos jurisprudenciales que han permitido establecer el desarrollo del acceso a la administración de justicia y finalmente se llegará a las conclusiones.

1. Concepto del acceso a la administración de justicia

La problemática que gira en torno al derecho de acceso a la administración de justicia no es nueva, por ello, se evidencia que los Estados en su afán por lograr una

relación entre el acceso a la justicia y el debido proceso?, ¿Se alega la vulneración de otro derecho además del acceso a la justicia y el debido proceso?

¹⁰ ¿Se establece algún parámetro en materia de acceso a la justicia respecto de las víctimas y sus familiares?, ¿Se establece algún parámetro en materia de acceso a la justicia respecto de los niños?, ¿Se establece algún parámetro en materia de acceso a la justicia respecto de los migrantes?, ¿Se establece algún parámetro en materia de acceso a la justicia respecto de los indígenas?, ¿Se establece algún parámetro en materia de acceso a la justicia respecto de las mujeres?, ¿Se establece algún parámetro en materia de acceso a la justicia respecto de las personas con discapacidad?, ¿Se establece algún parámetro en materia de acceso a la justicia en igualdad de condiciones y sin discriminación?, ¿Se establece algún parámetro en materia de acceso a la justicia respecto de otro sujeto de especial protección constitucional?

¹¹ ¿Se hace referencia a las garantías propias del acceso a la administración de justicia?, ¿Se hace referencia a los derechos procesales relativos al acceso a la administración de justicia?, ¿Se establecen o hablan de garantías mínimas y las debidas garantías a las que tienen derecho las personas durante el trámite de un proceso?

eficaz protección a sus asociados, lo ha incorporado en sus Constituciones Políticas como un derecho de gran relevancia, tal es el caso colombiano que lo considera derecho fundamental.

En cuanto al concepto de este derecho se desprende que, según Mauro Cappelletti “hay acceso a la justicia cuando el pueblo puede solucionar sus conflictos y ejercer sus derechos por medio del Estado”.¹² De esta forma, no solo se está ante un derecho que incorpora el respeto por otros derechos, sino que además es esa posibilidad para el pueblo de dirimir sus conflictos de manera efectiva mediante la intervención estatal, por esta causa los Estados diseñan una serie de mecanismos que permiten alcanzar este fin, como, por ejemplo, los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC).

Es pertinente, además, hacer alusión a lo referido por Araújo Oñate cuando habla del valor justicia, indicando que: “Del valor justicia se deduce el deber que tiene el Estado de prestar un buen servicio al administrar justicia, derivándose la necesidad de que este sea eficaz, con lo que se impide el menoscabo de las garantías procesales y derechos que se pretendan”.¹³ Es por esta circunstancia que se requiere que cada día sean más amplios los esfuerzos estatales para alcanzar una cobertura mayor y más cercana a la población, donde los conflictos tengan soluciones más ágiles, los términos para recibir respuestas por parte del administrador de justicia sean expeditos y cada vez más acertados, la justicia sea más humana y los operadores judiciales sean personas amenas al atender a los usuarios brindando siempre el mejor servicio. Si hay eficacia en la administración de justicia entonces se garantizarán y se protegerán de manera más contundente los derechos de la población de cada Estado.

¹² CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, “*El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*”, FCE, México, 1996, p. 9.

¹³ ARAUJO-OÑATE, rocío mercedes, “Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. vol. 13, núm. 1, enero junio, 2011, pp. 247-291.

Por otro lado, haciendo una revisión de lo expuesto por Acosta Alvarado, quien citando a Fix Zamudio, indica que este se refiere a la administración de justicia “como la actividad jurisdiccional del Estado que provee certeza, seguridad y defensa de las libertades o bien como el gobierno y la gestión de los tribunales”¹⁴. Con lo anterior, se deja entrever que cuando hay una idónea administración de justicia se logra brindar seguridad y defensa de los derechos, lo cual es posible no solo si hay jueces, sino cuando de la mano de estos se garantiza el acceso que hará posible el respeto y protección de estas prerrogativas.

Para el caso de Colombia, la investigación tiene como base el artículo 229 de la Constitución Política de 1991 que consagra el derecho de acceso a la administración de justicia que tiene toda persona, así: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

Adicionalmente, para analizar el concepto de tal derecho desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia se consideró, en primer lugar, si se hacía uso del término “acceso a la justicia” o “acceso a la administración de justicia”,¹⁵ y se encontró que ambos términos son usados como sinónimos, a diferencia de otros países que sí distinguen el contenido de ambas nociones. En consecuencia, en Colombia jurisprudencialmente no se ha realizado ninguna diferencia al momento de utilizar estas dos expresiones. En segundo lugar, se evidencia que, en la mayoría de los casos revisados, la Corporación no profundiza ni le da contenido al concepto de acceso a la administración de justicia. Sin embargo, se puede destacar que dicha Corporación desconoce su importancia y lo define como “una necesidad inherente a la condición

¹⁴ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, Volumen nº 24. Julio de 2010, pp. 185-205.

¹⁵ Esto, por cuanto hay Estados en los que tales términos tienen significados diferentes. Así, por ejemplo, acceso a la administración de justicia puede hacer referencia solo a los mecanismos formales de justicia (la judicatura) en tanto que acceso a la justicia incluye otros medios como los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

humana”. Ahora bien, aunque la Corte Suprema no ha ahondado conceptualmente en dicho derecho, tal vacío lo ha suplido –con lógica- a través de la constante remisión que realiza a la jurisprudencia constitucional. De esta forma, pueden verse que en las sentencias como la T 81038¹⁶ y T 66963¹⁷ se cita la siguiente definición del derecho de acceso a la administración de justicia dada por la Corte Constitucional:

*Es la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.*¹⁸

Por lo anterior, se concluye respecto de la definición y concepto de este derecho que el verdadero desarrollo lo ha dado la Corte Constitucional, en tanto que la Corte Suprema de Justicia ha seguido los lineamientos y nociones dadas por aquella, aplicándolos en casos concretos.

¹⁶ Para ampliar ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia T 81038. 2015.

¹⁷ Para ampliar ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia T 66963. 2016.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 426 de 2002. (MP Rodrigo Escobar Gil).

2. Hallazgos jurisprudenciales

Dentro del presente estudio fue necesaria la clasificación de providencias por acciones, con el propósito de sistematizar la información y poder realizar su análisis, como a continuación se presenta:

2.1. Acción de Tutela

Dentro del total de las providencias revisadas, la acción encontrada con mayor frecuencia fue la Tutela en un 52,1%, lo cual indica que los conflictos sobre el acceso a la administración de justicia suelen ser dirimidos principalmente a través de ella, siendo esto coherente con su naturaleza, puesto que se trata de un mecanismo constitucional utilizado para proteger los derechos fundamentales en Colombia, tal como lo es la prerrogativa objeto de estudio. De esta forma, la Corte Suprema se ha referido a dicho mecanismo de la siguiente manera:

El artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades o a los particulares, en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

En efecto, fue creada como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, pero no como acción omnimoda ni, por ende, supletoria de los cánones ordinarios para la solución de los conflictos entre el Estado y los particulares o entre éstos.

Debe precisarse que a lo largo de la revisión de las tutelas se encontró que en la mayoría de los casos no se ampara el derecho estudiado por diversas razones como lo son la inexistencia de la violación alegada o la falta de cumplimiento de los

presupuestos para presentar la tutela (verbigracia, la subsidiariedad). En este sentido, puede destacarse la sentencia T86442 del 2016 donde el accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales al acceso a la justicia y a un debido proceso sin dilaciones injustificadas pues censura la supuesta mora en la cual se encuentra incurso la Sala Penal de un Tribunal de Antioquia para resolver un recurso de apelación que había sido impetrado. En este caso para la Corte Suprema, por un lado, es claro que los derechos invocados deben ser garantizados de forma efectiva, y sin duda los procesos deben adelantarse respetando los términos judiciales en garantía del derecho fundamental de acceder a la administración de justicia; sin embargo, también se consideró la congestión judicial como justificación razonable para la tardanza en la resolución de las causas. Además, en esta ocasión se observó que la pretensión iba encaminada a que se resolviera de manera prioritaria el asunto del accionante, lo cual devendría –de accederse a la solicitud- en la vulneración de los derechos a la igualdad y debido proceso de otros ciudadanos que también esperan un pronunciamiento del órgano judicial. Esto, sumado al hecho de que no se aportó ningún medio que permitiera evidenciar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que justificara una excepción a los turnos asignados en ese despacho llevó a que se negara la tutela del derecho.¹⁹

Igualmente, se ha encontrado que existen ciudadanos que utilizan de manera abusiva las acciones constitucionales, tal como se vislumbra en la sentencia T85332 donde el accionante presentó varias acciones de tutela por los mismos hechos, derechos y pretensiones y contra las mismas autoridades, omitiendo el requisito de subsidiariedad de la tutela e incurriendo en la llamada tutela temeraria, por lo tanto, se resolvió desfavorablemente la solicitud, pues olvidar los presupuestos esenciales de la acción es considerado un uso abusivo que atenta contra el acceso a la justicia de los demás.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (21 de junio de 2016), sentencia T 86442. (MP José Francisco Acuña Vizcaya).

Ahora bien, del alto nivel de tutelas que se encontraron y la falta de prosperidad de muchas de estas se entiende que es usual que las personas sientan vulnerado su derecho de acceso a la justicia, esto los lleva a acudir a la acción constitucional que por excelencia protege los derechos fundamentales: la tutela. Sin embargo, se observaron falencias por parte de las personas al momento de interponer la acción, pues en ocasiones se le daba un uso indebido al mecanismo, como se evidencia en los casos anteriormente mencionados; ya sea olvidando los requisitos mínimos que exige la Tutela que están consagrados en el artículo 86 de la Carta Política, o porque en ocasiones los accionantes consideraban transgredidos sus derechos, pero la Corte Suprema estimaba que no era así.

2.2. Tutela contra providencia judicial

Corresponde a una acción frecuente a la hora de acudir a la judicatura en la búsqueda de la protección del acceso a la administración de justicia; ya que corresponde al mecanismo utilizado en un 33.6 % de las providencias estudiadas. A este se acude cuando los accionantes consideran que las decisiones tomadas por los funcionarios judiciales vulneran derechos fundamentales o garantías en los procesos, tales como: el derecho a ser oído, el derecho a la asistencia consular cuando se requiere, el derecho a recursos efectivos, sencillos y rápidos, en el caso de las víctimas el derecho a la verdad, entre otras. Así pues, al presentarse este tipo de tutela se busca remediar una supuesta vulneración de derechos y se tenga la oportunidad que se profiera un fallo que se ajuste a derecho; no queriendo indicar que se está ante una tercera instancia sino ante la posibilidad de que el Derecho y la justicia cumplan sus fines.

Para el análisis de este mecanismo, se analizaron las siguientes preguntas; ¿se concedió la tutela contra providencia judicial?, ¿se ordenó modificar una decisión previa de un juez o una autoridad administrativa?, ¿se rechazó de plano la Tutela

contra providencia judicial?, ¿se analizan las causales de procedibilidad de la Tutela contra providencia judicial?

En primer lugar, se encontró que de las tutelas contra providencias judiciales analizadas la mayoría no se concedieron, como la sentencia No. 74653²⁰ donde se alega la tardanza de una decisión definitiva en un proceso de extinción de dominio, mora que la Corte refiere no obedece a un capricho por parte del ente investigado sino a la carga laboral que se presenta y, además:

La demanda carece de los requisitos de procedibilidad, pues se advierte que el proceso que se ataca por esta vía, se encuentra en su fase inicial, por lo que las decisiones que allí se adopten son susceptibles de los recursos de ley, de tal suerte que si presenta inconformidad con algún pronunciamiento que afecte sus intereses, tiene la oportunidad de interponerlos y sustentar allí su disenso, para controvertir la decisión adoptada, ante el superior funcional.²¹

En la anterior situación la Sala concluye que la pretensión del demandante es desnaturalizar esta acción constitucional, propiciando que el Juez constitucional invada esferas de competencia de otra autoridad, quien de acuerdo con la ley debe resolver el caso.

En las providencias donde se encuentra esta categoría, la Corporación aclara que la tutela contra providencia judicial tiene una procedencia excepcional y su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el actor tanto en su planteamiento como en su demostración. En este

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (22 de julio de 2014), sentencia T 74653. (MP Patricia Salazar Cuellar).

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (22 de julio de 2014), sentencia T 74653. (MP Patricia Salazar Cuellar).

sentido, vale la pena indicar que tratándose de este tipo de tutela se desdibuja un poco el principio de la informalidad, pues se imponen requisitos técnico- jurídicos que no todos los ciudadanos tienen la capacidad de argumentar. Precisamente, de la revisión de las sentencias se halló que la principal razón para negar este mecanismo es la falta de cumplimiento de alguno de los requisitos de procedibilidad, los cuales la Corte Suprema acogió de la jurisprudencia constitucional, debiendo cumplirse, en consecuencia, condicionantes generales y especiales, que se resumen en:

Generales: «a) *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez; d) Cuando se trate de una irregularidad procesal; e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y f) Que no se trate de sentencia de tutela» y, 2. Especiales: «a) Defecto orgánico; b) Defecto procedimental absoluto; c) Defecto fáctico; d) Defecto material o sustantivo; e) Error inducido; f) Decisión sin motivación; g) Desconocimiento del precedente y h) Violación directa de la constitución».²²*

En este orden de ideas, para que el amparo sea procedente es clara la Corte al manifestar en varias de sus providencias, como es el caso de la sentencia T84420 de

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (10 de noviembre de 2015), sentencia 08001-22-13-000-2015-00465-01 (MP Margarita Cabello Blanco).

2016, que deben concurrir todas las causales genéricas y por lo menos una de las específicas.²³

Ahora bien, vale la pena recordar que, tal como lo exponen Botero, García, Guarnizo, Jaramillo & Uprimny la Corte Suprema de Justicia se mostró renuente, en principio, a aceptar la procedencia del medio enunciado en este apartado, siendo sobre el año 2014 que empieza realmente a analizar este tipo de tutelas a partir de los requisitos –bastante estrictos– que para la época ya había establecido la Corte Constitucional.²⁴ Lo anterior coincide con el aumento en las solicitudes de protección del acceso a la administración de justicia. Es así como, a lo largo de la investigación se encontró que entre 1992 y el 2013 se presentaron el 20,2% de los casos en los que se solicitó la salvaguarda de la prerrogativa objeto de estudio; durante el 2014 se conocieron por parte de la Corte Suprema el 20% de los casos estudiados mientras que en el 2015 el 32,8% y en el 2016 el 26,9%.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (15 de marzo de 2016), sentencia T 84420. (MP Eugenio Fernández Carlier). Los requisitos específicos, de acuerdo con la Corte Suprema (2016e) son: a. **Defecto orgánico**, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello. B. **Defecto procedimental absoluto**, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. C. **Defecto fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. D. **Defecto material o sustantivo**, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. E. **Error inducido**, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. F. **Decisión sin motivación**, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. G. **Desconocimiento del precedente**, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. H. **Violación directa de la Constitución**.

²⁴ BOTERO, GARCÍA, GUARNIZO, JARAMILLO & UPRIMNY, *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*, Documentos de discusión número 3, De justicia, Bogotá, 2006, p. 25.

Por otro lado, cabe resaltar que la Corte Suprema ha reiterado en diversas ocasiones que la tutela contra providencias judiciales no se puede convertir en un mecanismo para obviar las acciones judiciales ordinarias que tienen las personas ni una tercera instancia ante decisiones que, siendo desfavorables a los intereses de los actores, estén ajustadas a derecho. De esta manera, por ejemplo, en el caso de la sentencia T81987, la Corte recuerda que esta acción constitucional no constituye el mecanismo ordinario para controvertir actos administrativos, es decir, en este caso en primera instancia debe acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.²⁵

Con respecto a la pregunta si se ordenó modificar una decisión previa de un juez o una autoridad administrativa, se encuentra que sí existieron algunos casos en los que la respuesta es positiva, en tanto es concedida la tutela contra providencia judicial. Por ejemplo, se destaca la sentencia No. 87106 del 2016 donde se cumplen todos los requisitos generales para la procedencia de la acción y además se configuró un requisito específico que fue el defecto material o sustantivo, el cual se presenta cuando “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”.²⁶

Por lo anterior, al hallar la Corte la afectación de varios derechos fundamentales de la accionante encuentra que se hace indispensable modificar la decisión inicial con el fin de lograr una correcta administración de justicia. En consecuencia, decide dejar sin efecto de manera parcial la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y le ordena dictar una sentencia complementaria dando aplicación a las disposiciones “que correspondan en materia de reintegro al cargo e indemnización por los salarios dejados de percibir (...)”.²⁷

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (07 de octubre de 2015), sentencia T 81987. (MP Gustavo Enrique Malo Fernández).

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (11 de agosto de 2016), sentencia T 87106. (MP José Luis Barceló Camacho)

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (11 de agosto de 2016), sentencia T 87106. (MP José Luis Barceló Camacho)

Por último, no sobra hacer énfasis en el estricto formalismo que ha tomado la tutela contra providencias judiciales. Esto resulta razonable bajo la óptica de la seguridad jurídica, pues de otra manera se abriría la puerta para que cualquier inconformidad – aunque fuera infundada- dé pie a que se pueda llegar a modificar –por un juez constitucional- una decisión del juez natural que conoció de la acción ordinaria. Es por ello que, resulta lógico que la Corte Constitucional en su estudio de casos haya planteado los supuestos jurídicos bajo los cuales es procedente la tutela contra providencias judiciales, supuestos que están encaminados a corregir anomalías que atentan contra derechos fundamentales. No obstante, lo anterior, sin duda esta acción en concreto ha perdido su informalidad, pues argumentar con los tecnicismos jurídicos que son exigidos en la jurisprudencia constitucional requiere un nivel alto de conocimiento en dicha área para que la presentación de este tipo de tutelas sea exitosa.

2.3. Tutela contra incidente de desacato, tutela contra acto administrativo, tutela contra tutela y tutela contra organismos internacionales

A lo largo de la investigación se encontró que mediante la acción de tutela se han resuelto conflictos constitucionales cuya procedencia ha sido catalogada como excepcional, tal es el caso de la tutela contra un incidente de desacato, o contra un acto administrativo, contra otra tutela o contra un organismo internacional, respecto de las cuales también se han generado algunas consideraciones jurisprudenciales.

Es así como se evidenció que las tutelas contra incidentes de desacato representaban el 3,4% del total de las providencias estudiadas. Este tipo de tutelas se presentan cuando el actor considera que se cometió una irregularidad grave en el trámite de un incidente de desacato, el cual se deriva del incumplimiento de una orden impartida por un juez de tutela. En este sentido, puede destacarse el caso de la sentencia T 86357²⁸ donde “se dio por acatada la sentencia cuando en realidad no lo

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (28 de junio de 2016), sentencia T 86357. (MP José Francisco Acuña Vizcaya).

fue, ya que la entidad demandada acudió a maniobras fraudulentas para hacer creer que había obedecido el mandato heterónomo judicial”.²⁹

De lo anterior se desprende que existe una falencia importante cuando los agentes estatales dejan a un lado la ética para alcanzar sus fines atentando de manera directa contra el derecho de acceso a la administración de justicia y otros derechos fundamentales, poniendo en duda el mecanismo de la tutela, dada su falta de cumplimiento, a pesar incluso de haberse tramitado el correspondiente incidente de desacato.

Por otro lado, la categoría de las tutelas contra actos administrativos representa un 2,5% de las providencias, donde se analizan las controversias que se presentan en torno a la legalidad de los actos administrativos. Se puede inferir del análisis de esta categoría, que las personas acuden a la misma olvidando el requisito de la subsidiariedad, por lo que la Corte Suprema de Justicia ha debido indicar que estas situaciones deben ser dirimidas ante la jurisdicción correspondiente, es decir, ante la contenciosa administrativa con el fin de no desnaturalizar la acción de tutela. Lo anterior se puede evidenciar en la sentencia No. 68001-22-13-000-2014-00336-01 de 2014 donde el actor pretendió atacar un acto administrativo del Consejo Superior de la Judicatura mediante el cual se implementaba un programa de descongestión que para el actor no era controversial. En este caso, la Corte argumentó que la tutela no era el mecanismo idóneo y que se debía acudir a la vía legal ordinaria para cuestionar los actos del Consejo Superior de la Judicatura relativos a la descongestión.

Por otro lado, las tutelas contra tutelas se hallaron en un 1.7%, esta cifra indica que es de las acciones menos frecuentes y se debe a su carácter excepcional pues, de acuerdo con la Corte Constitucional, nunca son procedentes, existiendo solo una excepción y se presenta según la sentencia T88910:

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (10 de noviembre de 2016), sentencia T 86357. (MP José Luis Barceló Camacho).

...cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.³⁰

Por último, de las tutelas a las cuales se acaba de hacer referencia se le agrega la tutela contra organismos internacionales en un 0.8%, es decir, que esta categoría solo se encontró en una providencia, pero no se puede dejar a un lado su importancia, pues esto indica que la Corte Suprema de Justicia entró a hacer el análisis de la vulneración de derechos por parte de organismos foráneos radicados en el territorio nacional; así lo demuestra la sentencia No. 88679 donde el accionante invoca la protección a su derecho de acceder a la administración de justicia presuntamente vulnerado por la Embajada de Canadá en Colombia. En este caso el accionante laboró para dicha entidad, la cual le terminó el contrato de trabajo y no le expidió unos documentos que solicitó por medio de un derecho de petición para hacerlos valer en la justicia ordinaria laboral. En el desarrollo de la sentencia se debate la inmunidad de jurisdicción como principio derivado de una regla de derecho internacional público, pero finalmente se concede el amparo deprecado y la Corte Suprema de Justicia se remite a la jurisprudencia constitucional para referirse a la procedencia de la acción de tutela contra organismos internacionales donde “resulta palmario que la inmunidad de jurisdicción de los Estados no puede ser un pretexto para desconocer las garantías y los derechos laborales mínimos de los trabajadores y el acceso efectivo a la

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (10 de noviembre de 2016), sentencia T 88910. (MP José Luis Barceló Camacho).

administración de justicia (...)”,³¹ queriendo indicar lo anterior, que la Corte Suprema de Justicia le ha dado al derecho de acceso a la administración de justicia un alcance que no se limita únicamente a entidades nacionales sino también extranjeras.

2.4. Amparo de pobreza, solicitudes y grado jurisdiccional de consulta

En un menor número de providencias se halló que se invocaba el acceso a la administración de justicia dentro de trámites breves como la solicitud de amparo de pobreza, que representaba el 0.8% del total de las providencias. A pesar de tratarse de un número reducido de casos, lo cierto es que tiene importancia, dado que se trata de una solicitud que busca remediar los factores económicos que sirven de obstáculo al acceso a la administración de justicia. En este aspecto, la Corte Suprema ha estudiado diversos casos en los que la ausencia de recursos económicos imposibilitaba a los actores la materialización del derecho objeto de estudio. Cabe destacar que se encuentran avances al respecto, pues esta Corporación ha garantizado a las personas de escasos medios económicos tal acceso, por ejemplo, exonerándoles de prestar cauciones, pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia y otros gastos de la actuación, como sucede en el caso de la sentencia No. 11001-02-03-000-2016-01994-00 de 2016, donde los peticionarios carecen de recursos económicos para llevar un proceso y la corte les concede el amparo de pobreza.³²

Sobre las categorías de solicitudes y grado jurisdiccional de consulta; vale la pena decir que se trata de los trámites menos frecuentes; sin embargo, sobre la primera, tiene que ver con el cambio de radicación, el cual tiene como propósito el traslado de un pleito de un despacho judicial a otro, con el fin de garantizar los derechos y seguridad de todos los sujetos involucrados; su importancia radica en las consideraciones que realiza la Corte para acceder a la petición y permitir de esta forma

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (10 de noviembre de 2016), sentencia T 86357. (MP José Luis Barceló Camacho).

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (22 de julio de 2016), sentencia 11001-02-03-000-2016-01994-00. (MP Aroldo Wilson Quirón Monsalvo).

la materialización del derecho al debido proceso, garantizando así un efectivo acceso a la administración de justicia.

De la segunda, se puede decir que es un grado de jurisdicción en el que el superior funcional de un juez revisa la decisión tomada por este -sin que se haya apelado la decisión- a fin de constatar que se haya respetado el ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales. Este grado jurisdiccional se da de manera usual en el trámite de los incidentes de desacato de las acciones de tutela, cuando se ha impuesta una sanción de carácter disciplinaria por la falta de cumplimiento de una tutela (pues justamente estas sanciones restringen algún derecho, por lo que se hace necesario una estricta revisión judicial de tal aspecto). Precisamente, en varios casos conocidos por la Corte Suprema entra a analizar una garantía procesal propia del acceso a la administración de justicia, que es la motivación de las decisiones, en este aspecto manifiesta que debe darse una verdadera fundamentación de las decisiones, sobre todo si se trata de una resolución de sanción, en donde *“es preciso que manifieste en forma clara, expresa, indudable y no anfibológica su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto, pues no de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales”*.³³ La Corte Suprema de Justicia en el caso de la consulta, resalta una de las garantías del acceso a la administración de justicia, la cual consiste en que la decisión judicial debe estar motivada. Esta Corporación evidencia que los funcionarios judiciales cometen el error de fundamentar adecuadamente sus decisiones cuando realizan un fallo; garantía que al omitirse no solo atacan directamente el derecho de acceso a la administración de justicia, sino también el debido proceso, conllevando a la ilegitimidad de la decisión. Es el caso donde se observó esta categoría, cuando una decisión de desacato sancionatoria se soporta en una motivación que no resulta clara, expresa, indudable, no anfibológica y con soporte en las pruebas.

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (18 de agosto de 2016). Sentencia 11001-02-03-000-2016-01088-00. (MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

2.5. Debido proceso y acceso a la justicia

Al interior del análisis, la temática en la que la Corte Suprema hace más énfasis es en la relación existente entre el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, es así que en un 67,2 % del total de las providencias se hace alguna referencia al tema o se analiza la manera en la que una violación al debido proceso conlleva intrínsecamente a la vulneración del acceso a la justicia. Esta relación parte de la consagración constitucional del debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Carta Política, el cual consagra que el derecho al debido proceso busca brindar mayores garantías al momento de hacer uso de la administración de justicia respetándose siempre una serie de garantías al interior del proceso.

Igualmente, se evidencia que en la mayoría de providencias y categorías el derecho más invocado es el debido proceso, siempre en compañía del acceso a la administración de justicia, es el caso de la sentencia de Tutela 81861, donde a pesar de que no se concedió el amparo constitucional del derecho, se estableció entre otras cosas que “dentro del sistema jurídico que nos rige, el acceso efectivo a la administración de justicia es presupuesto indispensable del debido proceso y puerta de entrada a la efectividad real de los demás derechos”.³⁴

2.6. Acceso a la justicia y sujetos de especial protección constitucional

En relación con los sujetos de especial protección constitucional se encontró el análisis de esta temática en un 3,4% del total de las providencias estudiadas. Al respecto, vale la pena destacar que existen avances significativos en la materia, pues la Corte Suprema de Justicia ha profundizado en el entendimiento del acceso a la justicia y le ha dado un mayor alcance con el paso del tiempo. De esta forma, por ejemplo, anteriormente no se analizaban las condiciones especiales de vulnerabilidad que

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (10 de septiembre de 2015), sentencia T 81861. (MP José Luis Barceló Camacho).

llevaban a que se presentaran obstáculos para el acceso al derecho mencionado. Esto llevaba a que no se lograra mediante tutela la adecuación de las instalaciones para que personas con limitaciones físicas pudieran acceder sin obstáculos a la justicia; es el caso que se presenta con la sentencia 715 del año 1993 donde se confirma una decisión proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en la cual se niegan las pretensiones de una persona en condiciones de discapacidad física que solicitó por medio de acción de tutela instalar un ascensor en el edificio donde funcionaban los juzgados, pues debido a su limitación no tenía acceso a los pisos superiores de dicho lugar. Años después, la Corte estudiaría un caso similar en la sentencia T 85898 del 2016, donde se ampara el derecho de acceder efectivamente a la justicia de una persona igualmente en calidad de sujeto de especial protección, quien por su edad acudió a dicho mecanismo para “la reparación o puesta en funcionamiento de un nuevo ascensor en el Palacio de Justicia de Barrancabermeja, que por su condición depreca el auxilio del juez de amparo, para tener un elevador de ascenso vertical acorde con sus fuerzas biológicas”.³⁵ Así, pues, puede concluirse que la Corte ha avanzado en la concepción que le ha dado al acceso a la justicia llevándolo un poco más allá en comparación con años anteriores.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con los hallazgos encontrados en el estudio jurisprudencial realizado, se puede concluir sobre el derecho de acceso a la administración de justicia que:

En cuanto al término, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia utiliza los términos “acceso a la administración de justicia” y “acceso a la justicia” como sinónimos a diferencia de otros países donde dichas nociones se entienden de manera diferente. En cuanto al concepto se puede inferir que la Corte Suprema de Justicia no

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia T 85898 de 2016, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

le ha dado una definición al derecho objeto de estudio, sino que se remite a la jurisprudencia constitucional para ello.

En cuanto al contenido, la Corte Suprema de Justicia desarrolla el derecho desde un ámbito procesal, donde se hace referencia a las garantías propias del mismo, como; el derecho a ser oído, el derecho a recursos efectivos, sencillos y rápidos, derecho a que la decisión sea tomada y ejecutada en un plazo razonable, derecho a que la decisión sea tomada por un juez competente, derecho a que las providencias se encuentren debidamente motivadas y el derecho a recurrir los fallos.

Por otro lado, se puede inferir la existencia de una estrecha e importante relación entre los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso; tanto que en muchos de los casos se considera al primero como parte del segundo, es decir, se trata de dos derechos que usualmente se materializan de manera concomitante.

Hay que mencionar, además, que la acción de tutela es el mecanismo que se usa con más frecuencia cuando las personas consideran que se está ante una violación del acceso a la administración de justicia. Ahora bien, se evidenció que, en algunos casos la Corte Suprema abordó cierto tipo de tutelas cuya procedencia es excepcional, entre ellas, la tutela contra tutela, la tutela contra actos administrativos o contra incidentes de desacato.

En el estudio jurídico para la resolución del caso se indica por parte de esta alta corporación la manera en que los jueces y otras instituciones deben velar el acceso a la justicia y el debido proceso a fin de cumplir con los fines estatales contemplados en la Constitución.

Sobre los casos estudiados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no se puede dejar a un lado que no se conocieron casos sobre ciertos sujetos de especial

protección constitucional como los indígenas y los migrantes, que pueden resultar más comunes en la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. No obstante, sobre otros sujetos de especial protección constitucional se puede concluir que la Corte Suprema de Justicia ha presentado avances a la hora de acceder a la justicia de los mismos, pues ha considerado circunstancias de vulnerabilidad que representan obstáculos para acceder a la justicia y por tanto, ha tomado acciones tendientes a su salvaguarda, tal como se pudo observar en el caso de la persona con condición de discapacidad, o desde las esfera económica, accediendo a solicitudes de amparo de pobreza.

Asimismo, se evidencian avances en cuanto a la tutela contra providencia judicial, pues en principio la Corte Suprema de Justicia rechazaba esta acción al no considerarla procedente en el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, posteriormente retoma la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional, abordando, entonces, cuáles son las causales de procedibilidad de esta acción, tal como se indicó en el acápite correspondiente.

Pese a lo anterior, la presencia de 393 providencias en las que se avizoraba una presunta violación al acceso a la justicia indica cierto grado de insatisfacción en los usuarios que acceden a la administración de justicia, lo cual unido a las falencias que efectivamente se reconocen en las distintas providencias permite concluir que se debe seguir trabajando en ello, para que la justicia a la que aspiran los colombianos no sea una quimera sino una realidad.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPELLETTI, Mauro Y GARTH, Bryant, *“El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”*, FCE, México, 1996.

- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “*Administración de justicia*”, Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa- UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992.
- GIRALDO ÁNGEL, Jaime, “*Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*”, Editorial LEGIS, Bogotá D.C, 1999.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA Lucio, P. “*Metodología de la investigación*” Cuarta Edición, McGraw Hill, México D.F, 2006.
- HOLGUÍN QUIÑONES, Fernando & HAYASHI MARTÍNEZ, Laureano, *Estadística, elementos de muestreo y correlación*. Editorial Diana, México D.F., 1993.
- SÁNCHEZ VALLEJO, Juliana, El Desarrollo del Acceso a la Administración de Justicia en Colombia: Una Visión Comparativa entre la Jurisprudencia de las Altas Cortes Colombianas y los Estándares de la Corte IDH en esta Materia. En Martínez Layuno, J.J. (Edit.), *Derecho de Acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano*, Centro de Estudio de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago de Chile, 2017.
- SARMINETO, Luis Carlos, “*Caracterización de la justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica*”, Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá D.C, 2016.

Hemerografía

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, Volumen n° 24. Julio de 2010, pp. 185-205.
- ARAUJO-OÑATE, Rocío Mercedes, “Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, enero junio, 2011, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, pp. 247-291

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “Acceso A La Justicia y Debido Proceso en Colombia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, ISSN 1138-4824, N°. 3, 1999, pp. 271-318.

Legisgrafía

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución Política de Colombia*, 20 de julio de 1991.

CONGRESO DE COLOMBIA, *Ley 640 de 2001*. “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”, 24 de enero de 2001.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 426 de 2002. (MP Rodrigo Escobar Gil).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (22 de julio de 2016), sentencia 11001-02-03-000-2016-01994-00. (MP Aroldo Wilson Quirón Monsalvo).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (10 de noviembre de 2016), sentencia T 86357. (MP José Luis Barceló Camacho).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (10 de noviembre de 2016), sentencia T 88910. (MP José Luis Barceló Camacho).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (11 de agosto de 2016), sentencia T 87106. (MP José Luis Barceló Camacho).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (28 de junio de 2016), sentencia T 86357. (MP José Francisco Acuña Vizcaya).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (08 de agosto de 2014), sentencia 68001-22-13-000-2014-00336-01. (MP Ariel Salazar Ramírez).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (10 de noviembre de 2015), sentencia 08001-22-13-000-2015-00465-01 (MP Margarita Cabello Blanco).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. (15 de junio de 2016), sentencia T 66963. (MP Gerardo Botero Zuluaga).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (02 de junio de 2016), sentencia T 86002. (MP José Luis Barceló Camacho).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (06 de julio de 1992), sentencia 168. (MP Juan Manuel Torres Fresneda).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (07 de junio de 2016), sentencia T 85898. (MP José Francisco Acuña Vizcaya).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (07 de octubre de 2015b), sentencia T 81987. (MP Gustavo Enrique Malo Fernández).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (10 de septiembre de 2015), sentencia T 81861. (MP José Luis Barceló Camacho).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (15 de julio de 2015), sentencia 40552. (MP Luis Gabriel Miranda Buelvas).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (15 de marzo de 2016), sentencia T 84420. (MP Eugenio Fernández Carlier).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (18 de agosto de 2016). Sentencia 11001-02-03-000-2016-01088-00. (MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (21 de junio de 2016), sentencia T 86442. (MP José Francisco Acuña Vizcaya).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. (22 de julio de 2014a), sentencia T 74653. (MP Patricia Salazar Cuellar).

Páginas de internet

- MARABOTTO LUGARO, JORGE “*Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 2003.
Recuperado de:
<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/116AccesoalajusticiayDDHH.pdf>
- RAMÍREZ ZÁRATE, O. *La democratización del Acceso a la Justicia*. Universidad Autónoma de Colombia, Fondo de publicaciones, Facultad de Derecho, 2007.
Recuperado de:
http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/publicaciones/lademocratizacion.pdf

PROTECCIÓN JURISDICCIONAL AL DERECHO A LA IDENTIDAD

MERLY MARTÍNEZ HERNÁNDEZ*

*En “nuestra” administración de justicia la contraparte
no sólo es el demandado, sino el propio sistema.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho de identidad.* III. *Juicio vía ordinario civil, reconocimiento de paternidad.* IV. *Amparo indirecto.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La protección jurisdiccional es una tarea del Estado, la cual es exigible a través de los órganos jurisdiccionales, quienes son los encargados de administrar justicia a quien con causa justa o no, lo demande, es el derecho humano al acceso a la justicia, la tarea principal del derecho procesal es dar los mecanismos, reglas y soluciones a los conflictos para preservar el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante tesis de la Sala Civil, en cumplimiento al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concluye que además del deber de administrar justicia, la parte medular de un juicio es la tutela efectiva y la materialización de la sentencia. Es a los jueces, como garantes del proceso, que en vías de ejecución de sentencia, se cumplan con los resolutivos de sus sentencias, por lo que la protección jurisdiccional comprende tres etapas:

* Maestra en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad del Sur; Licenciada en derecho egresada de la Universidad Valle de México Campus Tuxtla; Asociada del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal; Secretaría General del Colegio de Abogados Procesalistas de Chiapas e integrante del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Contacto: abogadamerly@hotmail.com.

- ✓ Una previa al juicio, a la que corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción.
- ✓ Una judicial, a la que corresponden las garantías del debido proceso.
- ✓ Una posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquél.

En el artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual comprende tres etapas, a las que corresponden determinados derechos: (i) una previa al juicio, a la que corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción; (ii) una judicial, a la que corresponden las garantías del debido proceso; y (iii) una posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquél. Ahora bien, el derecho a la ejecución de sentencias, como parte de la última etapa, es relevante por su instrumentalidad para que la justicia administrada se convierta en una realidad, evitando que las sentencias se tornen ilusorias o terminen por negar al derecho que se había reconocido. Lo anterior se advierte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, y Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, en los que se consideró que “la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia”, sino que se requiere, además, que el Estado consagre normativamente recursos para ejecutar esas decisiones definitivas y garantice la efectividad de esos medios. Posteriormente en los casos Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú,¹ Pueblo

¹ El tema central del caso concierne a la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento respecto de dos sentencias emitidas por el Tribunal que ordenaban nivelar las

*Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Furlan y Familiares Vs. Argentina,*² y del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador,³ la Corte Interamericana de Derechos Humanos agregó que “la efectividad de las sentencias depende de su ejecución”, de modo que ésta se establece como un componente fundamental de la protección efectiva de los derechos declarados o reconocidos.⁴

II. EL DERECHO DE IDENTIDAD

El concepto de identidad es: Conjunto de los datos en virtud de los cuales se establece que una persona es verdaderamente la que se dice o la que se presume que es;⁵ registro de identificación de las personas físicas individuales sobre la base de su filiación y señas particulares, tales como:

- ✓ Nombre
- ✓ Apellido

pensiones (a partir de noviembre de 2002) y restituir los montos adeudados por dicho concepto (desde abril de 1993 hasta octubre de 2002) a los 273 miembros de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú, http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=276, consultada 28 de marzo 2019.

² El caso se refiere a la responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku., http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=206&lang=es, consultado 15 de marzo del 2019.

³ El caso se refiere al cese de los agraviados (vocales del Tribunal Constitucional) y los juicios políticos llevados a cabo en contra de algunos de estos vocales impulsados por el Congreso Nacional de Ecuador sin garantías procesales. http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=382, consultado 12 de marzo del 2019.

⁴ Tesis: 1a. CCXXXIX/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, p. 284.

⁵ Enciclopedia Jurídica, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/identidad/identidad.htm>, consultado el 01 de abril del 2019.

- ✓ Nacionalidad
- ✓ Filiación

Al referirnos a la identidad como un derecho conlleva una obligación para el Estado, quien deberá prever las herramientas necesarias para garantizar que todos los ciudadanos puedan ser identificados y por lo tanto individualizados, por lo que a través de las oficinas del Registro Civil de cada entidad, municipal o estatal, se expedirán actas de nacimiento, con fundamento en las normas civiles de cada Estado, por ejemplo:

Artículo 56.- El Estado garantizara el derecho a la identidad a través del registro de nacimiento universal, gratuito y obligatorio, en los términos del presente código.⁶

Sin embargo, el caso que analizaremos en la presente investigación es el siguiente conflicto, aclarando que se hace referencia a las partes únicamente por las iniciales de su nombre, por protección a su datos personales y la de su familia:

La señora E.C.V. acudió al despacho Jurídico Lazcano, Martínez y Asociados⁷ y planteo su problema: procreo un hijo con una persona de nombre J.J.M.L. que no quería reconocerlo, su capacidad económica era limitada, ya que su ingresos mensuales eran aproximadamente de \$4,000.00, laboraba como enfermera, al nacer su hijo J.J.C.V. se le diagnosticó: parálisis cerebral leve, espasticidad motora izquierda, pie equino izquierdo y que amerita rehabilitación, por lo que se inició demanda ordinaria civil, reconocimiento de paternidad, derecho regulado en el Código Civil, por ejemplo:

6 Código Civil del Estado de Chiapas, <http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/4daecodigo-civil-para-el-estado-de-chiapas-%281%29.pdf>, consultado 30 de marzo del 2019.

⁷ Despacho Jurídico Lazcano, Martínez y Asociados, Boulevard Presa Angostura número 215-12, Fraccionamiento Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, CP. 29040. Teléfono y fax +52 (01 961) 6142659. Fb: @LazcanoM Asoc.

“...Artículo 55.- Reconocimiento de hijo El reconocimiento de un hijo en los términos de los artículos 106, 107 y 108, produce el efecto de otorgar al reconocido, el derecho al uso de los apellidos correspondientes...”⁸

“...Artículo 355.- La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad...”⁹

III. JUICIO VÍA ORDINARIO CIVIL, RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD

Una vez claras las pretensiones¹⁰ de la actora, se redactó demanda ordinaria civil, juicio de paternidad, contra el padre del menor, ella vive en Tuxtla Gutiérrez, Chiapas y el deudor alimentario en diverso municipio, Arriaga, Chiapas, por lo que se solicitó que mediante exhorto se realizara la diligencia de emplazamiento, sin embargo la demanda no fue admitida, en base a los siguientes criterios:

“...La suscrita Segunda Secretaria de Acuerdos, siendo las 13:15 trece horas con quince minutos del 08 ocho de Abril del año en curso, con fundamento en el artículo 66 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado, da cuenta a la Titular

⁸ Código civil para el estado de Tabasco, http://www.icnl.org/research/library/files/Mexico/Tabasco_Codigo_Civil_2011.pdf, consultado 02 de abril del 2019.

⁹ Código Civil del Estado de Chiapas, <http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/4daecodigo-civil-para-el-estado-de-chiapas-%281%29.pdf>, consultado 30 de marzo del 2019.

¹⁰ a) El pago de una pensión alimenticia provisional y definitiva en los términos del artículo 307 del Código Civil para el Estado de Chiapas; b) El reconocimiento de paternidad, y c) el pago de gastos y costas, consultado demanda ordinario civil el 15 de abril del 2019.

de este juzgado de la promoción presentada por E.C.V, el día 07 siete de Abril del año en curso, a las 13:15 trece horas con quince minutos.

DOY

FE.

JUZGADO PRIMERO FAMILIAR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUXTLA.- Tuxtla Gutierrez, Chiapas; a 09 nueve de Abril de 2010 dos mil diez.

--- Por presentada E.C.V, en los términos de su escrito recibido el día 07 siete de Abril del año en curso, en atención a su contenido y por cuanto de las prestaciones I, II del escrito de cuenta se advierte que la acción que pretende es el pago de pensión alimenticia y el reconocimiento de paternidad del menor J.J.C.V., en contra de J.J.M.L., quien tiene su domicilio ubicado en CALLE * NORTE NUMERO *** EN LA CIUDAD DE ARRIAGA, CHIAPAS, en consecuencia y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2 del Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Estado, se le da entrada a la demanda en la vía ORDINARIA CIVIL (RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD), toda vez que la pensión alimenticia que requiere depende de la resolución que emita la juez respecto al reconocimiento de paternidad.

----- En consecuencia, fórmese expediente y regístrese en el Libro de Gobierno y estadística de esta Juzgado.

----- Visto el escrito de cuenta y por cuanto se advierte que el domicilio del demandado, se encuentra fuera de este Distrito Judicial, y por cuanto se trata de una acción personal y con fundamento en el artículo 158 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles Vigente en Estado, este Juzgado es incompetente para conocer del presente juicio, por lo que se ordena archivar el presente expediente como asunto CONCLUIDO.

----- Se tiene como domicilio para oír y recibir toda clase de

notificaciones el que precisa en su escrito de cuenta y por autorizados para los mismos efectos y para recibir documentos a los que indica en su escrito
----- *Hágase la devolución de los documentos exhibidos a la parte interesada, previas copias fotostáticas, identificación y razón de recibo que otorgue en autos.*
----- *Con fundamento en los artículos 45 fracción II, y 112 del Reglamento Interno del Poder Judicial, remítase las presentes actuaciones al Archivo Judicial dependiente de la Oficialia Mayor del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado.*
- - - *Hágase la anotación correspondiente en el Libro Gobierno del Juzgado.-*
- - - *Se manda a agregar a los presentes autos los documentos originales exhibidos para que obren como correspondan.*
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.
----- *Lo proveyó y firma la Licenciada *****, Juez Primero Familiar de este Distrito Judicial, ante la Ciudadana *****, Segunda Secretaria de Acuerdos con quien actúa y da fe...”*

El criterio de la juzgadora de primera instancia era incorrecto, toda vez que omitió aplicar el INTERES SUPERIOR DEL NIÑO,¹¹ principio fundamental de privilegiar la

¹¹ **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.** En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes. Localización: Novena Época. Registro: 172003. Instancia:

actuación estatal en protección y tutela del interés superior del niño, respecto de la acción de alimentos en favor de los menores, la competencia corresponde al Juez del lugar de residencia de ellos como acreedores alimentarios, para facilitarles el ejercicio de ese derecho.

Los agravios expresados contra el auto de 9 de abril del 2010 fueron los siguientes:

A G R A V I O S

1. *La Jueza de primera instancia aplica incorrectamente el artículo 158, fracción IV del Código de Procedimientos Civiles, al declararse incompetente para conocer del asunto, YA QUE DEBIÓ ADMITIR LA DEMANDA por las prestaciones que se reclaman, porque la competencia se considera a elección del actor, y tal como presupuesto procesal es de orden público.*
2. *Afirmando sin conceder, en su caso la Jueza de primera instancia debió de prevenir para que se indicará cuál era el domicilio del actor, que es el ubicado primero *****, y posteriormente admitir la demanda, en su caso.*
3. *Sin embargo, la A quo debió admitir la demanda ya que las pretensiones que se reclaman tiene una tratamiento especial en el numeral invocado al tratarse de alimentos, ante esta situación la elección del órgano jurisdiccional competente del actor es la de su domicilio y no el demandado, lo cual es obvio por la clase de reclamación.*
4. *Si bien es cierto se hace valer simultáneamente las pretensiones de investigación de la paternidad y de alimentos, y*

que de prosperar la primera, ya existe base legal para condenar también al pago de alimentos. Independientemente de la procedencia procesal de la instauración de dos pretensiones, una de las cuales depende del resultado de la otra, pero las cuales deben ser resueltas en una sola sentencia y no en dos juicios sucesivos, puesto que a la postre es innegable que prosperaría la pretensión de pago de alimentos que se intentara y el tiempo en que se tramitara ese juicio no disfrutarían el niño de los alimentos a que tienen derecho, siendo que los alimentos de los menores son de interés público.

5. *La pretensión especial y privilegiada de alimentos a favor de los niños, excluye a la regla general que para los casos del reconocimiento de paternidad.*

6. *Además, la Jueza de primera instancia deja de aplicar, correspondiente al caso concreto, el numeral 31 del Código de Procedimientos Civiles que constriñe al actor, que cuando éste tenga varias pretensiones contra una misma persona, respecto de la misma causa, al deber de reclamarlas en una sola demanda; y sanciona, inclusive, por el ejercicio de una o más, quedan extinguidas las otras.*

7. *Tanto el reconocimiento de paternidad como los alimentos, se generan por la misma causa, y contra la misma persona.*

8. *Nada tiene que ver el fundamento del artículo 2 del Código multicitado, para desechar la demanda que se refiere a la máxima: “Dime los hechos y te diré el derecho”.*

Podemos subrayar que los jueces están obligados a resolver continuamente los procesos que se presentan ante ellos que resuelven por cuestiones de forma y no de

fondo, principios versus reglas,¹² continuando con la figura de inquisidores o positivistas,¹³ cuando actualmente se intenta humanizar a la normas, privilegiando la solución del conflicto, que verdaderamente las personas que acuden ante una instancia jurisdiccional tenga una sentencia y sea materializada, en esta lógica, tenemos la reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁴

La apelación fue admitida en ambos efectos¹⁵ por las autoridades de ambas instancias y se dictó sentencia MODIFICANDO el auto impugnado, dando lugar a la admisión de la demanda y el emplazamiento del demandado.

Una vez contestada la demanda en tiempo y forma,¹⁶ el demandado negó la filiación que le une con el menor J.J.C.V. y opuso la excepción¹⁷ de falta de acción y derecho,

¹² “...Esta posición es defendida, por ejemplo, también por BOBBIO: “A favor de esta teoría pueden adoptarse dos argumentos, que aparecen difícilmente refutables: 1) la mayor parte de las veces los principios generales se extraen por sucesivas generalizaciones de normas particulares, y no puede saberse como, llegada a un cierto grado de generalización, la norma cambia de naturaleza y deja de ser una norma para ser otra cosa; 2) incluso admitiendo que hayan principios generales que no se extraigan de normas particulares a través de un procedimiento de generalización sino que aparezcan directamente en su caudal general, la función a que sirven es siempre la de proporcionar, prescripciones, esto es modelos de conducta, a los operadores jurídicos, su función no es distinta de la que aportarían las normas particulares...” POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*, Palestra Editores S.A.C., Perú, 2011, p. 76.

¹³ “...Iuspositivismo indica ideología, es decir, una determinada toma de posición frente a la realidad: por la cual el Derecho, en cuanto tal, es justo y tiene fuerza obligatoria...”. *Ibidem*, p. 12.

¹⁴ “...Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales...” artículo 17, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁵ Artículo 669, tercer párrafo, Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas: “...La apelación admitida en ambos efectos suspende desde luego la ejecución de la sentencia, hasta que cause ejecutoria...”

¹⁶ “...Presentada la demanda con los documentos y copias prevenidas, se correrá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará para que contesten dentro del término de nueve días...” Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas, artículo 269.

¹⁷ “...Las excepciones son oposiciones que no desconocen o niegan la existencia de la razón o de los hechos y derechos en los que el actor pretende fundamentar su demanda, sino que le contraponen nuevos y diferentes hechos y/o derechos, suficientes para excluir, desvirtuar o postergar, los efectos jurídicos pretendidos por el actor. Oposición que va más allá de la simple

por lo que al fijarse la litis¹⁸ se apertura la fase probatoria, en el que se admitieron las siguientes probanzas de cada parte, insertando el auto:

La suscrita Segunda Secretaria de Acuerdos del Juzgado Primero Familiar de este Distrito Judicial, siendo las 08:35 ocho horas con treinta y cinco minutos del 08 ocho de Junio del año 2011 dos mil once, con fundamento en el artículo 66 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado, da cuenta al Titular de éste Juzgado del escrito presentado por J.J.M.L, de fecha 07 siete de Junio del año en curso, a las 23:17 veintitrés horas con diecisiete minutos. DOY FE.

JUZGADO PRIMERO DE LO FAMILIAR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUXTLA. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas; a 10 diez de Junio del 2011 dos mil once.

- - - Por presentado J.J.M.L, en los términos de su escrito fechado el 06 seis y recibido el 07 siete de Junio del año en curso, por medio del cual viene a dar contestación a la demanda instaurada en su contra, misma que en atención al cómputo secretarial asentado en autos, se le tiene por contestada en tiempo. Se tiene por ofrecidas las pruebas mismas que se admitirán en el momento procesal oportuno. Por opuestas las Excepciones que hace valer, mismas que con fundamento en el artículo 274 del Código Procesal Civil vigente en el Estado, se decidirá en la definitiva.

- - - Se deja de señalar fecha y hora para la Audiencia de conciliación que refiere el párrafo II del artículo 280 Bis del

negación o desconocimiento de la razón o fundamento en el que el demandante apoya su pretensión...”. GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Sexta Edición, Oxford University Press Harla, México, 1998, p. 60.

¹⁸ “...De la fijación de la litis. En la contestación de la demanda la parte debe referirse a cada uno de los hechos aducidos por la contraria, confesándolos o negándolos. El silencio y las evasivas harán que se tengan por confesados o admitidos los hechos sobre los que no se suscitó controversia...” Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas, artículo, 278.

Código de Procedimientos Civiles Reformado del Estado, toda vez que la actora fue omisa en expresar su voluntad para llevar a cabo la Audiencia de Conciliación que marca el numeral en comento, por lo que se entiende que se opone a la misma.

- - - Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 298 del Ordenamiento Legal en cita, que dice.... Las Partes deberán ofrecer sus pruebas en los escritos de demanda, contestación de demanda o Reconvención, después de ello, ninguna prueba será admitida..., por lo que este órgano jurisdiccional procede a dictar
AUTO DE ADMISION DE PRUEBAS.

- - - POR LA PARTE DE LA ACTORA E.C.V., SE ADMITEN LAS SIGUIENTES PRUEBAS:

- - - CONFESIONAL, a cargo de la parte demandada J.J.M.L.

- - - LAS DOCUMENTALES PUBLICAS: Que refiere en su escrito inicial de demanda de fecha 07 siete de abril del 2010 dos mil diez.

- - - LA PERICIAL EN MATERIA DE GENETICA (ADN), que refiere en el capítulo de pruebas del escrito inicial demanda de fecha 07 siete de abril del 2010 dos mil diez.

- - - TESTIMONIALES: a cargo de J.C.L. y D.C.P.

- - - INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, en todo lo que favorezca a la oferente de la prueba.

- - - PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA, en todo lo que favorezca a la oferente de la prueba.

- - - POR PARTE DE LA DEMANDADA, J.J.M.L, SE ADMITEN LAS SIGUIENTES PRUEBAS:

- - - CONFESIONAL, a cargo de la parte actora E.C.V.

- - - PRESUNCIONAL EN SU DOBLE ASPECTO LEGAL Y HUMANA, en todo lo que favorezca al oferente de la prueba.

- - - INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, en todo lo que favorezca al oferente de la prueba.

- - - Por cuanto el estado procesal de autos, lo permite con fundamento en lo dispuesto por el artículo 307 de la Ley Adjetiva Civil Vigente en la Entidad, se procede a abrir el periodo de Desahogo de Pruebas por el termino de 30 Treinta Días Hábiles, se ordena asentar el computo respectivo, para los efectos legales correspondientes.

- - - POR PARTE DE LA ACTORA; E.C.V., por no ser contrarias a la moral y al derecho, se califican de legales y se admiten las siguientes pruebas;

- - - LA CONFESIONAL: a cargo del demandado J.J.M.L., se señalan las 12:30 DOCE HORAS CON TREINTA MINUTOS DEL 08 OCHO DE AGOSTO DE 2011 DOS MIL ONCE, para que tenga verificativo, se ordena al Actuario Judicial, proceda a notificarle en forma personal a la citada parte demandada en el domicilio que tiene proporcionado en autos, para que comparezca a absolver posiciones, apercibido que de no comparecer sin justa causa, previa petición de parte, será declarado confeso de las posiciones que se articulen y se califiquen de legales.

- - - LAS DOCUMENTALES PUBLICAS.- Mismas que se desahogaran por su propia y especial naturaleza.

- - - LA PERICIAL EN MATERIA DE GENETICA (ADN), que refiere el escrito inicial de demanda de fecha 07 siete de abril del 2010 dos mil diez, se le dice a la ocursoante que no ha lugar a girar oficio al DEPARTAMENTO DE GENETICA FORENSE, lo anterior en virtud que dichos peritos únicamente son auxiliares en la administración de Justicia, cuando son designados como peritos terceros en discordia o en rebeldía por lo que se le previene a la actora para que dentro del término de 03 TRES días siguientes al en que sea legalmente notificada, designe perito de su parte.

Apercibida que de no hacerlo se dejará de desahogar dicha

probanza.

- - - LA TESTIMONIAL; a cargo de J.C.L.Y D.C.P, se señalan las 13:30 TRECE HORAS CON TREINTA MINUTOS DEL 08 OCHO DE AGOSTO DE 2011 DOS MIL ONCE, mismos que deberán ser presentados por la oferente de la prueba debidamente identificados a satisfacción de este juzgado, en la fecha y hora señalada, con cualquiera de los siguientes medios de identificación (credencial de elector, cédula profesional, licencia de manejo, cartilla militar, pasaporte).

- - - Ahora bien, respecto a la INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, la cual se encuentra admitida en la primera parte del presente proveído, esta se le tiene por desahogada atendiendo a su propia y especial naturaleza.

- - - Respecto a la PRESUNCIONAL EN SU DOBLE ASPECTO LEGAL Y HUMANA la cual se encuentra admitida en la primera parte del presente proveído, esta se le tiene por desahogada atendiendo a su propia y especial naturaleza.

- - - POR PARTE DE LA DEMANDADA, J.J.M.L, por no ser contrarias a la moral y al derecho, se califican de legales y se admiten las siguientes pruebas:

- - - LA CONFESIONAL: a cargo de la actora E.C.V., se señalan las 12:30 DOCE HORAS CON TREINTA MINUTOS DEL 09 NUEVE DE AGOSTO DE 2011 DOS MIL ONCE, para que tenga verificativo, se ordena al Actuario Judicial, proceda a notificarle en forma personal a la citada parte actora en el domicilio que tiene proporcionado en autos, para que comparezca a absolver posiciones, apercibida que de no comparecer sin justa causa, previa petición de parte, será declarada confesa de las posiciones que se articulen y se califiquen de legales.

- - - Respecto a la PRESUNCIONAL EN SU DOBLE ASPECTO

LEGAL Y HUMANA, la cual se encuentra admitida en la primera parte del presente proveído, esta se le tiene por desahogada atendiendo a su propia y especial naturaleza.

- - - Ahora bien, respecto a la INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, la cual se encuentra admitida en la primera parte del presente proveído, esta se le tiene por desahogada atendiendo a su propia y especial naturaleza.

*- - - Se tiene como domicilio de la demandada para oír y recibir toda clase de notificaciones, el domicilio ubicado en ***** ESTA CIUDAD y como autorizado para tales efectos, así como para recibir documentos al profesionista que indica en su escrito de contestación de demanda.*

- - - Respecto al mandato que otorga a favor del Licenciado L.G.M.O, se le dice al promovente, que primeramente deberá comparecer debidamente identificado ya sea con credencial de elector, cédula profesional, licencia de conducir o pasaporte, en día y hora hábil, ante el despacho de este Juzgado a ratificar su escrito de cuenta, hecho que sea, el profesionista de referencia deberá apersonarse ante este Órgano Jurisdiccional, para los efectos de la aceptación, protesta y discernimiento del cargo conferido en su persona, debiendo exhibir Cédula Profesional y copia fotostática de la misma; cumplido lo anterior, téngase como MANDATARIO JUDICIAL en términos del artículo 2560 y 2561 del Código Civil, de la parte demandada al Licenciado L.G.M.O.

- - - Notifíquese y Cúmplase.

*- - - Proveído y firmado por la Licenciada *****, Jueza Primero Familiar de este Distrito Judicial, asistida de la Segunda Secretaria de Acuerdos Licenciada *****, con quien actúa y da fe.*

Del análisis del auto de admisión de pruebas en el año 2011 podemos percibir la actitud desinteresada de la juzgadora familiar en la que previene a la actora para ofrecer perito en materia de genética (ADN), con el desechamiento de dicha prueba, siendo esta la única e idónea para acreditar la compatibilidad de genes existentes entre el menor y el demandado, sin tomar en cuenta el estado de vulnerabilidad de la parte actora; ya que se solicitó al juzgador familiar que girará oficio a dependencia de gobierno para efectos de designar perito y estos sufraguen los gastos de su desahogo, ya que el costo es elevado, oscila desde los \$10,000.000 hasta los \$50,000.00, siendo imposible para la actora costear dicha prueba.

Con el objetivo de solucionar la paternidad demandada se promovió se tenga como PERITO a la Química Farmacobióloga QSB K.L.G., con Cédula Profesional ***** como perito en Genética Molecular, con domicilio en *****, Sin embargo dicha profesionista manifestó el costo de su honorarios y gastos que la prueba genera para la obtención de muestras y lograr el resultado.

Sin embargo se presentó promoción el 16 de agosto del 2011 en el que se solicitó a la juzgadora en materia familiar tomará en cuenta las condiciones de la actora, quien manifestó a través de su mandatario judicial y bajo protesta de decir verdad, que no contaba con el recurso económico para pagar la prueba de ADN, además se aclaró que sus abogados no estaban realizando ningún cobro por concepto de honorarios, que era un acto de humanidad ya que la actora había sido asesorada con anterioridad por defensores de oficio, sin haber logrado satisfacer sus pretensiones, en consecuencia se pide gire atento oficio al Consejo de la Judicatura del Estado, para que el fondo de Administración de Justicia, pague la prueba de ADN, lo que se acordó positivamente.

Durante la fase procesal se lograron desahogar las siguientes probanzas de cada parte:

- ✓ CONFESIONAL A CARGO DE LA PARTE DEMANDA, del cual se inserta el auto de su desahogo:

- - - CONFESIONAL A CARGO DE LA PARTE DEMANDA.-
*En la Ciudad de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, siendo las 12:30 doce horas con treinta minutos del 08 ocho de agosto del año 2011 dos mil once, fecha y hora señalada en autos para que tenga verificativo el desahogo de la prueba confesional ofrecida por la parte ACTORA; estando en Audiencia Pública la Licenciada ***** Jueza Primero de lo Familiar de éste Distrito Judicial, asistida de la Licenciada *****, Segunda Secretaria de Acuerdos con quién actúa y da fe; con la comparecencia del absolvente J.J.M.L., quien se identifica con credencial para votar con número de folio reverso *****, expedida por el Instituto Federal Electoral, de la cual deja copia simple para que obre en autos, a la cual se proceden tomar sus generales quien dijo llamarse como ha quedado escrito, de 46 cuarenta y seis años de edad, Ingeniero Civil, de grado máximo de Universidad, de estado civil casado, originario y vecino de Arriaga, Chiapas, con domicilio *****, de religión Católica, no padece ninguna incapacidad, no tiene adicciones, ni antecedentes penales.*
- - Seguidamente la Segunda Secretaria de Acuerdos da cuenta a la suscrita Juez de la promoción pendiente por acordar, misma que al efecto se provee:
- - - Por presentada E.C.V., en los términos de su escrito recibido el día de hoy, en atención a su contenido, se tiene por exhibido un sobre cerrado que dice contener pliego de posiciones que deberá absolver en forma personal y directa J.J.M.L., mismo que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 300 del Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Estado, mismo que se deja de guardar en el secreto del juzgado por ser la presente audiencia el desahogo de la citada probanza. -NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.
---- Acto seguido la suscrita Jueza, trae el sobre cerrado que dice contener pliego de posiciones, que fue exhibido por la parte ACTORA del que se da cuenta que no presenta huellas visibles de haber sido violado o alterado en su contenido,

procediendo a la apertura y calificación del mismo y dando fe la Secretaria de Acuerdos que el mismo contiene 19 DIECINUEVE posiciones, calificadas de legales TODAS Y CADA UNA de las posiciones por ser hechos propios del absolvente, con excepción de las posiciones números 8 y 9 por ser imprecisas, ello con fundamento en el artículo 318 del ordenamiento legal antes citado.

- - - Para efecto de dar cumplimiento al artículo 320 del Código Adjetivo Civil vigente en el Estado a continuación, se le hace del conocimiento de la absolvente que deberá contestar de manera categórica afirmando o negando cada posición calificada de legal, apercibido que de no hacerlo o de contestar con evasivas se tendrá por confeso de la posición que se le esté articulando, pudiendo inmediatamente agregar lo que estime pertinente de manera breve después de cada respuesta. Por lo que seguidamente se procede a transcribir las posiciones calificadas de legales.

--- 1.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE USTED CONOCE A LA C. E.C.V. Contesta.- SI ES CIERTO, SI LA CONOZCO.

--- 2.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE USTED TUVO UNA RELACIÓN SENTIMENTAL CON LA C.E.C.V.. Contesta.- NO ES CIERTO.

--- 3.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE TUVO RELACIONES SEXUALES CON LA C. E.C.V. Contesta.- NO ES CIERTO.

--- 4.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE USTED PROCREÓ UN HIJO CON LA C. E.C.V. Contesta.- NO ES CIERTO, LO DESCONOZCO.

--- 5.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE USTED PROCREÓ UN HIJO CON LA C. E.C.V. EL 24 DE MARZO DE 1997. Contesta.- NO ES CIERTO.

--- 6.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE USTED PROCREÓ UN HIJO CON LA C. E.C.V. EL 24 DE MARZO DE 1997, DE NOMBRE J.J.C.V. Contesta.- NO ES CIERTO.

--- 7.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE

USTED OMITIÓ RECONOCER A SU HIJO J.J.C.V. Contesta.- SI ES CIERTO,
PORQUE NO ES MI HIJO.

--- 10.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE
USTED CONOCE LA CONDICIÓN FÍSICA Y MENTAL DE SU HIJO J.J.C.V..

Contesta.- SI ES CIERTO.

--- 11.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE
USTED TIENE CONOCIMIENTO QUE SU HIJO J.J.C.V. PADECE DE
PARÁLISIS CEREBRAL INFANTIL LEVE. Contesta.- SI ES CIERTO, PORQUE
SE QUE TIENE PARALISIS PERO AQUÍ NO ESTOY AFIRMANDO QUE SEA
MI HIJO.

--- 12.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE
USTED TIENE CONOCIMIENTO QUE SU HIJO J.J.C.V. PADECE PARÁLISIS
CEREBRAL INFANTIL LEVE, ESPASTICIDAD MOTORA IZQUIERDA.

Contesta.- NO ES CIERTO, NO LO SE.

--- 13.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE
USTED TIENE CONOCIMIENTO QUE SU HIJO J.J.C.V. PADECE PARÁLISIS
CEREBRAL INFANTIL LEVE, ESPASTICIDAD MOTORA IZQUIERDA Y PIE
ESQUINO IZQUIERDO. Contesta.- NO ES CIERTO, NO LO DESCONOZCO.

--- 14.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE
USTED TIENE CONOCIMIENTO QUE SU HIJO J.J.C.V.

REQUIERE REHABILITACIÓN FÍSICA. Contesta.- NO ES CIERTO, LO
DESCONOZCO.

--- 15.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE
USTED HA OMITIDO PROPORCIONAR ALIMENTOS SU HIJO J.J.C.V.

Contesta.- SI ES CIERTO, PORQUE DESCONOZCO QUE ES MI HIJO.

--- 16.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE
USTED ES PROFESIONISTA. Contesta.- SI ES CIERTO.

--- 17.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE
USTED ES ARQUITECTO. Contesta.- NO ES CIERTO, NO SOY ARQUITECTO,
SOY INGENIERO.

--- 18.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE USTED CUENTA CON INGRESOS PROPIOS. Contesta.- NO ES CIERTO, PORQUE YO DEPENDO DE ALGUIEN QUE ME PAGA A MÍ.

--- 19.- QUE DIGA EL ABSOLVENTE SI ES CIERTO COMO LO ES QUE USTED CUENTA CON INGRESOS PROPIOS SUFICIENTES PARA CUMPLIR CON SU OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS A SU J.J.C.V. Contesta.- NO ES CIERTO.

- - - Se termina el desahogo de la prueba confesional a cargo de la parte actora, siendo las 13:28 trece horas con veintiocho minutos del día de su inicio, leída que fue a los que en ella intervienen, la ratifican en sus partes y firman para constancia.- DOY FE.

✓ **TESTIMONIAL OFRECIDA POR LA PARTE ACTORA**, del cual se inserta el auto de su desahogo:

*TESTIMONIAL (ORDINARIO CIVIL).- En la Ciudad de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, siendo las 13:30 trece horas con treinta minutos del 08 ocho de agosto del año 2011 dos mil once, fecha y hora señalada en autos para que tenga verificativo el desahogo de la prueba Testimonial ofrecida por la parte ACTORA; estando en Audiencia Pública la Licenciada *****, Jueza Primero de lo Familiar de éste Distrito Judicial, asistida de la Licenciada *****, Segunda Secretaria de Acuerdos con quién actúa y da fe; con la asistencia de la parte Actora E.C.V., quien se identifica con su credencial para votar con número de folio horizontal *****, expedida por el Instituto Federal Electoral y de la cual deja copia simple para que obre en autos como le corresponda, al cual se procede a tomar sus generales; manifestando llamarse como ha quedado escrito, ser de 43 cuarenta y tres años de edad, soltera, de ocupación Enfermera, grado máximo de estudios de Licenciatura en Enfermería en General, originaria de Pichucalco, Chiapas y vecina de ésta ciudad, con domicilio *****, de religión cristiana, no padece ninguna incapacidad, no tiene adicciones, ni antecedentes penales.*

- - - Manifestando en éste acto la parte Actora que es su voluntad otorgar Mandato a favor del Licenciado J.C.C.M, mismo que se identifica con su cédula profesional número *****, expedida por la Dirección General de Profesiones dependiente de la Secretaría de Educación Pública, de la cual deja copia simple en autos, acto seguido se procede a tomar sus generales, manifestando llamarse como ha quedado escrito, ser de 32 treinta y dos años de edad, casado, Abogado postulante, grado máximo de estudios de Licenciatura en Derecho, con domicilio para oír y recibir notificaciones en *****, de ésta Ciudad. Concedido el uso de la voz manifiesta que acepta el cargo conferido en su persona, solicitando se le discierna del mismo; en mérito a lo anterior, la suscrita Jueza manifiesta que se tiene por aceptado el cargo de mandatario judicial de la parte Actora; cumplido lo anterior, téngase como MANDATARIO JUDICIAL en términos del artículo 2560 del Código Civil, de la parte Actora al Licenciado J.C.C.M.

- - - La suscrita segunda secretaria de acuerdos, da cuenta, a la titular del Juzgado, de la promoción pendiente por acordar, la cual se acuerda en los siguientes términos:

- - - Por presentada E.C.V., con su escrito fechado y recibido el día de hoy; visto el contenido de la promoción presentada, al efecto se acuerda, téngase como nuevos testigos a S.N.C.V. y T.N.D., en sustitución de J.C.L. y D.C.P., quedando obligada la oferente de la prueba de presentarlas debidamente identificadas a satisfacción de esta autoridad, en ésta audiencia por ser el desahogo de la citada prueba. -NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. - - - Seguidamente el Mandatario Judicial del actor presenta a sus testigos S.N.C.V. y T.N.D., el primero se identifica con sus credenciales para votar con números de folios reversos ***** y *****, expedidas por el Instituto Federal Electoral, de la cual se deja copias simples en autos para constancia.

- - - Acto seguido, se procede a tomarle la protesta de ley a los testigos, haciéndoles saber de las penas en que incurrir los falsos declarantes y bien impuestas manifiestan que se conducirán con la verdad y dirán únicamente los hechos que les conste, acto continuo se procede a separar a los testigos.

- - - Quedando en esta acto la primera de las mencionadas, retirándose al segundo a una distancia prudente para que no escuche; quien por sus generales dijo llamarse como ha quedado escrito, ser de 24 veinticuatro años de edad, soltera, ama de casa,

originaria y vecina de la ciudad de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, con domicilio *****, de religión cristiana, no padece ninguna incapacidad, no tiene adicciones, ni antecedentes penales.

- - - A preguntas especiales el testigo responde: que Si tiene parentesco con su presentante (es mi madre), que no tiene interés directo ni indirecto en el presente juicio, que no depende económicamente de su presentante, que no tiene establecido negocio o sociedad alguna con su presentante; por lo que no le asisten las demás excepciones de Ley. ---- Seguidamente el *Mandatario Judicial de la parte Actora del presente juicio procede a realizar las preguntas a su testigo.*

- - - 1.- *QUE DIGA EL TESTIGO SI CONOCE AL C. J.J.M.L.- Contesta.- SI.*

- - - 2.- *QUE DIGA EL TESTIGO SI CONOCE A LA C. E.C.V.- Contesta.- SI.*

- - - 3.- *QUE DIGA EL TESTIGO DESDE CUANDO CONOCE AL C. J.J.M.L.- Contesta.- DESDE QUE TENÍA CINCO AÑOS.*

- - - 4.- *QUE DIGA EL TESTIGO DESDE CUANDO CONOCE A LA C. E.C.V.- Contesta.- DESDE QUE TENGO USO DE RAZÓN POR ES MI MAMÁ.*

- - - 5.- *QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ CONOCE AL C. J.J.M.L.- Contesta.- PORQUE EL LLEGABA A INVITARLA A EULALIA CANTORAL SALIR A COMER O CENAR ALLÁ EN LA CIUDAD DE ARRIAGA, CHIAPAS.*

- - - 6.- *QUE DIGA EL TESTIGO PORQUE CONOCE A E.C.V.- Contesta.- PORQUE ES MI MAMÁ Y EN ESE ENTONCES VIVÍA YO CON ELLA.*

- - - 7.- *QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA QUE RELACIÓN TIENEN O HAN TENIDO LOS CC. J.J.M.L. Y E.C.V.- Contesta.- TENÍAN UNA RELACIÓN DE PAREJA.*

- - - 8.- *QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA SI LOS CC. J.J.M.L. Y E.C.V. PROCREARON UN HIJO.- Contesta.- SI.*

- - - 9.- *QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SI SABE Y LE CONSTA QUE LOS CC. J.J.M.L. Y E.C.V. PROCREARON UN HIJO.- Contesta.- PORQUE YO VI CUANDO MI MAMÁ PUES ESTABA EMBARAZADA.*

- - - 10.- *QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA COMO SE LLAMA EL HIJO DE LOS CC. J.J.M.L. Y E.C.V.- Contesta.- J.J.C.V.*

--- 11.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SI SABE Y LE CONSTA CUÁL FUE LA REACCIÓN DEL C. J.J.M.L. CUANDO SUPO QUE TENDRÍA UN HIJO CON LA C. E.C.V.- Contesta.- FELICIDAD.

--- 12.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SABE Y LE CONSTA CUÁL FUE LA REACCIÓN DEL C. J.J.M.L. CUANDO SUPO QUE TENDRÍA UN HIJO CON LA C. E.C.V.- Contesta.- PORQUE YO ESTABA AHÍ CUANDO EL SE ENTERÓ.

--- 13.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA QUE ACTITUD TIENE EL C. J.J.M.L. RESPECTO DE SU HIJO J.J.C.V.- Contesta.- DESINTERÉS.

--- 14.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SABE Y LE CONSTA QUE ACTITUD TIENE EL C. J.J.M.L. RESPECTO DE SU HIJO J.J.C.V.- Contesta.- PORQUE YO VEO COMO EL NO LE IMPORTA LO QUE A SU HIJO LE PASE.

--- 15.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA CUÁL ES LA POSTURA QUE TIENE EL C. J.J.M.L. RESPECTO DE SU HIJO J.J.C.V.- Contesta.- NO LO QUIERE RECONOCER COMO TAL COMO SU HIJO NI SIQUIERA LE LLAMA Y NO LE INTERESA.

--- 16.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA CÓMO ES LA RELACIÓN DEL C. J.J.M.L. CON SU HIJO J.J.C.V.- Contesta.- PUES NINGUNA PORQUE EL PAPÁ NO LO BUSCA Y NO LE HABLA. ---

17.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SABE Y LE CONSTA COMO ES LA RELACIÓN DEL C. J.J.M.L. CON SU HIJO J.J.C.V.- Contesta.- PORQUE YO ESTOY PRESENTE EN LA RELACIÓN QUE QUIERE LLEVAR CON ÉL CON SU HIJO.

--- 18.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA SI EL C. J.J.M.L. CUMPLE CON SU OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLE ALIMENTOS A SU HIJO J.J.C.V.- Contesta.- NO CUMPLE CON SU OBLIGACIÓN.

--- 19.- QUE EL TESTIGO DIGA EN QUE FUNDA LA RAZON DE SU DICHO.- Contesta.- PORQUE YO ESTADO PRESENTE EN TODOS LOS MOMENTOS EN QUE SE LE HA PEDIDO APOYO Y EL NO LO HA QUERIDO DAR.

--- Seguidamente se hace pasar a la Segunda de los mencionados, quien por sus generales dijo llamarse como ha quedado escrito, ser de 48 cuarenta y ocho años de

edad, casada, Enfermera, de máximo grado de estudios Secundaria terminada, originaria de Chilón, Chiapas, y vecina de ésta ciudad con domicilio *****, de religión católica, no padece ninguna incapacidad, no tiene adicciones, ni antecedentes penales.

- - - A preguntas especiales el testigo responde: que No tiene parentesco con su presentante, que no tiene interés directo ni indirecto en el presente juicio, que no depende económicamente de su presentante, que no tiene establecido negocio o sociedad alguna con su presentante; por lo que no le asisten las demás excepciones de Ley.

---- Seguidamente el Mandatario Judicial procede a realizar las preguntas a su testigo.

- - - 1.- QUE DIGA EL TESTIGO SI CONOCE AL C. J.J.M.L.- Contesta.- SI.

--- 2.- QUE DIGA EL TESTIGO SI CONOCE A LA C. E.C.V.- Contesta.- ASÍ ES.

- - - 3.- QUE DIGA EL TESTIGO DESDE CUANDO CONOCE AL C. J.J.M.L.- Contesta.- DESDE EL 93 NOVENTA Y TRES.

- - - 4.- QUE DIGA EL TESTIGO DESDE CUANDO CONOCE A LA C. E.C.V.- Contesta.- UUU! YA TIENE.

- - - 5.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ CONOCE AL C. J.J.M.L.- Contesta.- PORQUE EL LLEGABA MUCHO, COMO NOS CONOCEMOS CON E. AHÍ ERA CUANDO J.J. LLEGABA A SU CASA.

- - - 6.- QUE DIGA EL TESTIGO PORQUE CONOCE A E.C.V.- Contesta.- NOS CONOCIMOS YA TIENE MUCHO TIEMPO QUE NOS CONOCIMOS CON ELLA, ESTAMOS HABLANDO DE HACE UNOS 30 TREINTA AÑOS.

--- 7.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA QUE RELACIÓN TIENEN O HAN TENIDO LOS CC. J.J.M.L. Y E.C.V.- Contesta.- PUES SE LLEVABAN MUY BIEN Y TODO.

- - - 8.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA SI LOS CC. J.J.M.L. Y E.C.V. PROCREARON UN HIJO.- Contesta.- ASÍ ES TUVIERON SU HIJITO.

--- 9.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SI SABE Y LE CONSTA QUE LOS CC. J.J.M.L. Y E.C.V. PROCREARON UN HIJO.- Contesta.- PORQUE SE QUERÍAN.

- - - 10.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA COMO SE LLAMA EL HIJO DE LOS CC. J.J.M.L. Y E.C.V.- Contesta.- SE LLAMA J.J.C.V.-

- - - 11.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SI SABE Y LE CONSTA CUÁL FUE LA REACCIÓN DEL C. J.J.M.L. CUANDO SUPO QUE TENDRÍA UN HIJO CON LA C. E.C.V.- Contesta.- PUES LO VEÍAMOS QUE SI SE PONÍA FELIZ CUANDO VEÍA QUE ESTABA EMBARAZADA SU ESPOSA, PUES E.

- - 12.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SABE Y LE CONSTA CUÁL FUE LA REACCIÓN DEL C. J.J.M.L. CUANDO SUPO QUE TENDRÍA UN HIJO CON LA C. E.C.V.- Contesta.- LO SUPO A LOS OCHO AÑOS Y LLEGÓ A VER A SU HIJO Y LE LLEVÓ PELOTAS Y TODO Y YA NUNCA LO VOLVIÓ A VER.

- - - 13.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA QUE ACTITUD TIENE EL C. J.J.M.L. RESPECTO DE SU HIJO J.J.C.V.-- Contesta.- PUES NO HAY INTERÉS.

- - - 14.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SABE Y LE CONSTA QUE ACTITUD TIENE EL C. J.J.M.L. RESPECTO DE SU HIJO J.J.C.V.-.- Contesta.- PUES NO HAY.

- - - 15.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA CUÁL ES LA POSTURA QUE TIENE EL C. J.J.M.L. RESPECTO DE SU HIJO J.J.C.V.- Contesta.- PUES IGUAL NO HAY PATERNIDAD NO QUIERO PUES ACEPTARLO.

- - - 16.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA CÓMO ES LA RELACIÓN DEL C. J.J.M.L. CON SU HIJO J.J.C.V.- Contesta.- PUES NO HAY COMUNICACIÓN PORQUE NO HAY INTERÉS NADA.

- - - 17.- QUE DIGA EL TESTIGO POR QUÉ SABE Y LE CONSTA COMO ES LA RELACIÓN DEL C. J.J.M.L. CON SU HIJO J.J.C.V.- Contesta.- PUES NO HAY INTERÉS NO QUIERE TOTALMENTE A SU HIJO, SI SI LO HUBIERA LO APOYARÁ.

- - - 18.- QUE DIGA EL TESTIGO SI SABE Y LE CONSTA SI EL C. J.J.M.L. CUMPLE CON SU OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLE ALIMENTOS A SU HIJO JUAN JOSÉ CANTORAL VÁZQUEZ.- Contesta.- NO.

- - - 19.- *QUE EL TESTIGO DIGA EN QUE FUNDA LA RAZON DE SU DICHO.-*
Contesta.- PORQUE EL NIÑO NO TIENE PUES EL CARIÑO DE SU PAPÁ Y EL
DESEA QUE QUIERE TENER EL CARIÑO DE SU PADRE A MI ME CONSTA Y
HASTA SE SIENTE, PUES NO TIENE INTERÉS Y SI LO QUISIERA A SU HIJO
PUES LO APOYARÍA PORQUE EL ESTÁ ENFERMO PERO NO HAY INTERÉS
PUES MÁS CLARO QUEDA QUE NO LE IMPORTA SU HIJO.- - - No habiendo
nada más que agregar se da por terminada la presente diligencia, leída que les fue a
los comparecientes, la ratifican en su contenido, firmando para constancia los que en
ella intervinieron, al margen en las primeras hojas y al calce en la última hoja, siendo
las 14:25 catorce horas con veinticinco minutos del día de su inicio. DOY FE.

✓ ESTUDIO SOCIECONÓMICO HECHO A AMBAS PARTES

En el que se acreditó la capacidad económica de la parte demanda y la necesidad de la parte actora.

Es menester hacer hincapié en el criterio de la juez familiar, quien a pesar de haber transcurrido en demasía el término para el desahogo de la fase probatoria, no impuso ninguna carga procesal al demandado, ni la obligación de señalar perito de su parte, en base a la siguiente consideración:

*“...Respecto a la parte infine de su escrito de cuenta dígaselo al
ocursante que no ha lugar a girar dicho oficio, toda vez que dicha
prueba fue ofrecida por la parte actora, por lo que con fundamento
en el artículo 289¹⁹ del Código Procesal Civil vigente en el Estado,
el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo
los de sus excepciones...”*

¹⁹ El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas.

El formalismo extremo vulnera el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los jueces, como rectores del proceso, tienen el deber de encauzar el procedimiento judicial para no sacrificar la justicia en favor del formalismo.²⁰ La abundante carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y los incentivos organizacionales de los jueces son algunos de los factores que explican esta situación.²¹

Una vez agotado la solicitud hecha a muchas dependencias que pudieran auxiliar con el pago para que se llevara a cabo la prueba en genética, se promovió se determinara pensión provisional de alimentos a favor del menor el 23 de noviembre del 2016, en base a las siguientes consideraciones:

El Estado de asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y cumplir las normas, buscarán la efectividad de sus derechos hasta el máximo, como los inherentes a su supervivencia, en un nivel de vida adecuado para su desarrollo; tomarán todas las medidas apropiadas para el pago de los alimentos; que es derecho del menor gozar de medidas de protección que su condición requiere, que toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación; y que las decisiones en tal sentido, no prejuzgan acerca de las relaciones de filiación y de familia entre el acreedor y el deudor de alimentos, conforme al ordenamiento jurídico interno, los que obligan a los Estados y sus autoridades, como a los Jueces, a actuar de una manera especial a favor de los niños, lo que se consigue mediante la aplicación de dichos principios observándolos a la luz del régimen interno, en términos de los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe privilegiar la interpretación de las normas más favorables a los menores, eligiendo aquella que más se ajuste a lo dispuesto en la Constitución y que

²⁰ <https://www.milenio.com/opinion/sergio-lopez-ayllon/entresijos-del-derecho/una-reforma-contra-el-formalismo>, consultado el 20 de abril del 2019.

²¹ FIX-FIERRO, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia: estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

actúe de una manera más protectora de sus intereses, interpretando y argumentado con base a principios, para lograr la efectividad de los derechos fundamentales, frente al vacío legal. Por tanto el juzgador debe ponderar que cuando demanda el reconocimiento de paternidad, está obligado a tener presente que dicha demanda no sólo se relaciona el derecho que tiene el menor a indagar y conocer la verdad sobre su origen, sino que ese conocimiento involucra los derechos que resultan fundamentales como los alimentos. Luego, si en el juicio de paternidad existen elementos que hacen presumir, *prima facie*, en alto grado verosímil la existencia de la relación filial, es válido sustentar la medida cautelar de pensión alimenticia, mediante la interpretación y aplicación de dichos principios de la interpretación de la ley interna.

Sin embargo tal solicitud de fijar como medida cautelar la pensión provisional de alimentos, fue negada, argumentando *la juzgadora familiar que no existen elementos suficientes para generar la presunción de la filiación entre el menor y el demandado, como en ese sentido lo exige el numeral 982²² del Código Adjetivo Civil vigente en el Estado, que señala que para decretarse alimentos en favor de quien tenga derecho a exigirlos se justificará con el título o causa jurídica en cuya virtud se piden requiriendo con ello la comprobación del parentesco, sin embargo, en el momento en que este Juzgado cuente con el medio de convicción idóneo que de manera indiciaria pudiera llevar a estimar que el demandado es el presunto progenitor del menor, que para ello, la evidencia idónea es la prueba pericial en materia de Genética Molecular (ADN), ese órgano jurisdiccional valorará de manera provisional dicha prueba para efectos de decretar la medida de alimentos solicitada por la promovente, sin que dicha determinación cause afectación alguna a los intereses del menor de edad ya que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado que la*

²² Conocerán de este juicio los jueces de lo familiar, en donde no los haya conocerán los jueces de lo civil o de jurisdicción mixta, que estarán facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de niñas, niños, adolescentes e incapaces, y se soliciten por razón de parentesco, deberá demostrarse este, con las actas certificadas de matrimonio y/o nacimiento o en su caso con los exámenes correspondientes, así como todas las pruebas pertinentes para tal efecto, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas.

pensión alimenticia derivada de un juicio de reconocimiento de paternidad debe retrotraerse al instante en que nació la obligación misma, esto es, al que se generó el vínculo y que es precisamente el nacimiento del menor, por ello, en caso de ser procedente la acción intentada, implicará el reconocimiento no solo del parentesco o filiación, sino también del derecho a percibir alimentos del menor para con su progenitor en su caso, los que se harán retroactivos al momento de su nacimiento.

IV. AMPARO INDIRECTO

Dentro del término constitucional, se promovió amparo indirecto ante la oficialía de partes común de los Juzgados Federales y el 31 de mayo del 2017 amparo y protegió a la quejosa, quedando así los puntos resolutivos de dicho amparo:

*Única. Se concede la protección constitucional al quejoso * para el efecto de que la autoridad responsable Primera Sala Regional Colegiada en Materia Civil, Zona 01 Tuxtla, del Tribunal Superior de Justicia, con sede en esta ciudad, a fin de restituir al quejoso en el goce de los derechos humanos conculcados, realice lo siguiente:*

*i) Deje insubsistente la resolución de diez de febrero de dos mil diecisiete, emitida en el **** que confirmó el auto de veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis, dictado por la Jueza Primero de lo Familiar del Distrito Judicial de Tuxtla, en el ***.*

ii) Emita otra que puede ser en el mismo sentido de la anterior, sin embargo, en aras de cumplir el principio de interpretación pro persona ordene a la Juez de Primera Instancia que agote todos los medios a su alcance para que en el menor tiempo posible y sin requerir a la parte actora cuestiones formales extralegales, se realice el desahogo de la prueba pericial en genética (ADN), proveyendo lo conducente para que las Instituciones de Gobierno u otras, sufraguen los costos de la prueba.

*iii) Hecho lo anterior de manera inmediata emita la sentencia definitiva en ****

*iv) Los efectos de la protección constitucional alcanzarán a todas las autoridades administrativas o particulares con carácter de autoridad en términos de la Ley de Amparo, que se involucren para lograr, en el plazo más breve, el desahogo de la prueba pericial en genética (ADN), por tanto, la Sala responsable y la Juez de Primera Instancia, deberán comunicar a este Juzgado de Distrito, las actuaciones de cualquier autoridad o particular con carácter de autoridad, que dilate o impida lo aquí indicado. Así lo resolvió y firma el Maestro en Derecho *****, Juez Primero de Distrito de Amparo y Juicios Federales en el Estado de Chiapas, asistido del Secretario *****, con quien actúa, además certifica que esta sentencia se encuentra debidamente incorporada al expediente electrónico.*

Sin embargo la búsqueda de la dependencia que sufragara los gastos de la prueba de ADN, la cual esta ordenada a través de una sentencia federal, ha sido muy ardua y fue hasta el 3 de diciembre del 2018 que se señaló día y hora para la toma de muestras en la Fiscalía General del Estado, quien designó a perito en Genética Forense, adscrito al laboratorio de Genética Forense de la Dirección General de Servicios Periciales, sin embargo el apercibimiento ordenado al demandado consistía en multa equivalente a 50 unidades de medida y actualización,²³ por desacato judicial y por lo tanto el demandado no se presentó.

Fue entonces hasta las 12:00 doce horas del 29 veintinueve de abril de 2019 dos mil diecinueve, que se ordenó nuevamente se llevara a cabo las TOMAS DE

²³ De conformidad con el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 veintisiete de enero de 2016 dos mil dieciséis, emitido por el Poder Ejecutivo, que entró en vigor el 28 veintiocho de enero de 2016, en relación con la fracción I del artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas.

MUESTRAS DE LA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA MOLECULAR del demandado J.J.M.L. y del ciudadano J.J.C.V, con el apercibimiento para el demandado, que en caso de no comparecer sin justa causa a la diligencia para llevarse a cabo la toma de muestra de ADN ordenados en autos, se entenderá la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba, y SE TENDRÁ LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN.

V. CONCLUSIONES

El acceso a la justicia continua siendo lento y los obstáculos que enfrentamos los abogados son diversos, desde aspectos culturales hasta económicos, muchas veces la actitud desinteresada y fatigada de los operadores obstaculiza el desempeño de los órganos jurisdiccionales, quienes están sometidos a extenuantes cargas de trabajo y muchas veces las personas que ostentan los puestos son por algún tipo de privilegio que les concede alguna amigo o familiar, pero esto no debe desmotivarnos, el resultado amerita un gran esfuerzo.

Es menester capacitar a los funcionarios en el trato a las partes que participan en los procesos, para evitar la doble victimización y sobre todo incitar a nuestras autoridades a sufragar costos del proceso de esta índole.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- FIX-FIERRO, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia: estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Sexta Edición, Oxford University Press, Harla México, 1998.
- POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*, Palestra Editores S.A.C., Perú, 2011.

Hemerografía

Diario Oficial de la Federación, emitido por el Poder Ejecutivo

Legisgrafía

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018

Jurisprudencia

Tesis: 1a. CXLI/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Julio de 2007, Tomo XXVI, p. 265.

Tesis: 1a. CCXXXIX/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, p. 284.

Páginas de internet

Código Civil del Estado de Chiapas,
<http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/4daecodigo-civil-para-el-estado-de-chiapas-%281%29.pdf>, consultado 30 de marzo del 2019.

Código civil para el estado de Tabasco,
http://www.icnl.org/research/library/files/Mexico/Tabasco_Codigo_Civil_2011.pdf, consultado 02 de abril del 2019.

Enciclopedia Jurídica, <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/identidad/identidad.htm>, consultado el 01 de abril del 2019.

http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=276, consultada 28 de marzo 2019.

http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=206&lang=es, consultado 15 de marzo del 2019.

http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=382, consultado 12 de marzo del 2019.

<https://www.milenio.com/opinion/sergio-lopez-ayllon/entresijos-del-derecho/una-reforma-contra-el-formalismo>, consultado el 20 de abril del 2019.

Este esfuerzo académico conjunto entre la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco y la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades y la Facultad de Derecho y Criminología, respectivamente, es producto del Proyecto de Investigación de la Estancia Posdoctoral Vinculada al Fortalecimiento de la Calidad del Posgrado Nacional del Conacyt, de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco 2018-2019 del Doctorado en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos.

Esta casa de estudios, recibe con los brazos abiertos y convencidos, que es el trabajo, entusiasmo y dedicación, la semilla para abrir nuevos horizontes en busca de la plena vigencia de los derechos humanos, empezando su conocimiento, difusión y comprensión para forzar a una mejora calidad de la convivencia humana.

Porque México por convicción es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en 1981 suscribimos la Convención Americana sobre de Derechos Humanos y en 1998 aceptamos la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El texto es un encuentro interesante y necesario en el cual convergen las experiencias, principalmente, de los hermanos de países de Colombia, y desde luego de México.

El reciente impacto en nuestra cultura jurídica, especialmente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Radilla Pacheco ha provocado el cambio de paradigmas.

Ahora se habla del control difuso de convencionalidad, que implica que la obligación *ex officio*, para que todo juez federal, local o municipal de aplicar la Convención Americana sobre de Derechos Humanos y la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, al resolver todo proceso que verse o puedan menoscabarse los derechos humanos.

Enhorabuena por este esfuerzo académico conjunto, y exhorto a continuar por este sendero, la educación al servicio de la sociedad.

